

JURISPRUDENCIA CONCURSAL SISTEMATIZADA

**Copyright (c) por las notas y la recopilación y sistematización,
Antonio Baró Casals, 2006, 2007.**

Se permite la copia y distribución de este documento bajo los términos de la Licencia Creative Commons (Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5) que se incluye el final del mismo.

Notas:

Las sentencias de primera instancia se muestran en color azul; las de segunda instancia y de casación, en rojo. Otros documentos aparecen en color verde.

Para su incorporación a posteriores revisiones de este documento, agradeceré la remisión de resoluciones de interés, preferentemente en formato texto, al correo abc@bufete-baro.com o antonio.baro@lacaixa.es

Agradeceré, asimismo, cualquier observación o sugerencia (excepto la precisión del artículo 1.6 del Código Civil).

Versión 5 23.08.2007

Puede obtenerse la última versión disponible en

<http://www.bufete-baro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf>

LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

TÍTULO I - DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

CAPÍTULO I - De los presupuestos del concurso

Artículo 1. Presupuesto subjetivo.

1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

Concurso de sociedad mercantil irregular

“Se planteó que la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concretamente el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no debe llevar a confundir los requisitos subjetivos para ser declarado en concurso con la capacidad procesal para poder solicitar un concurso. En el primer punto, la regulación de la Ley Concursal exige para ser declarado en concurso el tener personalidad jurídica –art. 1.1, que exige la procedencia de la declaración de concurso de cualquier persona natural o jurídica-, no siendo posible la declaración de concurso de entes sin personalidad jurídica o patrimonios separados, con la excepción de la herencia yacente –art. 1.2 de la Ley Concursal-. Sin embargo, se plantearon dudas sobre este último extremo como consecuencia de la existencia de resoluciones de la DRGN que permiten la inscripción registral de inmuebles a masas patrimoniales que actúan en el tráfico jurídico de forma separada de sus titulares –v.g., sociedades civiles-.

Se entendió que es posible la declaración de concurso de la sociedad mercantil irregular, sin perjuicio de que la aplicación a la misma de las normas de la sociedad colectiva (artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) imponga la extensión a los socios de la responsabilidad por las deudas de la sociedad (artículo 48.5 de la Ley Concursal, en relación con el artículo 237 del Código de Comercio), lo que quedaría confirmado por la previsión del art. 24.3 de la Ley Concursal en relación al art. 322 del Reglamento del Registro Mercantil.”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

Concurso de Agrupación de Interés Económico

“ Asimismo se entendió posible la declaración de concurso de las Agrupaciones de Interés Económico reguladas por la Ley 12/1991, de 29 abril 1991, sobre Agrupaciones de Interés Económico, dado que las mismas sí tienen personalidad jurídica conforme resulta del art. 1 de dicha ley, y pueden por tanto ser declaradas en concurso, como resulta corroborado por el art. 18.1º-3 y 2º de dicha ley, en la redacción dada por la Disposición Final 25 de la Ley Concursal. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.
3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

Artículo 2. Presupuesto objetivo.

1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

Art. 2.1

0. Denegación de la declaración de concurso por inexistencia de activos

0.1 Concurso necesario

0.1.1 Debe denegarse

“PRIMERO.- La parte recurrente pretende la revocación del auto del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, por el que se desestima su pretensión de declaración de concurso, respecto de la mercantil “Transnamur, S.L.”, entendiéndose que es imperativa la declaración concursal, por cuanto la solicitante es acreedora de la citada mercantil y ha obtenido despacho para la ejecución de su crédito, sin que hayan aparecido bienes de la deudora para la satisfacción de éste, desprendiéndose, por tanto, la situación de insolvencia de la misma. Se alega la vulneración de lo dispuesto en el artículo 176.2, 3 y 4 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- El concurso de acreedores requiere para su viabilidad procesal, entre otros requisitos, no cuestionados en el caso objeto de revisión en esta alzada, la existencia de un patrimonio del deudor, con el que satisfacer el cumplimiento de las obligaciones contraídas con sus acreedores (“pars conditio creditorum”), que constituye el fin y objetivo esencial de este procedimiento como proclama la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en general también de los pretéritos procedimientos de insolvencia regulados en nuestra legislación mercantil.

En este caso no se ha podido acreditar, ni existe constancia alguna de que la deudora “Transnamur, S.L.” sea titular de cualquier clase de bienes o derechos.

TERCERO.- De acuerdo con tal situación patrimonial y conforme a las causas de conclusión del concurso que establece el artículo 176 de la Ley Concursal, es evidente que en puridad de técnica jurídica, el caso que analizamos no encuentra acomodo alguno en dicha normativa. En efecto, el contenido del artículo 176.4 en relación con el apartado 3 de dicho precepto, exige, por un lado, que ese estado de inexistencia de bienes y derechos se compruebe y verifique en cualquier estado del procedimiento, lo que comportaría necesariamente la decisión judicial de inicio del procedimiento, con la consiguiente tramitación de sus diferentes etapas o fases procesales.

Por otro lado, el apartado 3 del citado precepto dispone que en caso de estar tramitándose la sección de calificación o en el supuesto de pendencia de demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad a terceros, no podrá dictarse el auto de conclusión del concurso basado o fundamentado en dicha inexistencia de patrimonio del deudor. Por tanto, la aplicación de dicho precepto conllevaría incluso la necesidad de adoptar dicha decisión de conclusión en un avanzado estado procesal del procedimiento, tras la tramitación de la denominada fase común e inicio de la fase de liquidación, conforme a los requisitos señalados en el artículo 163 de la Ley Concursal, que se alza como presupuesto “sine qua non” para la apertura de dicha sección de calificación.

Entiende el Tribunal, conforme a dicha normativa, que la exigencia legal de residenciar la decisión judicial de conclusión por la causa de referencia, bien en el marco procesal de la fase común, o bien en el ámbito de la fase de liquidación, implica necesariamente, no obstante, la inexistencia de bienes a repartir, la necesidad del desembolso de unas importantes partidas de gastos, derivados, entre otros trámites procesales, de la designación de administradores, informe de la administración concursal, etc., que en modo alguno van a poder sufragarse con los bienes del deudor, dada su acreditada inexistencia.

CUARTO.- En consecuencia, hemos de concluir, tras el análisis de la normativa indicada, que tal precepto está pensado por el legislador para el caso de que se llegue a una fase del proceso en la que se agoten los bienes del deudor (pago a acreedores preferentes, pérdida o cualquier otra causa diferente a la carencia de bienes “ab initio” del deudor), pues, como antes decíamos, carece de toda lógica y sentido, tanto procesal, como práctico, que se ponga en marcha todo el procedimiento concursal, con los gastos que conlleva, cuando inicialmente se conoce la inexistencia de bienes y por tanto la consecución del fin principal del mismo se revela inalcanzable. De ahí que el cumplimiento de los requisitos señalados por el citado artículo en su apartado 2, es decir, el informe de la administración concursal favorable a la conclusión y la audiencia de las partes por término de 15 días, no constituye obstáculo procesal, cuando la inexistencia de bienes se verifica inicialmente.

Entiende, por ello, este Tribunal que aunque, como hemos examinado, el artículo 176 de la Ley Concursal no contempla la posibilidad de acordar inicialmente la conclusión del concurso, por inexistencia de bienes y derechos del deudor, es igualmente cierto también que evidentes y fundadas razones de economía procesal y seguridad jurídica, permiten la acogida por vía analógica, de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en el marco de la precedente regulación del procedimiento de insolvencia, que otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de conclusión “ab initio” del concurso, en los casos de acreditación de inexistencia de bienes y derechos del deudor, aún cuando tampoco existía entonces una previsión legal en tal sentido, silenciada u omitida también ahora en el marco de la actual Ley Concursal. Estamos en presencia de una resolución de conclusión del concurso que ha de calificarse de provisional o temporal y susceptible en cualquier momento de reapertura.

Finalmente entendemos que esta interpretación normativa que acoge la Sala no genera indefensión alguna a la mercantil promotora de este procedimiento concursal, pues la decisión judicial de conclusión de concurso que declaramos, ratificando y confirmando así lo acordado por

la Sra. Juez del Juzgado de lo Mercantil, no constituye óbice alguno para que dicha sociedad acreedora pueda ejercitar su derecho en el marco de otros procedimientos diferentes mediante el ejercicio de las acciones civiles que correspondan, e incluso acudiendo, en su caso, a la vía penal, si existiesen indicios fundados acerca de una conducta de la mercantil deudora que pudiera subsumirse en los preceptos penales tipificadores de la insolvencia punible u otros comportamientos defraudatorios realizados en el ámbito de la vida societaria. Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.”: Sentencia AP Murcia 30.01.2006 (Rollo 356/2005)

0.2 Concurso voluntario

0.2.1 No debe denegarse

“PRIMERO.- El recurso de apelación, ciertamente escueto, que formula la representación de la solicitante, ASLE SERVICIOS DE REFORMA Y PROMOCIÓN S.L, pretende la revocación del auto dictado con fecha 23 de marzo de 2006, confirmado en reposición por otro posterior de 24 de abril, por el cual el Juzgado de lo Mercantil inadmitió a trámite su solicitud para ser declarada en concurso voluntario. El argumento del Juzgado a quo, del que discrepa la apelante, ha sido la inexistencia de activo en la sociedad solicitante, en un contexto de insolvencia perfectamente determinada, que impide por completo a la sociedad el cumplimiento de sus obligaciones exigibles (art. 2 LC) y habiéndose cumplido, bien es cierto que tras los requerimientos del Juzgado, con las exigencias formales y documentales del artículo 6 de la LC.

La resolución combatida, planteando la cuestión sobre la base del artículo 176.1.4ª, que permite la conclusión del concurso cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado y no consten terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, se pregunta si un concurso que desde el mismo inicio está llamado a una conclusión casi inmediata necesariamente debe pasar por la declaración previa, sin opciones reales de satisfacer, no sólo los créditos concursales, sino los propios gastos y deudas contra la masa.

El Sr. Magistrado opta por resolver la cuestión en sentido negativo, poniendo de relieve cómo el abogado, procurador y administrador concursal de este procedimiento concursal abreviado cobrarían sumas prácticamente simbólicas y no existe garantía de pago de los gastos procesales de publicación; y aunque la LC exige para archivar el concurso que se haya acreditado antes que no existe posibilidad de iniciar acciones de reintegración de la masa activa y deja a salvo la sección de calificación, considera que el recurso a las acciones de reintegración extraconcursoales, vía que el artículo 71 deja expedita, y las acciones penales o civiles de responsabilidad del administrador social, pueden cubrir las necesidades de los acreedores y evitar su indefensión real.

SEGUNDO.- Dice el artículo 14 de la LC:

“1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.

2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.

3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.”

Como vemos, nuestra LC se pronuncia en términos imperativos, señalando que, cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y que se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6, el camino a seguir es la declaración del concurso.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, que sí cuentan con una norma que expresamente exigen cierto activo en la apertura de un concurso (véase, por ejemplo, el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que recoge la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento), en el nuestro no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable.

Puesto esto en relación con el artículo 403.1 de la LEC (aplicable supletoriamente al concurso por mor de la Disp. Final 5ª LC), que establece que *“(l)as demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”*, debería conducirnos a la aplicación del artículo 14 y a la consiguiente declaración del concurso. No obstante, también es cierto que, de una forma mucho más flexible, vaga si se quiere, la LC señala en su artículo 13 que el Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, podrá dictar auto de inadmisión de la solicitud si estimara que *“la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto”*, pudiéndose admitir, así lo hace la doctrina de hecho, que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 de la LC que igualmente pueden determinar la inadmisión si no concurren, como son la existencia de una pluralidad de acreedores o la existencia de activo mínimo. Sin embargo, mientras la existencia de una pluralidad de acreedores es reconocida generalmente por la doctrina y las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LC, en efecto, como un presupuesto del concurso, por el contrario la necesidad de un activo mínimo que permita iniciar el concurso y garantice que los acreedores van a ser satisfechos en alguna medida no puede tener esa consideración, aunque algún autor lo considere un presupuesto objetivo del concurso.

TERCERO.- Entendemos, por el contrario, que la existencia de un activo realizable mínimo, sin perjuicio de la evidente importancia que ello va a tener en el proceso concursal, no puede esgrimirse como una causa que impida la declaración del concurso desde el primer momento. No podemos desconocer que la declaración del concurso, cuando consta ab initio que la entidad deudora carece de bienes o derechos con que satisfacer los créditos concurrentes y ni siquiera existe nada que repartir entre ellos, coloca al Juzgado de lo Mercantil en una posición incómoda, abriendo un procedimiento a sabiendas de lo antieconómico que puede resultar, no sólo para el proceso en sí, sino también para los profesionales que en él operan.

Pero no siendo ésta una cuestión de comodidad (resaltamos que el mismo Sr. Magistrado, en la resolución recurrida, expresamente afirma que la inadmisión no se ha basado en razones de comodidad u oportunidad, sino en la utilidad intrínseca de las normas jurídicas), existen razones más poderosas para declarar el concurso en estos casos.

De una parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE) puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le niega el concurso, que es precisamente lo que el mismo legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC).

Por otra parte, de considerar que el legislador, a pesar de su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º que lo recoge como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcar la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor, sin dar oportunidad a los acreedores y, sobre todo, a la administración concursal de confirmar o no ese extremo. Las normas sobre la conclusión del concurso son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 de la LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento inicial de la declaración del concurso voluntario.

Y en segundo lugar, además de ese argumento de seguridad en los elementos de juicio disponibles, es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La LC ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados (en nuestro caso, la misma solicitante menciona en su recurso de reposición previo créditos a su favor que ignoró en la solicitud), lo que puede traducirse

en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la declaración del concurso.

Concluimos, por tanto, que sin perjuicio de la conclusión posterior del concurso con base en el artículo 176.1.4º de la LC, en su momento y con los debidos informes sobre la imposibilidad de satisfacer los créditos concurrentes de otra forma, la inexistencia de activo realizable según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no es causa que justifique la inadmisión a trámite del concurso voluntario.”: Auto AP Barcelona 22.02.2007 (Rollo 769/2005)

0.2.2 Debe denegarse

“PRIMERO.- Que la falta de activo, en principio, no está contemplada como causa de inadmisión del concurso voluntario. Antes al contrario, el deudor que carezca de bienes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal, viene obligado a solicitar el concurso, pues la falta absoluta de bienes y derechos constituye una manifestación del estado de insolvencia. Ahora bien, la obligación legal del deudor de instar su propio concurso no determina que necesariamente el tribunal deba declararlo. Pues bien, teniendo en cuenta que el artículo 176.1º, apartado cuarto, dispone que procederá la conclusión del concurso, “en cualquier estado del procedimiento”, cuando el tribunal “compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores”, si el deudor, en su solicitud, admite que no tiene activo, ésta no debe admitirse a trámite. Se suele aducir que la conclusión por falta de activo sólo es posible si la administración concursal justifica que no son viables acciones de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros (apartado tercero del artículo 176); y ello sólo es posible si el concurso llega a admitirse a trámite. Ahora bien, si no existe activo, ni son viables aquellas acciones ni es viable el concurso como procedimiento. Los gastos y costas judiciales deben atenderse con cargo a la masa (artículo 84.2, 2º). Por tanto, cuando el deudor valora en cero euros su activo, ni podrá recurrirse a un letrado que promueva las acciones de reintegración o de responsabilidad que sean pertinentes, ni se podrán abonar los honorarios de la administración concursal. Es más, tampoco podrán publicarse los edictos ni llevarse a cabo el llamamiento a los acreedores del artículo 21.1-5º.

SEGUNDO.- El concurso persigue una doble finalidad; la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos -la propia demandante admite que la empresa no es viable- y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros cumplen una finalidad accesoria o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación-. No parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar para perseguir un fin accesorio cuando no puede cumplir la finalidad principal, máxime cuando para la consecución de aquél fin es necesario un mínimo de activo y cuando, en buena medida, puede lograrse mediante otros mecanismos extraconcursales que nuestro Ordenamiento prevé -otras acciones rescisorias o de responsabilidad al amparo de la normativa societaria-. En consecuencia, debe rechazarse la solicitud y acordar el archivo de las actuaciones.”: Auto JM-2 Barcelona 30.01.2006 (JUR 2006/47834)

1. El presupuesto de la pluralidad de acreedores

“Siguiendo la mejor doctrina, el art. 2.1 de la LC dice que: «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común».

Dos elementos contiene la norma; uno, puramente objetivo, es el estado económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo «común», referido a una pluralidad de acreedores.

El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común. Sin embargo, la LC no exige la prueba o justificación específica de ese requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la «relación de acreedores» que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no

resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (arts. 2.4 y 7) presuponen, normalmente, la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los núm. 1º y 2º («sobresimiento general» y «embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor»), y en el 4º, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el núm. 3º no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).

Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC. El art. 4 contempla en su supuesto de hecho el elemento «de la existencia de una pluralidad de acreedores» a los efectos de la «intervención del Ministerio Fiscal». El art. 20.4 se refiere asimismo a «la existencia de otros posibles acreedores» en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores.": Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902)

“PRIMERO.- Los presupuestos del concurso.- La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha establecido ciertos presupuestos para que proceda la declaración de concursos. De su redacción se desprende, en primer lugar, que es presupuesto subjetivo la existencia de un deudor, pues así lo declara el art. 1, y presupuesto subjetivo su situación de insolvencia, según el art. 2, que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC).

Por otro lado el art. 7 de la misma norma dispone los requisitos que ha de satisfacer el acreedor solicitante, todos los cuales, tras el trámite de subsanación que se ha concedido, han sido atendidos. Consta así el origen, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual de los créditos que mantiene contra el deudor, ya que el testimonio aportado de la ejecutoria seguida en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Getxo (Bizkaia), es suficientemente expresivo.

Sin embargo ha de analizarse si la norma legal exige otro presupuesto subjetivo que no cita expresamente, por lo que es dudoso concurra. Se trata de la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que si sólo hubiera un acreedor, aunque fuera titular de varios créditos, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 del Código Civil (CC), según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, haría innecesario el procedimiento concursal, pues en una sola ejecución singular, precisamente la que se ha seguido en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Getxo, podrían ejecutarse todos los bienes del deudor.

En efecto, en un solo procedimiento de ejecución universal puede perseguir el acreedor todos los bienes de su deudor para hacer efectivo su crédito, ya sea reconocido por título judicial o extrajudicial. Como se indica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECiv), la persecución del patrimonio del deudor cabe contra todos sus bienes si es preciso para «los fines de la ejecución» (art. 584), con los límites previstos en los arts. 605 y ss.

No se trata de dilucidar si un solo acreedor está legitimado para instar el concurso. No hay duda de tal eventualidad, porque la norma es clara al autorizar a «cualquiera de sus acreedores» a plantear el concurso necesario de su deudor (art. 3.1). Lo que debe analizarse es si con tal expresión y otras semejantes que jalonan la Ley Concursal, se está partiendo del presupuesto subjetivo de una pluralidad de acreedores o basta con la existencia de uno para iniciar el procedimiento concursal.

SEGUNDO.- Sobre la necesidad o no de una pluralidad de acreedores.- El cambio legislativo que supone la Ley Concursal afecta a la naturaleza tradicionalmente atribuida al mismo, que tiene alguna relevancia para la cuestión que se analiza. El procedimiento de quiebra ha sido considerado tradicionalmente como un procedimiento de «ejecución universal», y así se recogía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que se refería a ese tipo de procedimientos como «juicios universales» en el art. 4.3º (innecesidad de procurador para comparecer a presentar títulos de créditos o derechos o concurrir en juntas), o en el 161.3º en casos de acumulación.

Quizá ahora los numerosos llamamientos que hace la LC a la continuidad de la actividad del deudor maticen esa consideración, pues no nos hayamos ante un procedimiento de ejecución, salvo que se opte directamente por la liquidación, sino un sistema dirigido esencialmente a alcanzar un acuerdo con los acreedores del deudor para tratar de abonar los créditos de forma ordenada, a través de un plan o convenio que éstos acepten.

Como se ha indicado, la LC no exige expresamente una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal. Sin embargo la propia denominación de la norma, Ley Concursal, pone de manifiesto que hay una «conurrencia» de los mismos. Así lo indica el párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos, en el que se dice:

«El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de "concurso", expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador R. ("Tractatus de concursu", 1616) y de Francisco S. de S. ("Labyrinthus creditorum

concurrentium", 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común».

Dice por lo tanto la exposición de motivos que la razón de que se denomine así la Ley es la existencia de una concurrencia de acreedores sobre un solo patrimonio, el del deudor «común». Y en el mismo párrafo continúa indicando significativamente que «No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones».

Y justo en el párrafo anterior la Exposición de Motivos deja claro que es «la satisfacción de los acreedores» la «finalidad esencial del concurso», lo que revela que sería inconcebible si no hubiera una pluralidad de los mismos.

De la Exposición de Motivos lo que se deduce, en consecuencia, es que la norma se denomina «Ley Concursal» porque concurren varios acreedores y que en lugar de seguirse, para cada uno de ellos, un procedimiento de ejecución singular, el concurso significa que habrá un solo procedimiento para los casos en que el deudor insolvente tenga que afrontar esa situación frente a una pluralidad de acreedores.

Pasando entonces al texto legal lo primero en lo que se repara es que el artículo 2.1, al establecer el presupuesto objetivo del concurso, indica como ya hacía la exposición de motivos, que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del «deudor común». Esta expresión no puede referirse al género del deudor, sino lógicamente, a la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, el mismo para todos.

En consecuencia si hay un «deudor común» es que existe una pluralidad de acreedores, que concurren frente a su patrimonio cada uno con la legítima pretensión de ver satisfechos sus respectivos créditos. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor «común», sino «deudor», y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso.

Más adelante la LC también parece decantarse por la idea de que existen varios acreedores. Así cuando concede legitimación en el art. 3.1 lo hace al «deudor y cualquiera de sus acreedores», de manera que presume la existencia de varios. Otro tanto sucede en el 3.4 LC aunque en el 3.5 la referencia lo es a un solo acreedor, que puede instar el concurso de varios de sus deudores.

A pesar de esa referencia singular, de nuevo el art. 4 parece inclinarse por la necesidad de una pluralidad de los mismos, porque en su primer párrafo impone al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la «existencia de una pluralidad de acreedores».

Y más tarde impone al deudor que solicita el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...» (art. 6.2.4º), previene la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor (art. 15.2), el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud (art. 19.3), el llamamiento a los «acreedores» (art. 21.1.5º), la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos (arts. 49 y 76 y ss.), o la elaboración de una «lista de acreedores» por la administración concursal (art. 75.2.2º), entre otras muchas referencias.

En el ámbito comunitario el Reglamento CE núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo, sobre Procedimientos de Insolvencia, establece en su art. 1º, al regular el ámbito de aplicación de la norma, que «el presente reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico». La referencia a procedimiento «colectivo» evidencia que ha de existir una pluralidad de acreedores pues no sería necesario adjetivarlo así si se refiriera a un único procedimiento que afectara a la totalidad del patrimonio del deudor.

La doctrina que ha estudiado esta cuestión así lo concluye también. El prof. F. B. dice que «la esencia misma del concurso exige una pluralidad de acreedores», y luego que «si, cualquiera que sea la causa, en el momento de la solicitud no consta la existencia de esa pluralidad de acreedores (y más aún si lo que consta es que es uno solo el acreedor) el Juez debe denegar la apertura del concurso» («Algunas Cuestiones sobre la Apertura del Concurso» en «La Ley Concursal », Cuadernos de Derecho Judicial XVIII, 2003, Madrid 2004, Pág. 56).

Por otro lado H. C. («Manual de la Reforma Concursal», Europea del Derecho Madrid, 2003, pp. 149 y 150) sostiene también que «... si el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor "común" (art. 2.1 LECO) y la norma utiliza siempre el plural -acreedores-, siendo el concurso una limitación legal a la ejecución singular por la concurrencia de créditos no satisfactibles en un patrimonio escaso, resulta menester una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso».

También B. R.-C. en «Comentarios a la Ley Concursal», Tecnos, Madrid, 2004, pp. 39 y 40 mantiene que «el requisito de la pluralidad de deudores parece imprescindible, aunque su acreditación junto con la solicitud del acreedor o de los demás legitimados (del art. 7) pueda resultar problemática», afirmando más adelante que «deberá acreditarse aunque sea indirectamente, la existencia de una pluralidad de deudores» o a pie de página que «... debería aceptarse también como causa de conclusión del concurso el supuesto en que el desistimiento o la renuncia sea de todos los acreedores reconocidos, menos uno».

Y el Profesor O. R., en la pg. 14 de la ponencia «La Declaración de Concurso» dentro del curso «La Nueva Ley Concursal», organizada por el CGPJ los días 15 a 17 de diciembre de 2004 dice «El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común».

No sólo la Ley y la doctrina tienen clara la cuestión. La jurisprudencia ha optado por la misma tesis. Así la STS 9 de enero 1984 dice «la naturaleza misma y fin de la quiebra que no es otro, como, con todo acierto, apunta la sentencia inicial, que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de ejecución general, de modo que si no existe la necesidad de repartir el total patrimonio del deudor, entre sus acreedores particulares de la manera justa que el procedimiento universal de quiebra garantiza, porque las reclamaciones individuales, a que, en principio, tienen derecho los acreedores, caben en el activo patrimonial del comerciante, por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra como contenido de una declaración...».

La misma doctrina han seguido las Audiencias Provinciales. Así el AAP Madrid de 10 de septiembre de 1993, que dijo: «... la necesidad de una pluralidad de acreedores que traigan causa de un mismo comerciante deudor confirma la ratio legis de la declaración de la quiebra, pues la misma hace posible, por su naturaleza universal, la distribución de los bienes entre los diferentes acreedores»; el auto AP Sevilla 26 de enero de 1996 que dice «... es éste un procedimiento incompatible con la idea de existencia de un solo acreedor que pretenda cobrar con el importe de los bienes del quebrado...»; la SAP Barcelona de 19 de octubre de 1995, «... en ausencia de expresa regulación legal constituye parecer doctrinal prácticamente unánime, plenamente compartido por esta Sala, que la concurrencia de una pluralidad de acreedores que pretendan obtener la satisfacción de su crédito sobre el patrimonio del deudor constituye, por hipótesis, uno de los presupuestos objetivos de la declaración de quiebra, pues de existir un solo acreedor, el procedimiento concursal, que es, al fin, una liquidación colectiva, resulta innecesario e injustificado, ya que el crédito de aquél puede ser realizado a través de la ejecución singular, aunque con ésta se agoten los bienes del obligado; en consecuencia la declaración de quiebra de un comerciante con un solo acreedor, sería, ciertamente, improcedente, como afirma la actora incidental...».

La SAP Sevilla de 25 de octubre de 1995 dice que «... la inexistencia de dos acreedores, teniendo en cuenta que la Hacienda Pública no lo es, hace inviable y sin sentido un procedimiento de ejecución universal como es el de quiebra cuyos principios fundamentales son, el tratamiento igualitario de los acreedores y el posibilitar una ejecución paritaria entre los diversos créditos concurrentes, dada la situación de insolvencia del deudor...».

El Auto AP Badajoz de 15 de noviembre de 1995 dispone «... las normas del procedimiento de quiebra no se adaptan a la ejecución singular; el ahora acreedor -único conocido- puede eludir este procedimiento universal y, en su beneficio, proponer la ejecución singularizada de su crédito sin sujetarse a las limitaciones que le impondría la concurrencia de otros de igual o mejor derecho. En este sentido la imposición de la quiebra viene en aminorar, incluso, sus derechos...»; y de la misma Audiencia en auto de 18 de marzo de 1997, dice «... lo que a criterio de este Tribunal no ha quedado acreditado es la existencia de una pluralidad de acreedores...».

La SAP Pontevedra de 11 de abril 1997, dice que «la declaración de quiebra requiere de una pluralidad de acreedores, aunque el que la solicite sea solamente uno de ellos». Por último la SAP Castellón de 5 de febrero de 2000, dispone «Finalmente, se exige como requisito la concurrencia de acreedores. Debe ser alegada y probada por el peticionario de la quiebra, conforme dispone el art. 1325.2 LECiv, en forma suficiente, ya sea documentalmente, ya por testigos».

Ese conjunto de datos ponen de manifiesto que el concurso sólo es posible si existe una pluralidad de acreedores. Sin aquélla, lo procedente es que el afectado continúe la ejecución singular frente a su deudor, pues el principio de responsabilidad patrimonial universal derivado del citado art. 1911 del CC le permite perseguir todo su patrimonio para hacer efectivo su crédito o los créditos que tenga frente al mismo, en ese sólo y único procedimiento de ejecución.

Porque no tiene sentido que todo el proceso concursal se ponga en marcha, nombrando la administración concursal, para que finalmente lo que conste sea lo mismo que en el proceso de ejecución singular, es decir, que hay un solo acreedor y el inventario de los bienes del deudor. No hay razón para la junta o el convenio, pues existe un solo acreedor que obviamente puede llegar a pactos puntuales o generales con su deudor como consecuencia del principio de libertad contractual que proclama el art. 1255 del CC, ni para abrir el complicado sistema previsto en la LC que se sostiene sólo si existe una pluralidad de acreedores cuyos créditos concurren frente un deudor común.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 3.12.2004 (AC 2005/58)

“Requerida también la parte instante para que manifieste la existencia de otros acreedores, se limita a indicar que conoce, a través de dos edictos publicados en el año 1999, que hubo dos procedimientos de ejecución contra los hoy concursados. Tales procedimientos, sin embargo, constan archivados desde hace seis años, por lo que falta el presupuesto preciso para que pueda entenderse procedente un procedimiento concursal.

El concurso instado es inadmisibile al faltar el requisito de pluralidad de acreedores (STS 9 de enero de 1984 [RJ 1984, 342], AAP Madrid 10 de septiembre de 1993 [AC 1993, 1674], AAP Sevilla 26 de enero de 1996 [AC 1996, 179], SAP Barcelona de 19 de octubre de 1995 [AC 1995, 2123], SAP Sevilla de 25 de octubre de 1995 [AC 1995, 1880], AAP Badajoz de 15 de noviembre de 1995 [AC 1995, 2238], SAP Ávila de 11 de abril 1997 [AC 1997, 708]).

Tras la LC queda proclamado ese principio no sólo en la Exposición de Motivos, que indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, sino de numerosos preceptos de los que se deriva esa exigencia, como el art. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, art. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de «pluralidad de acreedores», el 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los «acreedores», el 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una «lista de acreedores» por la administración concursal.

En todo caso, y aun cuando no concurra este requisito, la LC no ha derogado el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 CC, según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros, de manera que el hoy solicitante puede seguir indagando sobre eventuales nuevos elementos patrimoniales en el procedimiento de ejecución que tramita en el Juzgado de Getxo”: Auto JM-1 Bilbao 11.05.2005 (AC 2005/940)

1.1 La alegación y prueba del presupuesto de la pluralidad de acreedores

“TERCERO.- A quien corresponde alegar la existencia de una pluralidad de acreedores.- Pese a todo podría argumentarse que el sistema que estatuye la Ley Concursal no obliga al acreedor a demostrar la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que el art. 2 sólo dispone que ha de indicarse la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia, y el art. 7 las exigencias precisas para que se pueda instar el concurso necesario, entre las que no se encuentra tal indicación.

El sistema que se ha ideado en la LC para la declaración del concurso necesario en los arts. 15 y 19 permitiría al deudor responder al emplazamiento y oponer que no existe pluralidad de acreedores. Podría argumentarse que efectivamente hay persecución de su patrimonio, pero sólo por el solicitante y no por terceros, de modo que no tendría sentido acometer el procedimiento concursal.

Tal sistema, sin embargo, se sustenta en que el deudor se oponga. Pero si no comparece, o si lo hace y no se opone, o si se allana, habría que declarar de modo forzoso el concurso, pese a que no conste la existencia de la pluralidad de acreedores que hemos visto en el anterior fundamento que es precisa para que un procedimiento de la naturaleza del concursal pueda tener sentido.

No puede depender por ello la declaración de concurso de la actividad que despliegue el deudor. El Juzgado que conocerá del concurso debe constatar, al menos de modo indiciario, la existencia de tal pluralidad.

En cuanto al acreedor, sin duda puede tratar de acreditar este extremo. Por ello el art. 7.2 de la Ley Concursal le autoriza a proponer en la solicitud de concurso necesario los medios de prueba que considere precisos para acreditar los hechos en los que la fundamenta. El incidente puede servir, en consecuencia, también para demostrar la pluralidad de acreedores precisa.

Sin embargo esa prueba planteada se supedita a la existencia de oposición (art. 18.1 LC) del deudor. Sin aquélla el Juzgado está obligado a declarar el concurso, sin analizar siquiera los medios de prueba que se propusieron. Pero lo que es más importante, en este caso el solicitante manifiesta que «no le consta» si existen otros acreedores, de manera que sencillamente no se puede intentar probar lo que desconoce. La prueba tiene que servir para acreditar una afirmación, no para indagar sobre la existencia o no de un presupuesto del concurso.

Hay que tener en cuenta, además, que en este caso el solicitante ha planteado un procedimiento de ejecución judicial previo, el menor cuantía 64/98 seguido en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Getxo, en el que no hay un solo dato en el que conste la existencia de varios acreedores. De la documentación que presenta la entidad solicitante del concurso lo que se deduce es que no existen bienes, pero no que haya otros acreedores.

Preguntada sobre el particular en la providencia de subsanación, el solicitante manifiesta que no le consta que existan otros acreedores. Por eso mismo no tiene sentido la solicitud, ya que

ha iniciado un procedimiento de ejecución singular, ha perseguido el patrimonio del acreedor, ha resultado insuficiente y no constan otros acreedores.

En estos casos puede sin duda el ejecutante conocer otros créditos de terceros. Así si persigue bienes inmuebles y los encuentra, pero embargados por otros procedimientos de ejecución de la naturaleza que sea. Pretende hacer efectiva la garantía patrimonial universal que se deriva del art. 1911 del CC frente a su deudor, inicia un procedimiento de ejecución singular contra su patrimonio y se topa con embargos anteriores que hacen insuficiente los recursos del deudor para responder de su deuda.

Ante tal situación, sin duda puede el acreedor interesado acudir al concurso necesario. La ejecución singular que mantiene contra el deudor concurre con otra anterior de acreedores diversos, y por lo tanto, ya tiene sentido poner el marcha todo el complicado mecanismo que se idea en la Ley Concursal para tratar de alcanzar un convenio con el deudor «común» o para liquidar su patrimonio de forma ordenada, sin las preferencias que se derivan de la rapidez con la que el acreedor o la administración de justicia hayan actuado para sujetar los bienes del afectado.

Pero en este caso no consta en absoluto tal situación. Lo único que nos encontramos es ante un patrimonio insuficiente para responder del crédito del que es legítimo titular el acreedor solicitante, que no choca con ningún otro, pues ni se deriva de la documentación presentada, la copia del procedimiento de ejecutoria judicial, ni se manifiesta que pueda concurrir por el propio interesado en el procedimiento concursal.

Tampoco tiene sentido que se pretenda iniciar el procedimiento concursal para el ejercicio de algunas de las acciones de reintegración a las que se refiere la Ley Concursal en los arts. 71 y ss., puesto que idénticas posibilidades se abren al acreedor para verificarlo a través del ejercicio de las acciones prevista en el CC para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111).

Estas acciones pueden ejercitarse por cualquier acreedor cuando tiene constancia de la insuficiencia del patrimonio actual de su deudor para responder de la deuda. Puede tratar en consecuencia de reintegrar al patrimonio del mismo aquellos bienes que hayan sido transmitidos en fraude de sus derechos o con una voluntad defraudatoria o de insolventarse, en vía civil o incluso, en los casos de mayor gravedad, a través de las acciones penales que regulan el alzamiento de bienes (art. 257 Código Penal, CP) o cualquiera otra de las insolvencias punibles.

Por otro lado la finalidad esencial del concurso es alcanzar un acuerdo con el deudor para establecer un plan de pagos, que se facilita mediante quitas y/o esperas, de manera que si no se alcanza, se procede a la liquidación ordenada de su patrimonio. Pero esa misma finalidad, si existe un solo acreedor, puede lograrse mediante un pacto con el ejecutado, perfectamente admisible conforme al art. 1255 del CC, de manera que es innecesario el concurso para facilitararlo.

Y si se argumenta que un solo acreedor puede tener varios créditos, que den lugar a distintos procedimientos de ejecución, que quiere ordenar en uno sólo, puede oponerse que la LECiv admite la posibilidad de acumulación de ejecuciones seguidas entre un mismo acreedor y un mismo deudor (art. 555) y que, en todo caso, si es el único acreedor no habrá problema alguno para que sus distintos créditos sean satisfechos por el orden que proceda, pues ningún perjuicio puede padecer por ello, al irlos cobrando de modo sucesivo sin que terceros se interpongan.

En definitiva, es el acreedor que persigue bienes de su deudor y que constata la insuficiencia de su patrimonio quien debe alegar la existencia de otros acreedores, para que el Juzgado pueda apreciar la concurrencia del presupuesto subjetivo del concurso que constituye la pluralidad de acreedores. Sin tal alegación, o sin la constancia a través de cualquier indicio de que hay varios, no puede ser declarado el concurso, porque el deudor sigue teniendo a su disposición el procedimiento de ejecución singular que le permite perseguir la totalidad del patrimonio del deudor y las acciones, civiles y penales, que le autorizan a tratar de reintegrar al mismo aquellos elementos patrimoniales que lo han abandonado indebidamente.

Todo ello conduce a la inadmisión de la solicitud presentada, ante la falta de constancia o alegación de la existencia de una pluralidad de acreedores de la persona física cuyo concurso se insta.” : Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 3.12.2004 (AC 2005/58)

“Con tales circunstancias lo procedente es acordar la inadmisión de la solicitud. Al respecto conviene reiterar los argumentos utilizados por este mismo Juzgado en auto de tres de diciembre de 2004, donde se indicaba que «pese a todo podría argumentarse que el sistema que estatuye la Ley Concursal no obliga al acreedor a demostrar la existencia de una pluralidad de acreedores, ya que el art. 2 sólo dispone que ha de indicarse la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia, y el art. 7 las exigencias precisas para que se pueda instar el concurso necesario, entre las que no se encuentra tal indicación.

El sistema que se ha ideado en la LC para la declaración del concurso necesario en los arts. 15 y 19 permitiría al deudor concurrir y oponer que no existe pluralidad de acreedores. Podría argumentar que efectivamente hay persecución de su patrimonio, pero sólo por el solicitante y no por terceros, de modo que no tendría sentido acometer el procedimiento concursal.

Tal sistema, sin embargo, se sustenta en que el deudor se oponga. Pero si no comparece, o si lo hace y no se opone, o si se allana, habría que declarar de modo forzoso el concurso, pese a que no conste la existencia de la pluralidad de acreedores que hemos visto en el anterior fundamento que es precisa para que un procedimiento de la naturaleza del concursal pueda tener sentido.

No puede depender por ello la declaración de concurso de la actividad que despliegue el deudor. El Juzgado que conocerá del concurso debe constatar, al menos de modo indiciario, la existencia de tal pluralidad.

En cuanto al acreedor, sin duda puede tratar de acreditar este extremo. Por ello el art. 7.2 de la Ley Concursal le autoriza a proponer en la solicitud de concurso necesario los medios de prueba que considere precisos para acreditar los hechos en los que la fundamenta. El incidente puede servir, en consecuencia, también para demostrar la pluralidad de acreedores precisa.

Sin embargo esa prueba planteada se supedita a la existencia de oposición (art. 18.1 LC) del deudor. Sin aquélla el Juzgado está obligado a declarar el concurso, sin analizar siquiera los medios de prueba que se propusieron. Pero lo que es más importante, en este caso el solicitante manifiesta que "no le consta" si existen otros acreedores, de manera que sencillamente no se puede intentar probar lo que desconoce. La prueba tiene que servir para acreditar una afirmación, no para indagar sobre la existencia o no de un presupuesto del concurso (...).

Tampoco tiene sentido que se pretenda iniciar el procedimiento concursal para el ejercicio de algunas de las acciones de reintegración a las que se refiere la Ley Concursal en los arts. 71 y ss., puesto que idénticas posibilidades se abren al acreedor para verificarlo a través del ejercicio de las acciones prevista en el CC para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111).

Estas acciones pueden ejercitarse por cualquier acreedor cuando tiene constancia de la insuficiencia del patrimonio actual de su deudor para responder de la deuda. Puede tratar en consecuencia de reintegrar al patrimonio del mismo aquellos bienes que hayan sido transmitidos en fraude de sus derechos o con una voluntad defraudatoria o de insolventarse, en vía civil o incluso, en los casos de mayor gravedad, a través de las acciones penales que regulan el alzamiento de bienes (art. 257 Código Penal, CP) o cualquiera otra de las insolvencias punibles.

Por otro lado la finalidad esencial del concurso es alcanzar un acuerdo con el deudor para establecer un plan de pagos, que se facilita mediante quitas y/o esperas, de manera que si no se alcanza, se procede a la liquidación ordenada de su patrimonio. Pero esa misma finalidad, si existe un solo acreedor, puede lograrse mediante un pacto con el ejecutado, perfectamente admisible conforme al art. 1255 del CC, de manera que es innecesario el concurso para facilitarlos.

Y si se argumenta que un solo acreedor puede tener varios créditos, que den lugar a distintos procedimientos de ejecución, que quiere ordenar en uno solo, puede oponerse que la LECiv admite la posibilidad de acumulación de ejecuciones seguidas entre un mismo acreedor y un mismo deudor (art. 555) y que, en todo caso, si es el único acreedor no habrá problema alguno para que sus distintos créditos sean satisfechos por el orden que proceda, pues ningún perjuicio puede padecer por ello, al irlos cobrando de modo sucesivo sin que terceros se interpongan.

En definitiva, es el acreedor que persigue bienes de su deudor y que constata la insuficiencia de su patrimonio quien debe alegar la existencia de otros acreedores que también lo están haciendo, para que el Juzgado pueda apreciar la concurrencia del presupuesto subjetivo del concurso que constituye la pluralidad de acreedores. Sin tal alegación, o sin la constancia a través de cualquier indicio de que hay varios, no puede ser declarado el concurso, porque el deudor sigue teniendo a su disposición el procedimiento de ejecución singular que le permite perseguir la totalidad del patrimonio del deudor y las acciones, civiles y penales, que le autorizan a tratar de reintegrar al mismo aquellos elementos patrimoniales que lo han abandonado indebidamente».

Como sería absurdo y antieconómico poner en marcha el procedimiento concursal, nombrar una administración con tal fin, para que en definitiva se constate la misma situación patrimonial que la que refleja la ejecutoria que el hoy solicitante sigue contra los deudores, es decir, un acreedor y varios deudores sin patrimonio, lo procedente es inadmitir la solicitud ante la imposibilidad de que proceda frente a varios deudores solidarios si no existe confusión de patrimonios y ante la falta de pluralidad de acreedores." Auto JM-1 Bilbao 11.05.2005 (AC 2005/940)

1.3 Pluralidad de acreedores en el momento de la solicitud de concurso necesario, quedando sólo uno al resolverse la oposición

SEGUNDO Como indica la mejor doctrina, la litispendencia produce la denominada perpetuo jurisdictionis, que es el efecto más característico y complejo. En tal sentido, «los presupuestos de actuación de los Tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda, siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad, tanto respecto de los

hechos cuanto respecto de la norma jurídica. Dicha doctrina debe ser entendida relativa a los nuevos hechos o a las nuevas normas, pero no a la determinación de tales hechos y tales normas en el curso del proceso. Este presupuesto no sólo tiende a dar fijeza a los presupuestos de actuación de los tribunales, señalando el momento en que deben ser determinados»

En cuanto al cambio de los hechos que se pueden producir a lo largo del desarrollo del proceso, en principio, ha de entenderse que son irrelevantes.

La jurisprudencia del TS tiene declarado que la resolución debe concretarse a los hechos existentes en el momento de producirse la demanda y su contestación, ya que el principio de la perpetuatio jurisdictionis obliga al Juez a estimar incoado un proceso y decidirlo en los términos planteados, y obliga, también, a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y la sentencia (SSTS de 19 de octubre de 1960 y 28 de septiembre de 1989 [RJ 1989\ 6385]). En la misma línea, tiene declarado el TS en SS, entre otras, de 20 de marzo de 1958, 27 de febrero, 5 de mayo de 1960 y 5 de mayo de 1961, que las sentencias deben dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho, existentes en el momento de iniciarse el pleito, por lo que lo pactado después por el demandado con uno de los demandantes, solamente puede tener consecuencias entre ellos.

En definitiva, fuera de supuestos excepcionales, la alteración de los hechos, sobre todo si es por obra de una actuación unilateral del demandado, no afectan al contenido del fallo, aunque sí pueden incidir en su ejecución, haciéndola, incluso, innecesaria. Así, es muy frecuente en casos de reclamación de cantidad que se pague la deuda, en todo o en parte, una vez trabada la litis, y sin que se produzca un allanamiento expreso u otra forma de terminación anormal del proceso (desistimiento, transacción): en este caso debe dictarse sentencia de fondo, que, si es estimatoria dará lugar a las consecuencias inherentes a tal situación, en el período de ejecución de sentencia. En tal sentido se resuelve, estimándolo, el recurso de reposición contra la Providencia de 7-marzo-06, tramitado en esta alzada.

Consiguiendo, para una adecuada decisión derivada de las cuestiones planteadas deberá partirse de la situación crediticia (acreedores) de la entidad «Malva D'Arbre, S.L.» a la fecha de la solicitud de la declaración de concurso necesario, es decir, a 7-abril-2005, tanto en lo que respecta a sus acreedores reales como a la cuantificación de sus respectivos créditos, y consiguientemente si concurría, a tal fecha, el presupuesto objetivo de la insolvencia como estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; y siendo que los solicitantes del concurso necesario deben probar los hechos en que fundamenten su solicitud.

Y procede recordar que la Ley Concursal prevé como uno de los modos normales de conclusión del concurso la íntegra satisfacción de todos los acreedores, y el anormal modo, por el ejercicio del derecho de disposición de las partes por desistimiento o renuncia de todos los acreedores reconocidos, pero que sólo pueden operar una vez terminada la fase común del procedimiento y se exige aceptación y homologación judicial, pero en el caso aún no se ha admitido el concurso y en cambio se ha satisfecho a la mayoría (no a todos) de los acreedores, aún con posterioridad a la fecha de solicitud de la declaración en estado legal de concurso.

La parte solicitante basa su petición en los hechos de sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte del deudor «Malva D'Arbre, S.L.» (art. 2.4.1º) y en la liquidación apresurada de sus bienes (art. 2.4.3º de la Ley Concursal 22/2003, de 9-julio). Y, opuesto el deudor, habiendo manifestado su solvencia, incumbe a él la prueba sobre la misma, y en este caso, no ha consignado todas las cantidades, adeudadas y reconocidas, a todos los solicitantes y a acreedores posteriores.

En el caso de autos, hay varios acreedores, unos activos realizables e insolvencia del deudor común, en el momento de la solicitud por sobreseimiento en el pago corriente, unida a la venta de activos relevantes para pago de determinadas, no todas, deudas, en vez de liquidarlas todas ordenadamente. Y el principio de orden público procesal obliga a analizar todos los intereses en juego, los de las partes formales y personados, y también al amplio colectivo de acreedores a quienes puede afectar, aunque sólo quede uno sobrevenidamente. No basta, pues, que desistan algunos coadyuvantes sino, además, que lo hagan el acreedor instante y los restantes conocidos para que no puede declararse el concurso, o deba finalizar el procedimiento una vez declarado.

TERCERO Por otra parte, la relación jurídica con la instante ha sido seguida en régimen de franquicia, y no aislado, puntual o esporádica, y el impago al instar el concurso era actual y generalizado, amén de que las dificultades económicas de «Malva D'Arbre, S.L.» no resultaron ser meramente pasajeras ni se superaron sino vendiendo activos de forma apresurada, contraviniendo el espíritu de las normas reguladoras del concurso, que pretende el logro de un convenio del deudor común con sus acreedores u ordenar la liquidación de su patrimonio. En definitiva, no procede simular solvencia de ningún modo, ya sea terceros rebajando el pasivo, o condonando, o renunciando al total o parcial de créditos, desistiendo algunos de los acreedores, ya cediendo fraudulentamente los créditos o fraccionándolos, ya simulando créditos o su pago para satisfacer a varios y no a todos los acreedores, pero si concurre la venta apresurada de bienes y la simultánea anticipación del vencimiento de créditos, al inicio del procedimiento, no es necesario conocer la realidad o existencia de la pluralidad de acreedores, cuyo requisito sí se requiere para el desenvolvimiento posterior del concurso, que se encamina a obtener la «par

conditio creditorum».

Siguiendo la mejor doctrina, el art. 2.1 de la LC dice que: «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común».

Dos elementos contiene la norma; uno, puramente objetivo, es el estado económico de insolvencia; otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo «común», referido a una pluralidad de acreedores.

El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común. Sin embargo, la LC no exige la prueba o justificación específica de ese requisito. Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la «relación de acreedores» que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud. Si, por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (arts. 2.4 y 7) presuponen, normalmente, la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores; así, en los núm. 1º y 2º («sobreseimiento general» y «embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor»), y en el 4º, a no ser que el solicitante invoque el incumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el núm. 3º no hay relación ni con el número de acreedores ni con el de las obligaciones (alzamiento o liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor).

Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC. El art. 4 contempla en su supuesto de hecho el elemento «de la existencia de una pluralidad de acreedores» a los efectos de la «intervención del Ministerio Fiscal». El art. 20.4 se refiere asimismo a «la existencia de otros posibles acreedores» en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores.

Sin embargo, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (art. 176).

De otro lado, tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la que podríamos denominar «unipersonalidad crediticia sobrevenida», esto es, el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor. En efecto, ello en modo alguno determinaría la conclusión del procedimiento, como deriva del art. 176 de la LC que, al regular las causas de conclusión del concurso, no solo no contempla la reducción durante el concurso del número de acreedores a uno sino que, inversamente, establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º LC), por lo que, aun cuando sea solo uno el acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose, no constituyendo, por tanto, la pluralidad de acreedores condición de la prosecución del proceso.

CUARTO Aplicando al supuesto específico de autos la doctrina jurisprudencial breve y precedentemente reseñada, este Tribunal concluye en la concurrencia de varios acreedores del deudor y afirmativamente sobre su estado de insolvencia, a la fecha de solicitud de declaración en concurso necesario de la entidad «Malva D'Arbre, S.L.», a 7-abril-2005, a tenor de los elementos objetivos y circunstancias siguientes:

a) sobre el crédito que ostenta la entidad instante «Moyá Sans e Hijos, S.A» procede de facturas impagadas, determinando la aludida un importe a su favor de 189.505,91 euros. Se trata del primer acreedor inicial, cuya deuda es impugnada pero reconocida, si bien a descontar las existencias y el inmovilizado del establecimiento de Son Servera, reduciéndola, y calificando las facturas como de unilaterales: lo cierto es que a 25-enero-05 se notifican unos abonos, por devolución de género de 32.540 Euros, 3.641,91 euros y 21.485,55 euros, igualmente impugnados, cifrando la oponente y consignando el adeudo en la suma de 6.028,86 euros. Con todo, y reconocida parcialmente la deuda, la liquidación final excede de la solicitud presente, y debe ser bien objeto de reconocimiento del crédito o bien fijarla en el juicio ordinario correspondiente. Lo cierto es que el inventario fue realizado por personal de «Moyá Sans e Hijos» y de «Malva D'Arbre», si bien la primera comunicó el valor final, impugnado por la segunda, para reducir la deuda existente.

b) sobre el crédito que ostenta la entidad «Frutas Servera, S.A», procede de facturas y pagarés desatendidos, tratándose del segundo acreedor inicial hasta 17.886,34 Euros, cosolicitante de la declaración de concurso necesario, y ha sido reconocida por el deudor común, a 7-abril-05. Se presenta un documento de finiquito, datado a 15-junio-05, desconociéndose las cantidades abonadas, y para desistir y renunciar como instante del procedimiento concursal necesario de «Malva D'Arbre, S.L.» (f. 179 de autos). Tal desistimiento y renuncia no ha sido ratificado ni homologado judicialmente.

c) sobre el crédito que ostenta Dª Carmen (Frutas Yasu), determinado inicialmente en 36.809,72 Euros. Se trata del tercer acreedor, y coadyuvante de la solicitud a 3- mayo-05, y reconocida por el deudor común. Se presenta un documento de finiquito, datado a 17- mayo-05,

desconociéndose las cantidades abonadas, y para desistir y renunciar como coadyuvante del procedimiento concursal contra «Malva D'Arbre, S.L.» (f. 178 de autos). Tal desistimiento y renuncia tampoco ha sido ratificado ni homologado judicialmente.

d) a 28-abril-05 la deuda con la Tercería General de la Seguridad Social ascendía a 37,58 Euros, que a 21-junio ya estaba cancelada, si bien se intuye que la deuda fue aplazada de común acuerdo pues la última situación controlada es en abril-05.

e) la entidad «Pescados Oliver, S.A.» se personó como segundo coadyuvante a la solicitud (quinto acreedor), a 17-junio-05, por facturas y pagarés desatendidos hasta un total de 6.050,27 Euros, si bien se opuso, sospechosamente, a la declaración de concurso a 29-septiembre, invirtiendo su inicial posición procesal, y coadyuvando ahora a una inadmisión, por intentada, unidad crediticia.

f) consta un sexto acreedor como es la arrendadora del local, Sr^a Lourdes, a quien se le adeudan cinco mensualidades de renta (10.882,75 Euros) y el importe del Impuesto de Residuos Sólidos del ejercicio 2003 (1.590,64 Euros), la cual ratificó en el acto de la vista que «Malva D'Arbre, S.L.» le adeuda 12.473 Euros, que no ha cobrado, y que no ha condonado la deuda a la arrendataria.

Por demás, la entidad «Malva D'Arbre, S.L.» explotaba tres supermercados (en Son Servera, Porreres y Montuiri), y a modo de liquidación apresurada dejaron de explotar el de Son Servera, y vendieron el de Montuiri a «Hipercentro», precisamente competencia directa de la entidad instante, siendo que «Malva D'Arbre, S.L.» ha cuidado de no aportar fecha, condiciones, precio, etc. de la indicada venta, además de haber vendido otro inmueble (fincas registrales núm. 72.135 de Palma, y 13.357 de Montuiri), de los que eran titulares los Sres. Jose Daniel y Juan Francisco. Item más, «Malva D'Arbre, S.L.» resolvió el contrato de arrendamiento de local que le permitía explotar el supermercado de Son Servera, cuyo débito frente a la Sra. Lourdes ya ha sido reseñado, explotando únicamente en la actualidad el «Supermercado Ca'n Murtó», de Porreres; y que con el precio obtenido, los aludidos han abonado los créditos sociales frente a bancos y personales como fiadores, para eludir cualquier responsabilidad en el futuro ante las entidades bancarias. En definitiva, se ha vulnerado por el deudor común el principio general de «par conditio creditorum», al beneficiar a algunos acreedores en el cobro respecto de otros, máxime cuando la Ley Concursal vigente precisamente permite al concursado impedir o actuar ante posibles vencimientos anticipados y rehabilitar contratos, y por el contrario, se han realizado en períodos sospechosos unas amortizaciones totales de dos préstamos personales con «Sa Nostra» a 14-febrero-05 cuando vencían a 31-enero-07, y se amortiza una cuenta corriente de crédito personal, que vencía a 31-diciembre-04 en fecha 14-febrero-05; igualmente se realiza en período sospechoso la cancelación de las pólizas de crédito, a 14-febrero-05 que vencían en mayo y julio-05, suscritas entre «Malva D'Arbre, S.L.» y «Barclays» (antes Banco Zaragozano). Resulta totalmente impensable que, dada la deuda a corto y a largo plazo con proveedores, los saldos de proveedores cancelados o amortizados provengan sólo de los beneficios generados por su actividad económica, sino es con lo obtenido con la venta de activos relevantes. Item más, en fecha 11-febrero-2005 se cancelaron anticipadamente sendos préstamos suscritos con la «Banca March»; operaciones todas las cuales, al igual que los pagos posteriores a la solicitud a otros acreedores, podrían dar lugar al ejercicio de acciones rescisorias u otras de reintegración. Y correspondía a «Malva D'Arbre, S.L.» justificar que todos los acreedores de su listado habían cobrado o que las deudas (saldos) eran meramente corrientes, a la fecha de solicitud de la declaración del concurso, y los motivos del porqué ahora paga al contado si no ha perdido -como alega- capacidad financiera y crediticia; todo lo descrito contrasta, en discordancia, con los elevados saldos deudores de «empresas del grupo» (cta 551), con conceptos desconocidos (cta 221 y 217) y con el saldo de la cuenta corriente de «socios-administradores», y de los de acreedores a corto plazo, a tenor de la documental acompañada.

La entidad demandada reconoció expresamente la lista manuscrita propia, como relación de acreedores y deudas; y concluye este Tribunal que, a 7-abril-2005, la entidad «Malva D'Arbre, S.L.» tenía pluralidad de acreedores y carecía de solvencia para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y, a pesar de haber liquidado la deuda con algunos de sus acreedores, procede admitir la solicitud de concurso necesario y ordenar la continuación del procedimiento instado por dos acreedores, y coadyuvando por otros tres, a los que deben unirse los que anticiparon el cobro de deudas no vencidas.": Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902)

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Art. 2.2

“Aún cuando dicha regulación [art. 2.4] podría ser entendida como que cada uno de los supuestos de hecho a que se refiere constituye un presupuesto objetivo del concurso, una interpretación conjunta del artículo 2, 16 y 18 permiten concluir que la Ley Concursal, coherente con su principio de unidad, opta por la existencia de un presupuesto objetivo único: la

insolvencia. Este presupuesto no se encuentra definido aunque sí descrito en el artículo 2, que se refiere a él como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley Concursal permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aún existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

1. Concepto de cumplimiento “regular”

“**TERCERO** Sentando lo anterior, se plantea la concurrencia de una situación de insolvencia actual. Sin embargo, tras el examen de los documentos obrantes en autos no se aprecia aquella. En efecto, entendiendo por tal la situación en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede concluirse que la herencia se encuentre en dicho supuesto. La clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente, que ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de modo que, verbigracia, no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal. En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta sea judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas, especialmente si el deudor es un patrimonio separado como es el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley Concursal que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley Concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia, sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurren dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso.

CUARTO Como se ha adelantado, analizando comparativamente el activo y pasivo de la herencia yacente que se extrae del inventario y la lista de acreedores presentada con la solicitud, no se aprecia situación de insolvencia. Es cierto que el solicitante valora el activo en una cantidad inferior al pasivo pero no han de desconocerse dos datos fundamentales.

En primer término, el concurso de esta herencia fue ya solicitado ante este Juzgado y el inventario fue valorado en una cantidad notablemente superior a la actual, especialmente los bienes inmuebles, aspecto que ha de ser tenido en cuenta atendiendo a que el objetivo del análisis de la solicitud es conocer la efectiva situación de insolvencia, evitando la declaración irreversible de concurso en situaciones en las que no procede. Así, la participación de la herencia en los inmuebles coincidentes en ambos inventarios fue valorada en el presentado con la primera solicitud, en el menor de los casos, en el doble de la valoración ahora presentada. Así mismo, en la primera solicitud se incluyen en el activo bienes inmuebles que no se incluyen en el inventario presentado, en concreto un local y una vivienda cuya participación se valoró en más de 180.000 euros. De la misma manera, se realiza una valoración superior de las joyas, mobiliarios y enseres superior en 8.000 euros al ahora presentado.

Dicha primera solicitud fue desestimada por no apreciarse situación de insolvencia atendiendo a la valoración del activo y del pasivo, entendiendo que se podía proceder a cumplir las obligaciones regularmente. Llama la atención poderosamente que en la solicitud se obvie cualquier referencia a esta previa solicitud y que no se justifique en modo alguno la diferencia en valoración del activo, especialmente, dada su más que evidente diferencia y repercusión en cuanto a la determinación de la concurrencia de presupuesto objetivo del concurso. Esta conducta, por la ausencia de toda referencia a la solicitud anterior y a la ausencia total de justificación de la diferente valoración del activo, con la trascendencia que ello posee según se extrae de los datos anteriormente expuestos, permite apreciar en la solicitante una actitud no sólo cercana sino rayana a la mala fe procesal por reiterar una solicitud previamente desestimada con una variación absoluta de las valoraciones injustificada.

QUINTO Por otro lado, ha de ser especialmente tenido en cuenta otro dato fundamental que se extrae del simple análisis del inventario. En él, además de no incluirse las rentas derivadas de los contratos de arrendamientos vigentes, el valor dado a los inmuebles incluidos en el inventario es manifiestamente inferior al valor real y no se corresponde con la realidad del mercado mobiliario

tal y como se concluye sin que sean preciso especiales conocimientos. Así, la mitad indivisa de un local de oficina sito en Torrelavega se valora en 12.300 euros, la mitad indivisa de una vivienda en Suances en 22.400 euros, la mitad indivisa de una finca de más de once áreas en la que se encuentra construida una vivienda en 30.000 euros y la mitad indivisa de un piso en la localidad de Reinosa en 10.000 euros. Dichas cantidades, multiplicadas por dos no se corresponden con el valor real de bienes inmuebles de sus características registrales y son manifiestamente inferiores. Además, dicha valoración resulta inferior en el menor de los casos en más de la mitad de la atribuida en la primera solicitud, lo cual no deja de ser llamativo puesto que a pesar del manifiesto incremento del índice de precios en el mercado inmobiliario y del transcurso de más de un año desde la solicitud, según el solicitante, su valor ha disminuido aunque no lo justifique.

SEXTO Además, en la solicitud faltan datos esenciales cuyo desconocimiento por la solicitante no puede entenderse en modo alguno justificado con sus alegaciones, como es el valor de las joyas que teniendo en cuenta la valoración irreal dada a los inmuebles puede presumirse igualmente inferior a la real, especialmente dada la falta de determinación de las existentes y la diferencia con la valoración de la primera solicitud.

De un modo similar, falta la determinación de las rentas provenientes de los arrendamientos resultando difícil sino imposible entender justificada la ausencia de dicho dato con las alegaciones dadas en el inventario, y entender que tras más de dos años de expediente de aceptación de la herencia a beneficio de inventario aún se desconozca ese dato.

SÉPTIMO Teniendo en cuanto los dos datos anteriores, que el valor dado por la solicitante al activo en la primera solicitud fue muy superior al dado en la presente, que no se incluyen sin justificación alguna en el activo algunos inmuebles que sí lo fueron en el originario, resultar notable y evidentemente desproporcionado el valor de mercado dado a los inmuebles con el valor real de los mismos, que no desarrolla actividad empresarial o profesional alguna y que resulta perfectamente posible el pago de los acreedores mediante la venta de los bienes de la herencia, que es lo que piden en el plan de liquidación, no puede concluirse que exista imposibilidad de cumplir regularmente la obligaciones exigibles puesto que, a la vista de las circunstancias, puede considerarse como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago con lo que resultaría un líquido suficiente para atender a las obligaciones. Esto, teniendo en cuenta que las valoraciones contenidas en el inventario no pueden ser consideradas como reales sino muy inferiores a éstas y que de los datos anteriores se extrae que con su enajenación por su valor real sí podrían atenderse las deudas.

En realidad, parece que lo buscado es la unificación en un solo procedimiento de todas las operaciones de venta y liquidación de bienes de la herencia y el pago a los acreedores de ésta al igual que sucedió con la primera solicitud. Sin embargo, y reiterando lo resulto en aquella ocasión, el cauce instado no es el adecuado para ello, puesto que el concurso es un proceso destinado a la resolución de las situaciones de crisis de insolvencia que en modo alguno se aprecia en este caso.

Junto a todo lo anterior, tal y como se adelantó más arriba, se considera rayana en la mala fe la conducta de la solicitante al reiterar la solicitud que le fue denegada con idéntico objetivo, excluyendo cualquier referencia a la primera y presentando una valoración desproporcionada e injustificada con relación incluso a sus propios actos anteriores, sin incluir en el inventario la totalidad de los bienes de la primera.

En consecuencia, no se aprecia la concurrencia del presupuesto objetivo o material del concurso recogido en el artículo 2 LC, debiéndose desestimar la solicitud de concurso.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 28.04.2006 (AC 2006/1471)

“SEGUNDO Se alega en la solicitud que la solicitante se encuentra en situación de insolvencia. Sin embargo, valorados los datos extraídos de la documentación presentada junto a la solicitud no se aprecia dicha situación.

En efecto, entendiéndose por tal la situación en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículo 2 LC), ha de concluirse que la solicitante no se encuentra en insolvencia. La clave de la cuestión se sitúa en el término regularmente, que ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. Este término, no obstante la anterior definición general, ha de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de modo que, verbigracia, no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal. En cambio, sí se puede considerar regular el pago a los acreedores mediante la venta sea judicial por la existencia de embargos judiciales trabados, o por cualquier otro medio, de bienes pertenecientes al activo del deudor que no son necesarios para el ejercicio de actividad empresarial o profesional ni para el alojamiento y vivienda en caso de persona física, cuando sus bienes son suficientes para pagar las deudas.

Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley Concursal que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de

situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley Concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia, sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurran dichos supuestos, si el deudor justifica o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso.

TERCERO Como se ha adelantado, analizando comparativamente el activo y pasivo de la solicitante que se extrae del inventario y la lista de acreedores presentada con la solicitud, no se aprecia situación de insolvencia.

Ha de tenerse en cuenta, en primer término, que por Junta General se acordó la disolución de la solicitante, habiendo cesado su actividad y solicitándose en el escrito iniciador de este procedimiento la apertura de la fase de liquidación. Por otro lado, el valor real que se otorga en la documentación anexa a la solicitud a los bienes y derechos que conforman el inventario resulta muy superior al pasivo, doblándolo. Teniendo en cuenta que la solicitante opta en la solicitud por la liquidación y a tal efecto alude a una propuesta de compra de sus bienes sobre cuya base ha valorado el activo en una cantidad superior a 300.000 euros, resulta claro que la enajenación de los bienes y derechos que integran el activo resulta suficiente para atender al pasivo. Valorando que se ha adoptado por la Junta General de la sociedad su disolución y que el objetivo pretendido es la realización de su activo para atender al pasivo, no puede entenderse esta enajenación como un modo de cumplimiento anormal, máxime teniendo en cuenta la valoración real de los activos que se realizan en el inventario y que se corresponde con una oferta en el mercado y que no hay actividad empresarial ni viabilidad patrimonial que garantizar.

Por todo ello, se considera que la concursada se encuentra en situación de cumplir regularmente sus obligaciones, entendiendo como medio de cumplimiento normal, valorando las circunstancias del caso, la realización del activo atendiendo a su valor real, operación suficiente para atender al pasivo.

Para la comprensión de lo anterior ha de comprenderse que el concurso no es un procedimiento a acudir en los supuestos en que sea preciso liquidar un patrimonio o en los casos de disolución de una sociedad sino que resulta pertinente únicamente en los supuestos en que concurre una situación de insolvencia. Por ello, la disolución de una sociedad no es motivo o causa suficiente para la declaración de concurso puesto que no refleja el cumplimiento del presupuesto objetivo que viene dado en todos los supuestos por la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles.

En consecuencia, y reiterando lo anterior, no puede concluirse que exista imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles puesto que, a la vista de las circunstancias anteriores, se considera como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago con lo que resultaría un líquido suficiente para atender a las obligaciones.

Por ello, no apreciándose la concurrencia del presupuesto objetivo o material del concurso recogido en el artículo 2 LC, debe desestimarse la solicitud de concurso.”: Auto JM-1 Santander 08.05.2006 (AC 2006/1218)

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Art. 2.3

1. Insolvencia inminente

1.1 Concepto de Insolvencia inminente

“El deudor alega que se encuentra en estado de insolvencia inminente, aduciendo que tiene una retención de la Agencia Tributaria por importe de 1.970.206,34 euros, y que en consecuencia no puede asumir los pagos. El estado de insolvencia inminente se define en el art. 2.3 in fine LC, conforme al cual "se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles". Por su parte, el art. 1.2 LC señala que "se encuentra en estado de insolvencia (actual) el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". En el presente caso no puede decirse que la insolvencia sea inminente, sino que es actual, ya que todos los créditos están vencidos. En la delimitación del contenido objetivo de la insolvencia inminente (que tiene su precedente en el art. 18 de la Insolvenzordnung alemana de 1994), debemos partir del dato de que se trata de una situación de futuro, de forma que el deudor todavía no ha incumplido

puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello vaya a acontecer, de forma que el incumplimiento de las obligaciones aún no debe de haberse producido, ya que en otro caso la insolvencia sería actual y no inminente; teniendo el deudor obligación de solicitar el concurso en el primer caso (art. 5 LC), mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal. En este sentido, el solicitante confunde dicha obligación legal en el Hecho 2º de la solicitud, ya que manifiesta que a efectos con lo dispuesto en el art. 5 LC, la solicitud se presenta dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que se puso de manifiesto la insolvencia inminente. Como se ha expuesto, dicha obligación legal que se impone al deudor sólo se aplica a los supuestos de insolvencia actual. En cualquier caso, en el presente supuesto la insolvencia no es inminente sino actual, sin que la diferencia radique en conceptos económicos como el de iliquidez, sino en el incumplimiento (actual) o la previsión de incumplimiento de obligaciones (inminente).”: Auto JM-1 Cádiz 2.11.2005 (JUR 2005/241130)

“La distinción entre insolvencia actual e inminente procede del acogimiento del concepto del Derecho concursal alemán contemporáneo de la «drohende Zahlungsunfähigkeit» del par. 18 InsO, que allí alude no tanto a la idea de inminencia, de innegable sentido temporal en castellano, como a la idea del riesgo, peligro o amenaza de actualización del sobreseimiento. Si un endeudamiento que preocupa tiene vencimientos a medio plazo, pero la amenaza de no poder cumplir cierta, la insolvencia es amenazadora, aunque no inminente en realidad (así, en la doctrina alemana se entiende razonable la previsión en un plazo de hasta tres años).

Resulta obvio que el legislador desea propiciar en el concurso a instancias del deudor esa función preventiva de las instituciones concursales dentro de una unidad de procedimiento, y la insolvencia inminente pertenece a una de esas situaciones indefinidas, anteriores a la crisis ya instaurada, en que es posible pronosticar la insolvencia («entreprise en difficulté» del Derecho francés, o «financial distress» de la literatura anglosajona). Se coloca, pues, la insolvencia en un momento de pronóstico, desde la insuficiencia económica, sobre la incapacidad de cumplimiento, con la finalidad de que los mecanismos de solución convencional o liquidadora tengan un sentido real, de modo que el concurso obedezca al saneamiento del tejido empresarial, a la medicina curativa, por decirlo en términos metafóricos, y no siempre a la medicina forense.

La norma del art. 2.2 LECO desenvuelve lo que debe entenderse como insolvencia inminente, de modo que se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual («el deudor que prevea que no podrá cumplir»), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. No se trata, por supuesto, de un estado psicológico del deudor que insta su concurso sino que debe, amén de justificar un determinado endeudamiento, hacerlo con la realidad de dicha previsión, es decir, que el déficit de liquidez y crédito se traducirá verosimilmente en ausencia de liquidez y crédito. En el Derecho germánico se describe la insolvencia «amenazante» como la previsión de la situación de no poder atender a las obligaciones existentes en el momento de su vencimiento, y el correlato de insolvencia inminente de LECO es más amplio, ya que la previsión habilitante puede ser, no de la falta de atención al vencimiento, impuntualidad o morosidad, sino de falta de atención mediante operaciones regulares, es decir, dentro del giro o tráfico habitual de la empresa, de modo que una previsión de sobreseimiento por impuntualidad o irregularidad de una deuda tiene expectativas de generalizarse a la mayor parte de las deudas.

Recuperar por LECO la vocación preventiva de las instituciones concursales, general en Derecho comparado próximo, sin configurar un específico procedimiento concordatario cuando aún no hay insolvencia, pero ésta es previsible, sino a través del método de avanzar el concurso potestativamente para el deudor -cual es el régimen por el que se decanta el legislador, renunciando discutiblemente a los convenios extrajudiciales-, no deja de encerrar el peligro del uso táctico de una excesivamente avanzada constitución del concurso a la sola voluntad del deudor para enervar la ejecución singular de los acreedores. Debe tenerse en cuenta que, sin arriesgar resultados represivos, y sin perder el control el empresario, más que sujetándose a una intervención (art. 40.1 LECO) puede, con presentarse en concurso, lograr la paralización de ejecuciones sin derecho de separación (art. 55 LECO) y «enfriar» las ejecuciones de garantías reales y asimilados (arts. 56 y 57 LECO), y manteniendo la actividad, «forzar» un convenio de la máxima condonación y aplazamiento.

El concurso es salvedad del proceso de ejecución singular, integrado en el derecho a tutela judicial, y en su caso, en la capacidad de autotutela de la Administración, y sólo se hallará constitucionalmente amparada dicha excepción cuando se constate la base real objetiva de la insuficiencia de respuesta patrimonial ante la pluralidad de acreedores concurrentes. En otro caso, quedaría privada de proporcionalidad. Por ello, la desaparición legal de la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario, de modo que la insolvencia no se debe reconocer por la mera afirmación en la solicitud del deudor (cfr.: art. 14 LECO).

Ahora bien, en el supuesto de la insolvencia inminente, debe admitirse que:

1.º) No hay, en realidad, grandes incentivos que persuadan a los deudores para solicitar anticipadamente el concurso, teniendo en cuenta que los mensajes perversos para los gestores de empresas en «precrisis» son poderosos, y las ventajas de presentarse en concurso limitadas,

así como las sanciones por no hacerlo, en el deber de disolución de mercantiles para los administradores sociales, ya preexisten en el Derecho de sociedades. Por lo tanto, no está en la línea del sistema el excesivo escrúpulo en las declaraciones de concurso por solicitudes basadas en insolvencia inminente (Exposición de Motivos de LECO II, p. 9).

2.º) Resulta lógicamente imposible pedir que tenga el Juez por acreditada la insolvencia inminente, al tratarse de un juicio sobre datos futuribles, de modo que, a la luz de la apreciación conjunta de documentos aportados, lo más que puede emitir es un juicio condicional coincidente con el correlativo de «autoprevisión» de insolvencia del que solicita, el cual será positivo siempre que no se deje de ofrecer un criterio que, objetivamente, permita apoyar aquélla.

3.º) Aunque el art. 18.2 LECO parece «a contrario» conducir a la constatación contable de la prueba de la insolvencia actual en el concurso necesario para quien tiene deber de llevanza de contabilidad, no debiera restringirse a aquélla el predicho criterio objetivo de la «autoprevisión» de insolvencia inminente, sino que podrá consistir en un razonamiento basado en documentos no contables o hechos notorios.

4.º) Como queda indicado en su antecedencia comparada, lo inminente es más bien amenazante, a fin de que tenga sentido la vocación preventiva, y no puede reducirse a la insolvencia que está a punto de ser advenida, y ni siquiera debe marcarse un determinado plazo corto o medio, puesto que lo único preciso es advertir esa razonabilidad o verosimilitud del cálculo objetivo del solicitante acerca de que las obligaciones nacidas no podrán cumplirse puntual y regularmente, aunque se vayan a incumplir dentro de tres o seis meses, o un año.

La «autoprevisión» razonable de insolvencia que amenaza puede proceder lógicamente de tres panoramas, entreverados o no: 1.º) La importancia del sobreendeudamiento; 2.º) El desfase entre la liquidez del activo y la exigibilidad del pasivo; 3.º) La inviabilidad de cumplir en el corto plazo.

Y el futuro de insolvencia pronosticado, como orientación, y sin limitarlo a las cuentas como fundamento del razonar, según se ha dicho, bien puede tenerse por razonable cuando aparecen esos factores que implican dudas para el auditor de «la capacidad de la entidad de seguir como empresa en funcionamiento», de la Resolución de 31 de mayo de 1993 del ICAC, que aprueba la Norma de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento: resultados económicos y/o «cash-flow» negativo significativo y continuado (1); fondo de maniobra negativo significativo y continuado (2); pérdida de intangibles muy importantes para la actividad (3); reducción de pedidos significativa o pérdida de algún cliente muy importante (4); gran inversión en producto sin éxito (5); contratos a largo plazo no rentables (6), etc.

Claro que esos factores indiciarios de insolvencia futura, en cualquiera de los panoramas, se disipa mediante otros contraindicadores, como serían todos los relativos a inyecciones financieras por los accionistas o una sociedad dominante, la aptitud para generar fondos propios, ayudas o subvenciones públicas, disponibilidad de líneas de crédito por contar con garantías, aplazamientos posibles, reestructuración de la actividad, sustitución de pedidos, clientes, proveedores, capacidad de reducir la actividad coyunturalmente, etc. Ahora bien, como hecho negativo la de falta de tales, no puede exigirse a la solicitud de declaración de concurso.

En el caso de Asegarce, el balance provisional al 6 de marzo de 2006 desvela que el panorama no es exactamente de sobreendeudamiento, como basta con comprobar los saldos ajustados de acreedores al día 14 siguiente, en que descuellan esencialmente el crédito a largo de Baint Media y los acreedores institucionales, Hacienda Foral por IVA, y la Seguridad Social por recaudación de cuotas. Tampoco se aprecia una iliquidez del circulante, que se integra por la taquilla de los partidos de pelota y los precios de cesión de derechos de emisión radiofónica y televisiva, siendo los ingresos estables y en crecimiento sostenido respecto de los gastos, en los datos de las cuentas de pérdidas y ganancias. Lo que se alega y parece objetivarse como juicio condicional o de pronóstico es la patente inviabilidad de cumplir en el corto plazo. Y este corto plazo se identifica con la acumulación de impagos de cuotas de cotización al RGSS por la plantilla de deportistas profesionales, no provisionadas en los ejercicios anteriores a 2004, y que asciende a la fecha de 14 de marzo de 2006 a 27.005,23 euros, y otros 477.451,23 euros provisionados, junto con 14.239 euros por IVA, y otros 217,382,80 euros de retenciones. En 2000 el importe de las cargas sociales por cuotas empresariales de cotización a la Seguridad Social era de 42.325,20 euros, en 2001 de 49.830,27 euros, en 2002 de 78.550,63 euros, multiplicándose por cinco en 2003, a 387.993,41 euros, por razón de encuadramiento forzoso desde 1 de abril de 2003 en RGSS, sin que los ingresos experimenten incremento más que moderado. En la cuenta de pérdidas y ganancias los ingresos de explotación (1.387.953,43 euros), no superiores a los que cabría esperar con cifras para el ejercicio que se cerraba en agosto de 2004, apenas contienen la suma de gastos de personal (1.253.656.40 euros), que ya suman débito por cuotas patronales de cotización por 226.464,53 euros.

Como esta verosímil situación de morosidad a corto plazo se aprecia en relación a una sociedad con pérdidas significativas continuadas iniciales, que consigue beneficios de 55.522,06 euros en 2001/2002, y de 95.368,57 euros en 2002/2003, pero que cae en pérdidas en 2003/2004 de nada menos que 365.777,71 euros, y que manifiesta han quedado en 2004/2005 de 56.025,27 euros, cuando reestructuró gastos, después ya de recibido el impacto del incremento de cargas de

Seguridad Social, se opina que está objetivada la amenaza de insolvencia, según declara la solicitante.

No es menester, pues, requerir un pronóstico financiero o de liquidez mediante esas pericias económicas que recomienda la mejor doctrina.

Así lo expuesto, procede dictar auto que declare en concurso a Asegarse Pelota S.A., el cual debe calificarse de voluntario por haber sido instado por el propio deudor, sin que haya mediado otro previo instado por ningún otro legitimado, según dispone el art. 22 LECO.”: **Auto JM-2 Bilbao 17.02.2006 (La Ley, 497, 2006)**

1.2. Supuestos concretos de insolvencia inminente

1.2.1 Insolvencia inminente por sentencia firme de condena pendiente de cuantificación

“TERCERO.- La solicitud cumple las condiciones y se acompañan los documentos que se expresan en el artículo 6 de la LC y de la documentación aportada apreciada en su conjunto se desprende el estado de insolvencia del deudor.

Ello en tanto que de la documentación contable aportada en autos y del resto de documentos presentados se aprecia que la solicitante carece de un activo que le vaya a permitir cumplir regularmente sus obligaciones, especialmente, en virtud de la condena recogida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2004. Si bien es cierto que en la referida sentencia no se fija la cantidad liquida a percibir por cada uno de los beneficiados por ella ni se cuantifica el coste de las reparaciones a que se condena a la deudora, la experiencia y la ejecución provisional seguida, permiten concluir que su montante económico no podrá ser sufragado de un modo regular por Construcciones López Pablo, S.A., por no ser su activo suficiente para hacer frente a dicha contingencia. Efectivamente, la previsible cuantificación de dicha condena permite apreciar, en este momento, que una vez concretadas las partidas anteriores, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones por carece de activo suficiente para ello. Por otro lado, la inminencia que se aproxima a certeza en este caso, proviene de la existencia de esa condena firme, y por ello, de una condena y consiguiente deuda a cargo de la solicitante, de la que únicamente resta su determinación cuantitativa. Todo lo anterior, determina la concurrencia del presupuesto del concurso, esto es, la situación de insolvencia inminente.”: Auto JM-1 Santander 07.12.2004 (Concurso 123/2004)

1.2.2 Sección de crédito de cooperativa. Alarma social

“Según el artículo 6.3 LC, se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ha de tenerse en cuenta que la insolvencia inminente, por tratarse de una situación futura y previsible, presenta un margen de incertidumbre, siendo preciso atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que esa incertidumbre es mínima y se acerca a la certeza del hecho futuro.

La solicitante desarrolla su actividad en tres ámbitos, agrícola, obras sociales y sección de crédito. Analizando la memoria presentada, inventario y lista de acreedores, se extrae que la mayor parte del endeudamiento de la solicitante proviene de la sección de crédito, algo más de 22.200.000 euros en su mayoría inmediatamente exigibles, frente a los aproximadamente 73.800 provenientes de la sección de almacén. Respecto al activo, se señala como activo neto la cantidad aproximada de 22.800.000, de los cuales corresponde, siempre en cantidades aproximadas, a tesorería 2.800.000 euros, inmovilizado material 8.500.000 euros, existencias 43.000 euros, deudores de almacén 507.000 euros y como partida principal, deudores de la sección de crédito 19.500.000 euros, de la que hay que deducir la cantidad en concepto de dotación de deudores de dicha sección. De dichos datos se extrae que la diferencia entre el pasivo exigible y el activo líquido presenta una diferencia superior a 19.000.000 euros.

De lo anterior y del relato de la historia económica y jurídica de la solicitante contenida en la memoria, se extrae que la sección de crédito constituye la actividad principal de la cooperativa tanto por el número de operaciones como por su volumen económico. Sin perjuicio de que la misma desarrolla su actividad en tres sectores, agrícola, obras sociales y sección de crédito, según se colige de la memoria y de los documentos presentados junto a la solicitud, no parece que las dos primeras las actividades fundamentales desde el punto de vista económico. Específicamente, por lo que hace referencia al ámbito agrario, en la propia memoria se especifica que el descenso del sector agrario y la propia modificación de la configuración física y urbanística de Monte ha hecho que descienda notablemente su actividad. Por lo anterior, podemos concluir que la actividad principal desarrollada desde el punto de vista económico es la correspondiente a la sección de crédito, como se ha dicho.

Retomando el análisis del activo y pasivo de la solicitante y partiendo de la consideración efectuada sobre el carácter principal de la actividad desarrollada por la sección de crédito respecto a la totalidad de la cooperativa, ha de señalarse que la diferencia entre el pasivo exigible y el activo líquido no es por sí sola determinante de la situación de insolvencia inminente.

Ha de tenerse en cuenta que la propia dinámica de las entidades de crédito y, por extensión, las secciones de crédito de las cooperativas que aunque no tienen dicha naturaleza llevan a cabo una actuación, en parte, similar, el activo líquido siempre se muestra inferior al pasivo exigible, sin que ello sea determinante de una situación de insolvencia inminente porque lo contrario podría llevar al derrumbe del propio sistema de funcionamiento de las entidades de crédito.

No obstante, en la memoria se relatan unos hechos relativos a la posible comisión de una serie de hechos delictivos que tras su comunicación a los depositantes ha originado, según se expone en la misma y, respecto a algunos de ellos, se extrae de la documentación aportada con el escrito de solicitud de concurso, un temor por riesgo de insatisfacción de los depositantes de la sección de crédito que ha provocado, en varios casos, la exigibilidad inmediata de sus depósitos. De dichos hechos parece extraerse una cierta alarma entre los cooperativistas y depositantes que puede derivar, como en principio parece que está haciendo, en la petición de retirada inmediata de los fondos depositados por parte de los impositores.

Ante esta situación, teniendo en cuenta el volumen de los depósitos obrantes en la sección de crédito que, en la práctica, representa el aspecto más importante cuantitativamente de la actividad de la cooperativa tanto por el número de actuaciones como por su volumen económico, y que según afirma el deudor son todos ellos exigibles, resulta previsible que la solicitante no vaya a poder hacer frente a sus obligaciones puntual y regularmente, entendiéndose que en este caso el cumplimiento puntual vendrá referido al cumplimiento en el momento en que se solicite la retirada de los depósitos por los acreedores de la sección de crédito en tanto que son inmediatamente exigibles.

Teniendo en cuenta el volumen del pasivo de la sección de crédito y que en su práctica totalidad se corresponden con depósitos exigibles, el activo líquido es manifiestamente insuficiente para atender a estas reclamaciones. Por otro lado, atendiendo al resto de bienes y derechos que forman parte del activo, la aparente alarma creada y las actuaciones descritas en la memoria relativas a la posible comisión de una serie de hechos delictivos relacionados con la sección de crédito, permiten apreciar que no se va a poder atender a dichas obligaciones representadas por los depósitos exigibles de un modo regular, esto es, acudiendo a medios normales y ordinarios de mercado, en condiciones habituales de financiación, sin que aparentemente la venta del principal inmueble sea suficiente para atender a este cumplimiento y teniendo en cuenta que una parte importante de los créditos de la sección de crédito que forman parte del activo (aproximadamente 12.900.000 euros) provienen, según la solicitante, de la presunta comisión de hechos delictivos.

En último término, respecto a la valoración del margen de incertidumbre de la previsión de futuro, analizando de nuevo los hechos descritos en la memoria y especialmente la alarma creada por los hechos acontecidos y que a comenzado a materializarse en la solicitud de retirada de depósitos, parece efectivamente previsible que se vaya a producir una petición generalizada de retirada de depósitos a la que no va a poder hacer frente la solicitante previsiblemente de un modo regular y puntual.

La reiterada relevancia de las sección de crédito de la cooperativa desde un punto de vista económico-contable respecto a la cooperativa considerada globalmente, permite entender la repercusión de la situación puesta de manifiesto en la memoria por la que en la actualidad atraviesa la sección de crédito, como consecuencia, según el solicitante, de los hechos descritos en su solicitud, con la creación de una importante alarma entre los depositantes de la que ha habido manifestaciones, en la totalidad de la cooperativa. Esto, de manera que la situación económica de la sección de crédito determina, en definitiva, la de la cooperativa por la proporción que representa dentro de ésta, tal y como se extrae de los datos económico-contables reseñados en la memoria y extraídos de la documentación que lo acompañan, sin que analizada globalmente la cooperativa, como se ha hecho anteriormente, la situación económico-financiera de la misma permita extraer una conclusión diferente a la de que se encuentra en una situación de insolvencia inminente siendo previsible que de los dos otros ámbitos de actuación, agrícola y obras sociales, no se vayan a generar recursos o activos suficientes para paliar la situación, directamente o permitiendo acceso a financiación, esto es, efectuando un cumplimiento regular.

Atendiendo a todo ello, y entendiéndose por los hechos descritos que resulta previsible que la solicitante no va a poder atender puntual y regularmente a sus obligaciones exigibles puesto que resulta previsible que los depósitos vayan a ser exigidos y la situación descrita manifiesta que es previsible, igualmente, que no se encuentre en condiciones de acudir a medios ordinarios para satisfacerlos, se aprecia una situación de insolvencia inminente, por lo que procede, de conformidad con el artículo 14 de la LC, dictar auto declarando en concurso a la parte solicitante.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 29.03.2006 (AC 2006/1473)

1.3 No cabe alegar insolvencia “inminente” cuando todas las deudas están vencidas

“**SEGUNDO** Se alega en la solicitud que la herencia yacente se encuentra en situación de insolvencia inminente ante la imposibilidad de atender a los pagos de sus acreedores que pueden acelerar procedimientos judiciales e incurrir en cuantiosos gastos.

Sin embargo, valorados los datos extraídos de la documentación presentada junto a la solicitud

no se aprecia dicha situación. Según el artículo 2.3 LC, se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ha de tenerse en cuenta que la insolvencia inminente, por tratarse de una situación futura y previsible, presenta un margen de incertidumbre, siendo preciso atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que esa incertidumbre es mínima y se acerca a la certeza del hecho futuro.

En el presente caso, la totalidad de las deudas se encuentran vencidas por lo que no nos encontramos la previsión de falta de puntualidad a que alude el artículo 2.3, puesto que todo el pasivo está vencido. Por otro lado, el negocio titularidad de la demandada carece de actividad por lo que no se aprecia aspecto dinámico alguno que permita aventurar esa futura insolvencia.

La justificación de la solicitud, por los procedimientos judiciales que se puedan provocar por estar impagadas las deudas vencidas con los gastos consiguientes no son fuente de valoración de la insolvencia inminente puesto que obedecen a unos gastos futuros y absolutamente incierto, máxime cuando hay activo para hacerlos frente.

En consecuencia, y por lo anterior, estando vencidas todas las deudas sin que se encuentre ninguna de ellas pendientes de vencimiento, no se aprecia la situación de insolvencia inminente alegada.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 28.04.2006 (AC 2006/1471)

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

Art. 2.4

1. Concurso necesario: numerus clausus

“**TERCERO** Así las cosas, el vacío probatorio descrito nos conduce a la inexorable conclusión de que la solicitante SGAE no ha logrado acreditar la concurrencia de la hipótesis por ella invocada en apoyo de su solicitud de concurso (la prevista en el art. 2-4, inciso primero, de la Ley Concursal, lo que inevitablemente determina la desestimación de aquélla. Pues, aun cuando es patente que la presunta concursada no se encuentra actualmente en condiciones de verificar un pago puntual ni regular de la obligación en cuyo descubierto se funda la solicitud de concurso presentada (la satisfacción del crédito habría de ser fruto del apremio judicial), no es menos cierto que, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en el que se propugnaba un criterio de «**numerus apertus**» a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de «**numerus clausus**» donde la legitimación del acreedor para la solicitud de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida sólo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados «**hechos reveladores**») que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, Bercovitz Rodríguez-Cano («Comentarios a la Ley Concursal», Tomo 1, pg. 39, Ed. Tecnos). En idéntico sentido, Herrera Cuevas («Manual de la Reforma Concursal», pg. 45, Ed. Europea de Derecho), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del «... riesgo de consagrar determinadas situaciones de insolvencia real, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores (se refiere a los hechos reveladores del art. 2-4 L.C)...». A idéntica conclusión llega también Sánchez-Calero Guilarte («Comentarios a la Legislación Concursal», Tomo 1, pg. 123, Ed. Lex Nova), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar «Los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar...»; especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, Fernández Ballesteros indica: «... dice el art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia» («Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XVIII, 2003, pg. 63).

Ciertamente, no falta algún autor que mantiene la tesis del «*numerus apertus*» en la interpretación del propio texto vigente (así, Mercadal Vidal en «Comentarios a la Ley Concursal», Tomo 1, pag. 36, Ed. Bosch), pero se trata de un criterio minoritario en el actual panorama doctrinal. Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen otras razones que nos inclinan también a optar por la tesis mayoritaria del «*numerus clausus*». Así:

1. Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los *hechos reveladores* invocados por el acreedor (los del art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del *hecho revelador* invocado se encuentre -como en el supuesto ahora examinado- huérfana de prueba.

2. En especial, el hecho revelador concretamente invocado por la SGAE en los presentes autos (existencia de «... título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago...») es (a diferencia, v. gr., de los contemplados en los números 1º y 2º del art. 2-4 LC) de aquellos que tienden a poner de relieve, simplemente, la frustración de una acción o iniciativa ejecutiva aislada y de carácter individual, de tal suerte que, en ausencia de prueba sobre el indicado hecho revelador, nada autoriza a suponer, ni siquiera indiciariamente, que concurra en el supuesto examinado el requisito conceptual inherente a toda declaración de concurso, esto es, el relativo a la existencia de **un número de acreedores plural y concurrente**, elemento esencial sobre el que pivota toda la institución concursal y cuya ineludible exigencia se encuentra implícita en el art. 2-1 de la Ley Concursal («La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor **común**»). Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del derecho del acreedor solicitante a continuar, hasta su culminación, con el trámite ejecutivo propio de la ejecución singular.

3. Finalmente, es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que «... Los legitimados para solicitar el concurso del deudor... han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros **hechos tasados** incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamenta su solicitud...». Consideraciones las precedentes que, en definitiva, determinan forzosamente la desestimación de la solicitud formulada.» : Auto JM-2 Madrid, Madrid 16.12.2004 (AC 2004/2083)

“**TERCERO** Si la legitimación del solicitante en tanto que acreedor de Cogenracion y Biomasa, SA no ha quedado demostrada, tampoco concurre en este caso ninguno de los indicadores de insolvencia a que se refiere el artículo 2. 4 de la Ley concursal. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, excluido el crédito invocado por la solicitante por las razones antes expuestas, no sólo carece de cualquier apoyatura probatoria sino que está desmentido por la documentación aportada en el acto de la vista por la representación de Cogenracion y Biomasa, SA. No consta la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de cualquier manera al patrimonio del deudor, ni hay tampoco hechos o al menos indicios que apunten a un alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes. La sociedad no tiene personal y no tiene por ello incumplidas obligaciones laborales o de seguridad social (certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social aportada como doc. núm. 15 en el act. de la vista) y está al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias (certificación de la AEAT, doc. núm. 14 de la contestación). En tales circunstancias es obligado desestimar la solicitud, de conformidad con lo establecido en el artículo 20. 1 de la Ley concursal.”: Auto JM-1 La Coruña 13.07.2005 (JUR 2005/234787)

“**SEXTO** Las precedentes consideraciones nos conducen a la inevitable conclusión de que Dainur, SL no ha logrado acreditar la concurrencia de la hipótesis por ella invocada en apoyo de su solicitud de concurso (la prevista en el art. 2-4, 1º de la Ley Concursal), y ello no tanto porque no haya demostrado la realidad de los hechos que invoca (realidad que en algunos casos ha sido admitida por la propia Tenfa, SL) como porque tales hechos resultarían en todo caso inconsistentes en orden a fundar la apreciación de la hipótesis de «sobreseimiento general» de que se trata, y ello determina forzosamente la desestimación de su pretensión. Pues, aún cuando operásemos con la suposición de que la entidad Tenfa, SL no se encuentra actualmente en condiciones de verificar un pago regular de sus obligaciones exigibles, lo cierto es que, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley Concursal de 2003, en el que se propugnaba un criterio de «*numerus apertus*» a partir del cual hubiera resultado admisible que el acreedor fundase su solicitud en cualquier dato, contemplado o no legalmente, indiciariamente revelador de insolvencia, sin embargo en el texto definitivo de la Ley Concursal el legislador optó por eludir el notable grado de inseguridad jurídica a que dicho método pudiera conducir adoptando un sistema de «*numerus clausus*» donde la legitimación del acreedor para la solicitud

de concurso necesario no puede sostenerse sobre la noción más o menos difusa de la insolvencia (válida solo para la solicitud del deudor en el concurso voluntario) sino que ha de cimentarse excluyentemente en la concurrencia de un número determinado de hipótesis legalmente tipificadas (los denominados «hechos reveladores») que, aunque ordinariamente denotativas de una situación de incapacidad patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, no han de identificarse necesariamente con ella. Interpretación la apuntada que es sostenida por la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema. Así, Angel Rojo («Comentario de la Ley Concursal», Thomson Civitas, págs. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario «... se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la Ley...», abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando -como en el caso- la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el art. 18 LC. Opinión que comparte Bercovitz Rodríguez-Cano («Comentarios a la Ley Concursal», Tomo I, pg. 39, Ed. Tecnos). En idéntico sentido, Herrera Cuevas («Manual de la Reforma Concursal», pg.45, Ed. Europea de Derecho), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del «... riesgo de consagrar determinadas situaciones de insolvencia real, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores (se refiere a los hechos reveladores del art. 2-4 LC)». A idéntica conclusión llega también Sanchez-Calero Guilarte («Comentarios a la Legislación Concursal», Tomo I pag.123, Ed. Lex Nova), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar «... los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar...», especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente, reflexión ésta última que, «prima facie», parece de especial pertinencia en un supuesto como el ahora analizado en vista de la debilidad -que se infiere de lo razonado en los precedentes numerales- del hecho fundamentador en que se basa la solicitud deducida por Dainur, SL. Igualmente, comentando los presupuestos del concurso necesario, Fernandez-Ballesteros indica: «... dice el art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia...» («Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso»; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, XVIII 2003, pag. 63).

Ciertamente, no falta algún autor que mantiene la tesis del «numerus apertus» en la interpretación del propio texto vigente (así, Mercadal Vidal en «Comentarios a la Ley Concursal», Tomo I, pag. 36, Ed. Bosch), pero se trata de un criterio minoritario en el actual panorama doctrinal. Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen otras razones que abonan la tesis mayoritaria del «numerus clausus». Así:

1.-Con carácter general, un argumento de cierta entidad en apoyo de la expresada exégesis lo constituye el art. 18 de la Ley Concursal que, si bien admite que el deudor demuestre su solvencia a pesar de la constatación plena de alguno de los «hechos reveladores» invocados por el acreedor (los del art. 2-4), no contempla, en cambio, la hipótesis inversa, es decir, no atribuye efecto alguno al hecho de que el acreedor instante del concurso necesario pruebe la insolvencia de su deudor cuando la concurrencia del hecho revelador invocado se encuentre -como en el supuesto ahora examinado- huérfana de prueba.

2.-Es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal la que nos indica de manera elocuente que «... Los legitimados para solicitar el concurso del deudor...han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados. Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud..»: Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

- 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

Art. 2.4.1º

1. La mera existencia de procedimientos judiciales por créditos controvertidos no implica sobreseimiento

“Pues bien, ni éste último crédito virtual ni ninguno de los anteriormente relacionados permite afirmar con solvencia que Tenfa, SL haya podido incurrir en sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones, y ello aún en la hipótesis de que no hubiera recaído sentencia alguna en el aludido período intermedio ni se hubieran llevado a cabo consignaciones judiciales. Pues, en efecto, la negativa de una persona al cumplimiento de una reclamación cualquiera que otra persona pueda formularle no constituye conducta de significación unívoca ni necesariamente denotativa de morosidad, pudiendo, con iguales o mayores probabilidades de acierto, revelar la existencia de profundas discrepancias entre los contendientes en torno a la existencia, certeza y exigibilidad del derecho de crédito que se reclama, especialmente cuando, como sucede en el caso, se dan las siguientes circunstancias: 1.-Se trata de controversias que se están dirimiendo judicialmente; 2.-Atendida la envergadura de la empresa Tenfa, SL, puesta de relieve por su volumen de facturación, el número de litigios que Dainur, SL invoca como fundamento de su pretensión no puede considerarse ni significativo ni alarmante en comparación con el volumen ordinario de litigiosidad que suelen soportar otras empresas de similares características, y, finalmente, 3.-La contabilidad de la demandada revela la constante realización de pagos a muy diversos acreedores de cuantía igual o superior a la de los créditos que son objeto de las demandas mencionadas. (...) A la vista de tales circunstancias, y, si tenemos en cuenta que se trata de créditos que Tenfa, SL no reconoce por el momento, bien en lo relativo a su misma existencia, bien en lo concerniente a su cuantía (lo que, cuando menos, les restaría liquidez y exigibilidad inmediata), damos aquí por reproducidas las reflexiones efectuadas en el numeral anterior en la medida en que, existiendo controversia al respecto (controversia que ni siquiera ha sido judicialmente concretada en los casos que ahora examinamos), la decisión de la sociedad de posponer el pago a la comprobación aludida y al resultado de la investigación criminal constituye un tipo de determinación que, aunque de oportunidad o validez sin duda discutible, no puede decirse que carezca por completo de fundamento, por cuyo motivo no cabe atribuir al impago provisional que es consecuencia de tal decisión el alcance que la solicitante pretende al considerarlo como síntoma del sobreseimiento, y mucho menos de un sobreseimiento que, a tenor del art. 2-4, 1º LC, ha de tener el carácter de «general».”: Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

2. Sobreseimiento probado

“TERCERO.- Idéntica suerte desestimatoria cabe atribuir también al siguiente motivo de controversia planteado en esta alzada, referido a la inexistencia del estado de insolvencia de la recurrente.

Y es lo cierto que ese estado de insolvencia, fundado en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, encuentra adecuado fundamento en las pruebas practicadas. Obsérvese que, ya inicialmente, el contenido de la comentada escritura de constitución de hipoteca unilateral aportada con la demanda es expresión del reconocimiento de la deudora de ese estado de insolvencia, dada la imposibilidad que tiene de hacer frente al pago de sus deudas en un plazo inferior a veinte años, y bastaría por sí misma para otorgar viabilidad al presupuesto objetivo de insolvencia que prevé el artículo 2 de la Ley Concursal. Pero es que además, y como de manera puntual se menciona en la resolución apelada, el estado contable de dicha mercantil, deducible de la documentación por ella aportada, y en concreto las cifras correspondientes al pasivo, fondos propios, capital circulante y pérdidas de los últimos ejercicios (años 2002 y 2003), detalladamente reflejadas en el auto de instancia, permiten al Tribunal obtener la conclusión sobre la ausencia total de actividad económica de la sociedad, el elevado nivel de endeudamiento y la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones.

Estos datos constituyen sólidos indicios determinantes y sustentadores de la insolvencia de la mercantil “Interkatian S.L.” y, por tanto, de la concurrencia del comentado presupuesto objetivo cuestionado sin éxito por la recurrente en esta alzada.”: Auto AP Murcia 31.05.2005(Rollo 120/2005)

- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

Art. 2.4.2º

“CUARTO.- A mayor abundamiento, tampoco han sido acreditados los hechos en que doña Frida funda su solicitud. En primer lugar alega la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor. Esto porque don Ernesto ha

acreditado que únicamente persiste un embargo sobre su vivienda, habiéndose levantado el que recaía sobre el garaje, además de que no se ha acreditado ni alegado la existencia de cualesquiera otros embargos sobre otros bienes de don Ernesto, tales como los bienes de su negocio que en su caso sí se explota a título personal y no a través de una sociedad.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
- 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Art. 2.4.4º

1. El art. 2.4.4º requiere incumplimiento “generalizado”

“**QUINTO** Mención especial merece un crédito que, además de no mencionado en la solicitud inicial, no fue invocado por la parte solicitante al inicio de la vista en calidad de hecho de nueva noticia, sino que fue introducido en plena fase probatoria por la vía indirecta de incorporar un informe pericial que lo contempla, informe elaborado por el auditor Don Darío. Se trata del mantenimiento por parte de Tenfa, SL, a la fecha de solicitud de concurso, de una deuda tributaria de 515.034,22 € correspondiente al tercer pago fraccionado del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio 2004. Pues bien, con independencia de la extemporaneidad del atípico alegato, debe indicarse lo siguiente en relación con dicha cuestión: 1.-Que, a falta de otros datos sobre el montante total de las obligaciones fiscales de Tenfa, SL, nada autorizaría a considerar que ese incumplimiento de una determinada fracción de la carga tributaria expresada tuviera el carácter «generalizado» que exige el número 4º del art. 2-4 de la Ley Concursal para poder estimar concurrente el «hecho revelador» que el expresado número contempla («... El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades»). Hecho revelador que, en cualquier caso, debiera haber sido objeto de expresa invocación, dada la especificidad que el supuesto presenta en relación con la hipótesis definida por el número 1º del mismo precepto legal.”: Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970).

2. Impagos subsanados

“Finalmente se alegó el incumplimiento del pago de las cuotas de la seguridad social durante un periodo de tres meses anteriores a la solicitud de concurso. Dicha deuda, según ha acreditado don Ernesto a través de los oficios de la Tesorería General de la Seguridad Social, ha sido extinguida, por lo que teniendo en cuenta especialmente lo dicho en cuanto a la legitimación activa y que la finalidad de los hechos del artículo 2.4 LC no es buscar cualquier vía para declarar el concurso de una persona sino determinar la existencia de hechos claros que el legislador considera como una especie de indicios de insolvencia, al haber desaparecido el supuesto de hecho en que fundamentaba la petición, ha de rechazarse la solicitud por la concurrencia de esta causa.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

Artículo 3. Legitimación.

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

Art. 3.1

1. Concurso voluntario

1.1 De persona jurídica. Órgano competente para decidir sobre la solicitud

1.1.1 Sociedades mercantiles. Caso de la sociedad anónima

“En cuanto a la legitimación para solicitar la declaración de concurso, el principal problema que se planteó es el de la legitimación de los órganos de administración de las sociedades mercantiles para solicitar la declaración de concurso. Cuando el art. 3.1.II de la Ley Concursal establece que “si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”, se está estableciendo una regla de atribución de competencia al órgano de administración o de liquidación de la sociedad mercantil para decidir sobre la procedencia de solicitar la declaración de concurso. A tal efecto, han de aplicarse las reglas para la formación de voluntad por parte del órgano de administración de la sociedad: actuación conjunta de los administradores mancomunados, acuerdo adoptado en el consejo de administración (art. 140 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas) o decisión adoptada por consejero delegado dentro del ámbito de las funciones objeto de delegación, actuación de cualquier administrador solidario. Una vez tomada la decisión por el órgano de administración, se formulará la solicitud ante el Juzgado conforme a las reglas que rijan la representación de la sociedad por el órgano de administración (por ejemplo, es posible que la decisión se adopte por el consejo de administración, por no estar delegada esa función, pero el poder especial a Procurador para presentar la solicitud se otorgue por el consejero delegado).

No se debe trasladar el problema de responsabilidad por no solicitud de concurso –art. 262-5 de la Ley de Sociedades Anónimas- a sede de legitimación para solicitar el concurso –art. 3.1.II de la Ley Concursal-, aplicando reglas de legitimación distintas de las exigibles para que se entienda emitida una declaración de voluntad por el órgano de administración. Cuestión distinta a la legitimación para solicitar la declaración del concurso es que en la apreciación de la responsabilidad solidaria por deudas sociales por la no solicitud de concurso se apliquen las reglas del art. 133.3 de la Ley de Sociedades Anónimas para el caso de órgano de administración compuesto por varios miembros, en el sentido de quedar exculpado el miembro que conste hizo todo lo conveniente para “evitar el daño” –no solicitar la declaración de concurso- o al menos se opuso expresamente a la decisión de no solicitar el concurso. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

1.1.2 Caso de la sociedad de responsabilidad limitada

“Respecto del régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, se entendió, si bien no de forma unánime, que lo fiscalizable por el juez es que haya una solicitud realizada por quien según el art. 3.1.II de la Ley Concursal es competente para decidir sobre la solicitud, es decir, el órgano de administración o de liquidación. La cuestión de que no haya existido antes, en el caso de sociedad de responsabilidad limitada, un acuerdo de la junta de socios, como exige el art. 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dará lugar en todo caso a la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones contrarios a la ley. Además, la obligación de convocar a junta de socios para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso existe cuando se está en alguno de los supuestos previstos en los apartados c) a g) del art. 104.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Pero puede que exista una situación de insolvencia actual o inminente, que obliga al deudor –en este caso, a su órgano de representación- a solicitar la declaración de concurso, art. 5 de la Ley Concursal, sin que se haya producido causa de disolución de los apartados c) a g) del art. 104.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, concretamente sin que se hayan producido “pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social” –art. 104.1.e de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada-. Por tanto, es perfectamente posible que concurra la obligación del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada de solicitar la declaración de concurso sin que concurra su deber de convocar a junta de socios para solicitar la disolución judicial o el concurso. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 2)

2. Concurso necesario. Legitimación de los acreedores

2.1 Ex administradores condenados a responder de las deudas sociales. Si las abonan son acreedores ex art. 1145 CC

“TERCERO. Los administradores condenados como acreedores de la sociedad.- Cuestión distinta es si dichos administradores pueden ser considerados o no acreedores de la sociedad, pues como tales sí disponen de legitimación conforme a los arts. 3.1 y 7.1 de la Ley Concursal. Al respecto es indudable que un administrador que ha sido condenado solidariamente con la sociedad, se convierte en acreedor de ésta cuando atiende la condena.

El Código Civil (CC) así lo dispone en el art. 1145, que autoriza al deudor que hizo el pago reclamar a sus codeudores la parte que a cada uno corresponde, con los intereses de su anticipo. Por dicha razón la segunda providencia de subsanación, una vez se aclaró tras la primera que la causa por la que se sostenía tenían legitimación era que se consideraban responsables solidariamente con base en el art. 3.3 por unas condenas judiciales que se dictan por su actuación como administradores sociales, permitía a los solicitantes que en el plazo concedido se subsanase la omisión de los documentos que acreditaran, como exige el art. 7.1 de la Ley Concursal, el origen, naturaleza, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual de sus créditos.

En efecto, como se ha dicho hasta aquí, un acreedor tiene legitimación, como establece el art. 3.1 de la LC, para solicitar que su deudor sea declarado en situación de concurso. Es indiferente, al respecto, el título por el que se haya constituido en tal acreedor. Lo habitual es que derive de relaciones económicas, en particular las comerciales, pero es posible también que como corresponsable de alguna obligación o, como es el caso, como deudor solidario de un tercero, se constituya como tal al hacer frente a su obligación solidaria.

Desde el momento en que los solicitantes en este procedimiento atienden el abono de las condenas que han recaído, se convierten de derecho en acreedores de la sociedad por la parte que, en su caso, puedan repetir, esté o no determinada. Sin embargo cuando se presentó la solicitud, ningún documento se había aportado para justificar ese abono y, en consecuencia, su condición de acreedores de Akidne Construcciones, SL.

Para remediar tal omisión la segunda providencia de subsanación requiere a los solicitantes para que presenten la documentación que exige el art. 7.1 de la LC, esto es, el «documento acreditativo» del origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito.

El requerimiento ha sido finalmente atendido, puesto que en el último escrito presentado se acompañan fotocopias de lo actuado en la ejecutoria 473/04 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 de Bilbao, en la que constan diversas retenciones practicadas a ambos solicitantes, lo que determina que al ejecutante en aquel procedimiento ya se le han hecho pagos y que, en consecuencia, en la parte que proceda conforme al art. 1145 del CC, los solicitantes pueden reclamar frente a Akidne Construcciones, SL.:Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 27.01.2005 (AC 2005/6)

2.2 Crédito controvertido derivado de contrato bilateral resuelto. Insuficiencia

“**PRIMERO** A salvo los supuestos contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 3 de la Ley concursal, la legitimación activa para solicitar la declaración de concurso necesario corresponde a los acreedores del deudor. El acreedor solicitante debe fundar su solicitud o bien en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio -se debe entender que a su instancia- sin que del embargo resultaren bienes libres bastantes para el pago, o bien en la existencia de alguno de los indicadores de insolvencia contemplados en los cuatro subapartados del artículo 2. 4 de la Ley concursal. En el primer caso la prueba de la legitimación del solicitante va implícita en la aportación del título ejecutivo, que lo identificará como acreedor de la persona respecto de la cual solicita la declaración de concurso; en el segundo caso, el solicitante debe acreditar su legitimación demostrando al tribunal las circunstancias relativas al origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo (artículo 7 de la LC). Puede ocurrir, sin embargo, que el crédito que esgrime el acreedor que carece o no ha obtenido previamente título ejecutivo sea cuestionado por el deudor que formula oposición a la declaración de concurso, negando por consiguiente la legitimación del solicitante en tanto que acreedor, y ante esa eventualidad no cabe pretender del tribunal que debe decidir sobre la declaración de concurso necesario que examine el fondo de relaciones contractuales complejas entre las partes para determinar si efectivamente el solicitante es acreedor de la persona respecto de la cual se pide la declaración de concurso o si, como ésta sostiene, no sólo no es deudora sino que por el contrario es acreedora de la solicitante. El juez del concurso debe ciertamente examinar el título de crédito invocado y los motivos esgrimidos por la otra parte para negar la legitimación del solicitante, pero no puede suplir al órgano jurisdiccional o arbitral al que corresponde dirimir el litigio entre las partes para decidir cual de los contendientes es acreedor del otro.

SEGUNDO En este caso el crédito que esgrime la solicitante, Siemens, SA, procede de un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales de fecha 17 de marzo de 2000 que tenía por objeto la construcción de una planta de cogeneración eléctrica por cuenta de Cogeneración y Biomasa, SA. Sostiene la solicitante que del precio total e inicial del contrato - 176.000.000 de ptas., equivalentes a 1.057.781,30 € - tan solo pagó la dueña de la obra un anticipo de 36.624.000 ptas., de modo que adeuda, una vez finalizada la obra y computados los aumentos, 1.042.972,36 €, más los intereses devengados. Cogeneración y Biomasa, SA, en liquidación, no niega, en lo esencial, la realidad del contrato de ejecución de obra y la ineffectividad de la práctica totalidad del precio, pero sostiene que el contrato quedó válidamente resuelto en aplicación de la cláusula undécima, apartado E) del contrato, por incumplimientos

esenciales imputables a la contratista, en virtud de comunicación vía burofax de 24 de septiembre de 2002 como consecuencia de la cual no sólo no adeuda cantidad alguna a la contratista, sino que, por el contrario, le adeuda ésta 84.622,50 €. La solicitante, a pesar de haber omitido en su solicitud inicial toda referencia a este hecho, no ha negado en la vista la realidad de la comunicación resolutoria ni su fecha, si bien sostiene que la resolución está injustificada y que, en definitiva, no se trató sino de una maniobra dilatoria de la deudora para tratar de eludir o encubrir su propio incumplimiento.

Pues bien, siendo el contrato de ejecución de obra bilateral y generador de obligaciones para ambas partes contratantes de cuyo incumplimiento se han de derivar, conforme al contrato, consecuencias diversas, no cabe decidir en esta sede si la resolución unilateralmente decidida por la dueña de la obra estaba o no justificada, ni examinar el alcance del cumplimiento de las obligaciones que cada una de las partes asumió. Importa en cambio el hecho acreditado de que la resolución es anterior en más de dos años y medio a la solicitud de concurso, que desde entonces no ha ejercitado la contratista las acciones que le asisten para la declaración y efectividad de su derecho, y que tan largo período de tiempo transcurrido excluye la posibilidad de que se trate de una simple maniobra fraudulenta de la deudora para ponerse a cubierto de una posible demanda de quiebra o de concurso de acreedores. Con razón o sin ella la dueña de la obra resolvió el contrato y considera, en consecuencia, que no sólo nada adeuda a la contratista sino que, por el contrario, es acreedora de ésta por el importe de una penalización prevista en el contrato. La STS de 17 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1408), que reitera la jurisprudencia ya resumida en la STS de 30 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2308) dice que «la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada». En el mismo sentido la STS de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7491) : «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, pero son los Tribunales quienes tienen la facultad de decretar esta resolución, cuando una parte la reclame frente a su contraria que se opone». Lo que no cabe es ignorar la resolución y, sin vencer judicialmente (arbitralmente en este caso) la resistencia de la otra parte, solicitar su declaración de concurso esgrimiendo una condición, la de acreedor, que le ha sido negada y acerca de la cual ni tribunales ni árbitros se han pronunciado hasta la fecha. No es posible atribuir al título esgrimido por la solicitante mayor virtualidad a estos efectos que a la documentación acreditativa de la resolución contractual posterior, en principio válida y eficaz en tanto no se haya declarado lo contrario.": Auto JM-1 La Coruña 13.07.2005 (JUR 2005/234787)

2.3 No enerva la condición de acreedor la mera percepción de pagos por un seguro de crédito

“SEGUNDO.- La desestimación y no acogida del primer motivo de apelación se impone de manera evidente, reiterando los razonamientos contenidos en la resolución apelada. Conviene no obstante tener en cuenta que, en puridad de técnica procesal, ese primer motivo de debate se identifica más exactamente con la denominada falta de legitimación activa ad causam de “Agrupalmería S.A.”, entendida como la relación y conexión directa de la actora con la cuestión de fondo planteada, es decir, a su interés y vinculación con el objeto de la litis y, por tanto, al derecho que le asiste de dirigir su acción contra la demandada haciéndola destinataria de su pretensión.

En este sentido estimamos que, en efecto, “Agrupalmería S.A.” goza de tal interés y derecho pues, conforme consta acreditado, ostenta la legítima tenencia de los títulos fundadores de su pretensión.

El hecho de que la compañía aseguradora “Crédito y Caución S.A.” haya abonado parcialmente a la actora y a otros acreedores la deuda de referencia, en virtud del correspondiente contrato de seguro de crédito suscrito, no conlleva necesariamente que la titularidad de ese crédito pertenezca a la aseguradora y sea ésta la única legitimada para el ejercicio de la acción objeto de estos autos.

Téngase en cuenta que para que opere la subrogación prescrita en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro es necesario no sólo el pago y la liquidación definitiva del crédito sino, además, y como expresa el artículo 72.3 de dicha normativa, la voluntad de la compañía de seguros de subrogarse en el ejercicio de los derechos de la asegurada, lo que en modo alguno consta probado en estos autos. Nótese finalmente que esa subrogación y la correspondiente cesión del crédito no se produce o es consecuencia automática del pago, sino que por el contrario responde a una naturaleza claramente convencional, inexistente como decíamos en este caso, tal y como ya esta Sección Cuarta expuso en su sentencia de 4 de Mayo de 2005. En el mismo sentido se pronunció la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial en sentencias de 4 de Mayo de 1999 y 13 de Enero de 2004.

Finalmente, y como se expone en la resolución apelada, tan controvertida legitimación encuentra además cobertura en los propios actos y conducta de quien ahora, y de forma totalmente gratuita, cuestiona a la actora tal condición de acreedor.

Nótese que el contenido de la escritura de constitución de hipoteca unilateral sobre bienes inmuebles propiedad del administrador único y socio de "Interkatian S.L." aportada a estos autos constituye un expreso y directo reconocimiento por dicha mercantil de la condición de "Agrupalmería S.A." como acreedora.

De ahí que el sostenimiento ahora de una postura o criterio distinto constituya una clara vulneración de la prohibición del venire contra factum propium, que implica actuar contra la buena fe.

Procede, en consecuencia, la desestimación de este primero motivo del recurso.": Auto AP Murcia 31.05.2005 (Rollo 120/2005)

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

Art. 3.2

"Los requisitos de fondo son los presupuestos sustantivos del concurso y deberán concurrir cuando se formule la solicitud -v.g., si el crédito se adquirió por el solicitante del concurso necesario una vez vencido y 5 meses y 29 días antes de presentar la solicitud, es indiferente que se cumplan los 6 meses en el plazo de subsanación-, por lo que parece que sólo serán subsanables los defectos de alegación y acreditación.": (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

Art. 3.3

No es aplicable el art. 3.3 cuando los socios no son responsables de las deudas sociales por su condición de socios sino por la de administradores

"SEGUNDO. Inaplicabilidad del art. 3.3. de la Ley Concursal.- Pretenden los dos solicitantes de este concurso necesario que se declare en situación de concurso a la sociedad Akidne Construcciones, SL de la que ambos son socios. Argumentan que han sido administradores de la misma, que han sido condenados por el impago de ciertas cantidades que adeudaba la sociedad, y que dicha condena ha sido solidaria por el incumplimiento de deberes propios de tales administradores.

Su pretensión se sustenta en que ya no son administradores de tal sociedad y por lo tanto no pueden instar el concurso voluntario, pero que entienden aplicable el art. 3.3 de la LC, que legitima para solicitar el concurso de una persona jurídica, como es el caso, a «los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla».

El art. 3 de la LC reserva la legitimación para solicitar la declaración de concurso al propio deudor, cuando constata que se encuentra en situación insolvencia actual o inminente, y a sus acreedores. Esa legitimación se amplía en ciertos casos, como el concurso de la herencia (art. 3.4 LC) y también en el de personas jurídicas, pues pueden plantearlo los socios de ésta, cuando las Leyes los declaran personalmente responsables de las deudas sociales.

La razón de esta legitimación que la doctrina ha llamado excepcional o extraordinaria, a la que pretenden acogerse los solicitantes, es que hay casos en que, por disposición legal (lo que excluye las obligaciones voluntarias derivadas del aval o fianza), los socios de cierto tipo de sociedades o cuando concurren ciertas circunstancias, responden personalmente de las deudas sociales, sin que se diferencie patrimonio social, único afecto al objeto propio de la sociedad, y el personal de los socios que la integran. Así acontece con las sociedades regulares colectivas, pues lo dispone expresamente el art. 127 del Código de Comercio (CCom), con las comanditarias, conforme al 148 CCom, en las comanditarias por acciones (art. 151 CCom), por establecerlo el art. 151 CCom, en las sociedades irregulares señaladas en el art. 16 del RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), con los socios únicos de las sociedades anónimas o

limitadas cuando la unipersonalidad sobreviniera no se inscribe tras seis meses (arts. 129 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada -LSRL- y art. 311 de la LSA), o con las Agrupaciones de Interés Económico de la Ley 12/1991, de 29 de abril, cuyos socios son según su art. 5 responsables subsidiarios de las deudas de aquéllas.

Pues bien, los solicitantes sostienen que pese a ser socios de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyo régimen supone la completa separación de la responsabilidad social de la propia de cada uno de los socios (art. 1 LSRL), se encuentran incurso en el supuesto del art. 3.3 de la Ley Concursal, porque fueron administradores sociales y han sido condenados en dos ocasiones por diferentes juzgados, de manera solidaria con la sociedad.

Efectivamente la LSRL en sus arts. 69 y 105.2, dispone la eventual responsabilidad de los administradores en forma semejante a lo previsto en los arts. 133 a 135 y 262 de la LSA. Pero de esos preceptos, aplicados por los juzgados que han condenado a los solicitantes no como socios de la sociedad limitada, sino como administradores de las mismas, no puede deducirse que haya una responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales.

En primer lugar, como se ha apuntado, porque esa responsabilidad lo es de los administradores, no de los socios. Como es sabido el art. 58.2 de la LSRL permite que sean administradores personas que no sean socios, salvo que los estatutos sociales dispongan lo contrario. Cuando el art. 3.3 de la LC se refiere a los socios que deban responder personalmente de las deudas sociales en virtud de norma legal está refiriéndose a las sociedades regulares colectivas, comanditarias o comanditarias por acciones, las civiles, las sociedades irregulares o los socios únicos en sociedades unipersonales no inscritas tras seis meses de unipersonalidad, además de otros casos previstos en las Leyes, supuestos en los que hay socios que, por disponerlo así la Ley, responden con su patrimonio personal de las deudas sociales.

Obviamente esto no acontece en las sociedades de responsabilidad limitada, que como indica su nombre y como dispone el art. 1 de su norma reguladora, distingue claramente entre los patrimonios social y personal de cada partícipe, sin permitir pasar de uno a otro.

Por otro lado la finalidad de la norma es asegurar un instrumento en beneficio de los socios que observen que la sociedad de cuyas deudas responden puede situarse en situación de insolvencia, no de quienes han incurrido en las causas de sanción o en la falta de diligencia exigible como administradores. Nada tiene que ver el régimen de responsabilidad patrimonial de los socios, que deriva de la organización misma de la empresa, con la de los administradores, que dimana de sus incumplimientos o de la sanción por no disolver la sociedad cuando concurre causa legal por pérdidas que disminuyen el capital social por debajo de los límites fijados en la norma.

En definitiva, no puede considerarse incluido en el art. 3.3 de la LC a los administradores sociales condenados solidaria o subsidiariamente a la empresa, porque la norma se está refiriendo a socios, no a administradores, y concede legitimación exclusivamente a éstos cuando responden personalmente, lo que no sucede con los socios de las sociedades limitadas.”:Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 27.01.2005 (AC 2005/6)

“Si el deudor es una persona jurídica, como ocurre en el presente caso, el art. 3.1 párrafo 2º LC atribuye la legitimación para decidir sobre la solicitud al órgano de administración o de liquidación. Y además en su art. 3.3, también legitima para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica a «los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla».

El solicitante invoca dicho precepto para fundamentar su legitimación, aduciendo que es socio, titular del 12,5% de las participaciones sociales, y que, al haber sido administrador de la sociedad desde el 29 de mayo de 1999 hasta el 27 de julio de 2005, podría resultar responsable de las deudas sociales. En primer lugar, y antes de entrar a analizar si en el solicitante concurren los presupuestos de legitimación previstos en el precepto, conviene aclarar que en el supuesto que se contempla, no se trataría de un concurso voluntario, como se solicita, sino de un concurso necesario, ya que, conforme al art. 22 LC, el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes hubiera sido presentada por el deudor, siendo necesario en los demás casos; y en el supuesto enjuiciado, el solicitante aduce actuar en su propio nombre, como así hace constar en el poder que acompaña. No obstante este defecto sería subsanable, debiendo darse al concurso la correcta tramitación, si bien, deberá quedar acreditada la legitimación del solicitante.

Para determinar qué «socios, miembros o integrantes» pueden tener legitimación para la solicitud de declaración de concurso en virtud del art. 3.3. LC, es necesario analizar, en qué casos la Ley establece esa responsabilidad de los socios, lo que nos lleva en primer lugar a las sociedades de base personalista, y más concretamente a los socios colectivos de las sociedades colectivas y comanditaria simple, y también, (aun tratándose de una sociedad de capital) a los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones (arts. 127, 148 y 151 CC); y a los socios comanditarios en el caso del art. 147 C. de C. (inclusión del nombre del socio comanditario en la razón social). Asimismo se incluyen los miembros de una agrupación

de interés económico (art. 5 Ley 12/1991 de 29 de abril de Agrupaciones de Interés Económico).

Los accionistas de las sociedades anónimas y los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, no pueden ampararse en dicho precepto al no responder personalmente de las deudas sociales (art. 1 LSA y art. 1 LSRL); excepción hecha del socio único de una sociedad de capital que tendría dicha legitimación en los casos previstos en el art. 129 LSRL y 311 LSA, es decir, cuando por falta de publicidad de la unipersonalidad, responde personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales durante el período de la unipersonalidad. Asimismo tendrán legitimación conforme al art. 3.3. los socios de las cooperativas en el supuesto de baja previsto en el art. 15.4 y 5 LGC, aunque se limite su responsabilidad.

Ahora bien, el art. 3.3 LC se está refiriendo a todos aquellos casos en que los socios, miembros o integrantes, con carácter general, responden personalmente de las deudas sociales en cuanto tales, pero no se refiere a casos particulares, como el presente, en los que un socio pueda llegar a resultar responsable de las deudas sociales, no en su condición de tal, sino en cuanto administrador de la sociedad. Es decir, ni el socio administrador ni el administrador no socio tienen legitimación a título singular para instar la declaración de concurso conforme al art. 3.3. LC. Para que la responsabilidad personal del socio pueda ser fundamento de legitimación, parece necesario que no pueda evitarse esa responsabilidad legal, lo que no ocurre en el caso del socio administrador, que podrá excluir su responsabilidad con una actuación diligente (arts. 262 LSA y 105 LSRL). De otra parte, el texto definitivo de la LC no contempla, como hacía la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1999, la legitimación de los socios que fueran titulares al menos de un 5% del capital social, y ello sin perjuicio de las facultades que la normativa societaria otorga al socio para requerir a los administradores para que convoquen Junta General si estiman que existe causa legítima para la disolución o el concurso (arts. 262.2 LSA y 105.1 LSRL), o para solicitar la convocatoria judicial de Junta (arts. 101 LSA y 45 LSRL).": Auto JM-1 Cádiz 14.09.2005 (JUR 2005/239883)

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

5. El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

Art. 3.5

1. Otros posibles casos de declaración conjunta. Art. 3.5 y art. 25

“Se discutió en primer lugar si la declaración conjunta de concurso, o acumulación inicial de concursos, prevista en el art. 3.5 de la Ley Concursal puede producirse, en primer lugar, cuando se trata de un concurso voluntario y, en segundo lugar, si además de en los dos supuestos previstos en el art. 3.5 de la Ley Concursal (confusión patrimonial entre deudores y personas jurídicas que formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones) en los otros supuestos previstos en el art. 25 de la Ley Concursal para la acumulación sucesiva de concursos (concursos del deudor persona jurídica y de sus socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de esa persona jurídica, art. 25.2, y concursos de cónyuges). Se dieron argumentos a favor y en contra sin llegar a una conclusión unitaria.

A favor de la posibilidad de declaración conjunta en caso de concurso voluntario o de supuestos del art. 25 no previstos en el art. 3.5 se argumentó fundamentalmente el ahorro económico que supone la tramitación inicial de los concursos de forma acumulada con una misma administración concursal, así como la mayor eficacia derivada de dicha tramitación conjunta inicial frente a los problemas derivados de ir acumulando sucesivamente concursos, acumulación cuya tramitación supone necesariamente una cierta demora.

En contra se argumentó tanto la literalidad del art. 3.5, que limita la posibilidad de declaración inicial conjunta al concurso necesario instado por el acreedor respecto de varios de sus deudores –porque todos los deudores cuyo concurso se declare conjuntamente han de ser deudores del acreedor instante- y sólo en los dos supuestos expresados, como que en la tramitación parlamentaria se rechazaron enmiendas dirigidas a permitir la declaración conjunta en el caso de concurso necesario. Asimismo, se expuso que será la administración concursal quien esté en mejores condiciones de estimar si es conveniente acumular los concursos, instándolo del modo previsto en el art. 25, la dificultad de apreciar “ab initio” la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 3.5 de la Ley Concursal para la declaración conjunta en caso de solicitud de concurso voluntario, así como que no siempre supone una mayor simplicidad y eficacia la tramitación conjunta, desde el principio, de varios concursos. “(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER

ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 1)

“1. El artículo 25 de la Ley Concursal establece que “en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo”. El párrafo 4 del mismo precepto advierte que la acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados.

2. Antes de entrar a analizar los motivos que llevan, en su caso, a solicitar o rechazar la acumulación solicitada debe tenerse en cuenta que el mencionado artículo 25 ha de complementarse con el contenido del artículo 3.5 de la propia Ley concursal que reconoce, respecto del concurso necesario, que el acreedor pueda instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

3. Como se indica en el párrafo anterior el artículo 25 y el 3.5 de la Ley Concursal deben considerarse preceptos complementarios en la medida en la que, entre ambos, se establece el marco legal en el que resulta posible la acumulación de procedimientos concursales. No tendría sentido ni procesal ni material que el legislador hubiera establecido un marco distinto para la acumulación según fuera el concurso necesario o voluntario.”: Auto JM-3 Barcelona 21.03.2006 (JUR 2006/113976)

2. Declaración conjunta del concurso voluntario de los cónyuges

“En principio la redacción del artículo 25 de la Ley Concursal indica que los mecanismos de acumulación de los concursos de personas casadas sólo puede producirse una vez ha sido declarado el concurso y a instancia de la administración concursal, sin embargo no tiene sentido ni procesal ni material tener que aguardar a dicha declaración para poder tramitar los concursos de modo acumulado desde su arranque, declaración conjunta que permite la Ley en los concursos necesarios (artículo 3.5).

Acreditada la situación de insolvencia de ambos cónyuges -cuestión que se examinará en el fundamento siguiente- la declaración de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de una misma administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores y, fundamentalmente, para los acreedores. La acumulación de procedimientos no debe suponer la confusión de masas, confusión que perjudicaría a los acreedores, sino la tramitación coordinada de los procesos concursales determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes.”: Auto JM-3 Barcelona de 29-12-2004 (AC 2005/161)

3. Declaración conjunta del concurso voluntario de sociedades

“ÚNICO.- Se solicita la declaración de concurso de las sociedades PROINSERGA INVERSIONES S.A., CASTILEON 2000 S.A., CONSORCIO GANADERO S.L., PRIMAYOR ALIMENTACIÓN ANDALUCIA S.A., ALIMENTOS REFRIGERADOS S.A. Y PRIMAYOR ELABORADOS S.L. de forma acumulada y voluntaria. La vigente Ley Concursal introduce como novedad la posibilidad de los concursos acumulados, ya sea en solicitud inicial como en acumulación de procedimientos en trámite. La primera se prevé expresamente en el concurso necesario en el art. 3.5 y la segunda se prevé a solicitud de la administración concursal en el art. 25. El presupuesto es que se trate, entre otros casos, de sociedades dominadas pertenecientes al mismo en expresión del art. 25, o de personas jurídicas que formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones en expresión del art. 3.5. El concepto de grupo puede tomarse del art. 42 del Código de Comercio en el que se habla de la obligación de presentar cuentas consolidadas cuando existe un Grupo, y que Grupo existe cuando varias sociedades constituyen una unidad de decisión, precisando algunos supuestos en los que tal circunstancia se presume. En este caso la demanda presentada describe unas relaciones entre las sociedades solicitantes según las cuales Proinserga Inversiones S.A. es cabecera de un Grupo, es la socia única de CASTILEON 2000 S.A. y dueña del 56,9% de CONSORCIO GANADERO S.L.; Consorcio Ganadero S.L., a su vez a través de su participada al 100% PRIMAYOR FOOD,S S.L., cuyo concurso voluntario declarado por auto de fecha 20 de abril de 2.007 se tramita ante este Juzgado bajo número de autos 262/07, es propietaria del 100% del capital social de PRIMAYOR ANDALUCIA S.A.; por otro lado, PROINSERGA INVERSIONES S.A. a través de INVERSORA SEGOVIANA S.A. de la que es socia única, es titular del 60% de ALIMENTOS REFRIGERADOS S.A. (ALRESA), mientras que del otro 40% es

titular de forma directa; y ALIMENTOS REFRIGERADOS S.A. (ALRESA) resulta ser propietaria al 100% de PRIMAYOR ELABORADOS S.L. Por tanto estamos ante un supuesto en que es admisible la acumulación. Y aunque no hay previsión expresa en la Ley de la acumulación subjetiva en el concurso voluntario, tampoco hay norma prohibitiva que la impida y razones de economía procesal y de eficacia aconsejan la admisión de la solicitud acumulada tal como se formula, justificado el endeudamiento y estado de insolvencia de todas y cada una de las sociedades demandantes, habiéndose presentado la documentación exigida por todas ellas. Sin que ello implique confusión de patrimonios ni confusión de acreedores y deudores, se tratará de concursos de personas jurídicas distintas que se tramitarán acumuladamente de formas coordinada, y a cuyo efecto se formarán las piezas separadas que resulten necesarias para la correcta ordenación del procedimiento, con los demás efectos legales inherentes a esta declaración.”: Auto JM-1 Segovia 11.07.2007 (Concurso 475/2007)

4. Declaración del concurso voluntario de la sociedad dominada como acumulado al previo concurso de la dominante

“**SEGUNDO** La petición de la parte actora no sólo se centra en pedir la declaración de concurso ante los Juzgados mercantiles de Barcelona, sino que además reclama que el concurso de Tracoinsa Servicios, SA se declare acumulado desde un inicio al concurso voluntario de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA, petición que se realiza al amparo del artículo 25 de la Ley Concursal.

Tal y como aparece redactado el artículo 25 la acumulación de concursos en los supuestos de grupos de empresa sólo es posible una vez declarados previamente los concursos de la sociedad dominante y las dominadas. Es decir, los procedimientos concursales arrancan deslindados procesal y materialmente y se inicia la acumulación previa solicitud de los administradores del concurso.

Una primera lectura del artículo 25 de la Ley Concursal lleva a considerar que el legislador ha establecido regímenes procesales distintos a los supuestos de acumulación de concursos necesarios en los que los acreedores al amparo del artículo 3.5 pueden instar desde un inicio la tramitación acumulada de los procedimientos -y de concursos voluntarios- en los que la interpretación literal del artículo 25 obligaría a tramitar dos procedimientos en principio independientes y que sólo podrían acumularse una vez declarados.

Esa primera lectura plantea claros problemas de índole práctico que han llevado a los primeros comentaristas de la Ley Concursal a plantear una interpretación integradora del artículo 25 y el 3.5 de la Ley que permitiera la solicitud conjunta de concursos de empresas de un mismo grupo y su tramitación coordinada al objeto de que por los mismos administradores concursales se asuman las responsabilidades de ambos concursos en el sentido de realizar el informe de las sociedades afectadas y realizar las funciones propias de la administración en ambos concursos atendiendo a las circunstancias del grupo y a los intereses que pudieran corresponder a los acreedores de cada una de las entidades concursadas. A estos efectos, conforme establece el artículo 28.2 de la Ley Concursal los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.

En definitiva este Juzgado mercantil asume la declaración del concurso voluntario de Tracoinsa Servicios, SA, se aprecia la concurrencia en el supuesto de autos de las circunstancias previstas respecto de los grupos de empresa identificando como sociedad dominante la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA y como dominada a Tracoinsa Servicios, SA. Una vez declarado el concurso de la mercantil Tracoinsa Servicios, SA se tramitará de modo acumulado al de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA, acumulación que no ha de suponer la «confusión» de ambos procedimientos, sino su tramitación coordinada.”: Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896)

5. La declaración de responsabilidad solidaria de los administradores no implica confusión de sus patrimonios con el de la sociedad, no acreditada. Improcedencia de la declaración conjunta

“El art. 3.5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) permite al acreedor instar la declaración judicial conjunta de varios de sus deudores, cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

El actor no explicaba en su solicitud la razón por la que solicitaba la declaración conjunta de tres personas físicas y una jurídica, por lo que en providencia se reclamó se aclarara. Al verificarlo dice el solicitante que la razón de tal confusión es la declaración que hace la sentencia de 23 de septiembre de 2000, recaída en procedimiento de menor cuantía instado por la solicitante frente a los que hoy pretende sean declarados en concurso, sentencia que acompañaba en su solicitud como uno de los documentos que justificaban el crédito que ostenta y la situación de insolvencia de los deudores.

Efectivamente dicha sentencia condena a King Systems, SL por incumplimiento de contrato a abonar cierta cantidad, y al mismo tiempo declara la responsabilidad solidaria de sus tres administradores sociales, por incumplimiento de sus obligaciones al estar dicha sociedad incurso en causa de disolución sin que se adoptaran las medidas que dispone el ordenamiento jurídico como obligatorias para los administradores sociales.

Hay en consecuencia, solidaridad en la condena. Pero tal solidaridad no supone, en modo alguno, confusión de patrimonios. La confusión de éstos supone imposibilidad de distinguir quién sea el titular de derecho u obligaciones en cada caso, pues el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código Civil (CC) queda desdibujado al no conocerse si los elementos que integran el patrimonio pertenecen a ese deudor supuestamente insolvente o a otro que se encuentra en la misma situación. Por lo tanto, algo que nada tiene que ver con la clase de obligación a la que se refieren los arts. 1137 y ss. del Código Civil.

La posibilidad de confusión en el patrimonio de personas físicas o jurídicas o entre unas y otra ha sido recogida en algunas sentencias (SSTS 21 de mayo 2002 [RJ 2002, 4848], 17 diciembre 2002 [RJ 2002, 10751]), de manera que no es posibilidad extraña en la jurisprudencia.

Además la confusión patrimonial se reconoce legalmente por el art. 285 del Código de Comercio (CCom), al regular la responsabilidad de los factores mercantiles, para el caso de que su patrimonio pueda confundirse con el de su principal. Supone, en consecuencia, vinculación patrimonial, identidad sustancial, mientras que la solidaridad pasiva, como la que recoge la sentencia, trae consigo un trato indiferenciado frente al acreedor sin perjuicio de la relación interna (art. 1145 CC).

Si un acreedor se encuentra ante la imposibilidad de distinguir los patrimonios de sus deudores, ya sea de manera total o parcial pero relevante, de modo que encuentra el obstáculo al perseguirlos de tal falta de definición en la titularidad de elementos patrimoniales sobre los que hacer efectiva su pretensión, puede, según la LC, solicitar el concurso de todos ellos si concurren los presupuestos legales. De lo contrario, es decir, si el patrimonio de cada uno de ellos es distinto y no hay confusión, no puede instar el concurso de todos sus deudores, al carecer de legitimación legal para reclamarlo.

El demandante narra cómo ha intentado hacer efectivo el pronunciamiento judicial en una ejecutoria en la que no ha habido bienes disponibles sobre el que hacerlo efectivo. Pero no explica en qué forma existe confusión de patrimonios entre tres personas cuyo único lazo en común es que fueron administradores de una sociedad y condenados solidariamente a responder de deudas sociales. La sola existencia de la condena solidaria no constituye una causa de confusión patrimonial, pues no hay ningún dato o indicio que contribuya a tal convicción.

Por último sólo resta añadir que aunque el acreedor nada alegaba, el Juzgado dio término para subsanar esta omisión, que se ha verificado, y que ni con la solicitud ni ulteriormente se ha propuesto prueba para tratar de acreditar este extremo, como autoriza el art. 7.2 de la LC.": Auto JM-1 Bilbao 11.05.2005 (AC 2005/940)

Artículo 4. De la intervención del Ministerio Fiscal.

Cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal.

Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente.

Artículo 6. Solicitud del deudor.

1. En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2. A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:

- 1.º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.
- 2.º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

- 3.º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.
- 4.º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

3. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:

- 1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.
- 2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.
- 3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.
- 4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

4. En el supuesto previsto en el artículo 142.1.1.º deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación.

5. Cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara.

Art. 6. 5

Falta injustificada de los documentos

“**SEGUNDO** Si bien es cierto que el apartado 5 del artículo 6 de la Ley Concursal prevé la falta de presentación de la documentación recogida en apartado 2 del mismo precepto, exigiendo, en tal caso, que el deudor exprese en la solicitud la causa que lo motive, dicha posibilidad ha de ser interpretada prudencialmente. En efecto, tal previsión debe analizarse coordinadamente con

la necesaria justificación documental de la situación de insolvencia, especialmente en un supuesto como el que nos ocupa, por tratarse de un concurso de carácter voluntario, en el que sin contradicción y sobre la base de la documentación aportada por el propio deudor, se ha de realizar un juicio, no provisional, sino de carácter definitivo, sobre la situación de solvencia o no del solicitante. Téngase en cuenta que la finalidad de la exigencia de aportar esta documentación y de la necesaria subsanación prevista en el artículo 13, se colige del artículo 14, donde al ocuparse de la provisión de la solicitud de concurso voluntario, establece que se dictará auto declarando el concurso cuando de la que de la documentación aportada, valorada en su conjunto, resulte que el deudor se encuentra en situación de insolvencia, que se concreta en alguno de los hechos previstos en el apartado cuatro del artículo 2 o en otros que lo acrediten.

Conciliar ambas exigencias impide que sin base documental alguna acreditativa de la situación patrimonial del solicitante se pueda no ya declarar el concurso sino, con carácter previo, admitir a trámite la propia solicitud, puesto que, concluir lo contrario, permitiría abrir el procedimiento concursal, que no tiene regreso, sin conocimiento de la situación patrimonial del solicitante por falta de acreditación documental de la misma, con el riesgo de que posteriormente conste en autos ésta, cuando no haya posibilidad de modificar la declaración de concurso, y se aprecie que no se encuentra en situación de insolvencia.

Sentado lo anterior, ha de partirse de que junto a la situación de concurso voluntario presentada, no se ha acompañado ninguno de los documentos exigidos por el artículo 6 de la Ley Concursal. Es más, ni siquiera se han elaborado los posibles con la información con la que cuenta el solicitante. Si bien las explicaciones alegadas por la Procuradora podrían servir de justificación de la falta de aportación de la información contable, la falta de presentación del resto de los documentos recogidos en el artículo 6.2 no se ha justificado puesto que la solicitante, cuanto menos, tendría que haberlos elaborado con la información con la que cuenta, sin que las explicaciones dadas sirvan de justificación de su falta de presentación. De este modo, no se ha justificado la falta de elaboración del resto de los documentos, que han de ser independientes entre sí y, a su vez, con la solicitud, y que deben ser redactados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 antes señalado. Es más, ni siquiera en la solicitud se expresa si el estado de insolvencia es actual inminente.

La aportación de estos documentos habría sido la única vía posible para acreditar la situación de insolvencia del solicitante y para, en consecuencia, superar la admisión tácita del artículo 13, poder entrar en el análisis de su situación patrimonial y de la concurrencia de alguno de los hechos previstos en el apartado cuatro del artículo dos o de otros que acrediten la situación de insolvencia. Por ello, y mediante una interpretación finalista de los artículos 6 y 13, se concluye la inadmisión de la solicitud de concurso por la falta de presentación de la documentación exigida y de la debida justificación de su no presentación en el plazo en el que fue requerido para ello.": Auto Juzgado de Primera Instancia 10 de Santander de 13.12.2004 (AC 2004/2076)

Artículo 7. Solicitud del acreedor y de los demás legitimados.

1. El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

Art. 7.1

El único documento que preceptivamente ha de acompañar el acreedor es el justificativo de su crédito

“Si se trata de una solicitud de concurso necesario, el solicitante deberá justificar los hechos enumerados en el art. 2.4 de la Ley Concursal, que son alternativos, no cumulativos. ¿Qué documentos ha de presentar para acreditar los hechos de art. 2.4.1º a 4º de la Ley Concursal?, ¿Basta con expresar los medios de prueba de que quieren valerse, art. 7.2 de la Ley Concursal?. Puede entenderse que sólo el solicitante acreedor está obligado a acreditar documentalmente su título de crédito vencido. En cuanto a los demás extremos de la solicitud basta una alegación suficiente de los hechos en que se basa su solicitud, que sean encuadrables en los supuestos legales del art. 2.4 de la Ley Concursal y la proposición de la prueba de que pretenda valerse, que no consista exclusivamente la prueba testifical –art. 7.2 de la Ley Concursal-. Incluso en el caso de otro legitimado que no sea acreedor, puede no acompañar el documento del que resulte u legitimación, sino proponer prueba que la acredite. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

2. En todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por sí sola.

Art. 7.2

1. Sobre la necesidad de expresar en la solicitud los medios de prueba

“A propósito de los medios de prueba que el acreedor solicitante ha de expresar en su solicitud (art. 7-2 L.C.) se plantea la posibilidad de interpretar esta norma como la articulación de una previa demostración ante el Juez del estado de insolvencia que aqueja al deudor, todo ello antes de la admisión a trámite de la solicitud, lo que al mismo tiempo permitiría explicar la libertad para proponer prueba de que goza el solicitante en la fase de la vista (art. 19-4) eliminando así la contradicción entre ambas normas. Se trataría de una información ofrecida al Juez al modo de lo que ocurría en la quiebra en el trámite previsto en el art. 1325 LEC de 1881 en que se podía proponer a tal fin prueba documental y testifical (y que venía corroborado por la dicción del nuevo art. 7-2 al precisar ahora que “La prueba testifical no será bastante por sí sola”). Ocurre, sin embargo, que dicho trámite preliminar no está previsto expresamente en la Ley Concursal la que, por el contrario, dispone la automática admisión a trámite de la solicitud y emplazamiento del deudor (art. 15-1 L.C.). El único resquicio para la posibilidad comentada se encuentra en el art. 184-7 L.C. al establecer in fine que cuando el deudor se encuentre en paradero desconocido y no sea hallado podrá declararse la situación de concurso con apoyo en los documentos y alegaciones de los acreedores y en “las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión”, lo que permite entender la existencia de una cierta actividad instructora como aquella a la que nos referimos, si bien por tratarse de un supuesto marginal resulta dudoso que por sí solo pueda servir de sustento para mantener esta interpretación. También podría entenderse que la necesidad de proponer prueba en la solicitud de concurso necesario establecida por el art. 7.2 de la Ley Concursal supone un requisito similar a la aportación de un principio de prueba que el ordenamiento jurídico exige en ocasiones para la simple admisión a trámite de una demanda, como acreditación inicial e indiciaria de, al menos, cierta seriedad en la pretensión, y que los tribunales han entendido que se satisface con la mera alegación de la prueba que se pretende proponer para acreditar los hechos fundamentales de la pretensión. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Subsanación de defectos en la solicitud de concurso voluntario o necesario

“5. Subsanación de defectos, consecuencias de la no subsanación: arts. 11.3 y 243.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 13.2, 14.2 y 106.2.III de la Ley Concursal, y 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal.

Respecto de los requisitos “procesales” (poder especial, asistencia letrada, portación de determinados documentos, realización de determinadas alegaciones, etc.), en la solicitud de concurso voluntario es subsanable la no aportación o la aportación defectuosa de los documentos exigidos por los apartados 2, 3 y 4 del art. 6 de la Ley Concursal, y la no realización, o la realización defectuosa, de las alegaciones de los apartados 1 y 5 del art. 6 de la Ley Concursal.

En la solicitud de concurso necesario podrá subsanarse la no realización, o realización defectuosa, de las alegaciones y solicitud previstas en los apartados 1 y 2 del art. 7, y la no aportación o aportación defectuosa de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante previstos en el art. 7.1.I y II de la Ley Concursal, con la precisión de que en el supuesto del art. 7.1.II –legitimado distinto del acreedor- basta con proponer la prueba para acreditar la legitimación, por lo que lo que será subsanable será la falta de proposición o proposición defectuosa de la prueba.

Junto con la ausencia o defectuosa alegación o acreditación de los extremos exigidos en los arts. 6 y 7 en relación a los apartados 3 y 4 del art. 2, parece razonable que puede exigirse la subsanación de otros defectos de alegación o acreditación: alegación del domicilio o centro de los intereses principales del deudor para que pueda examinarse de oficio la competencia territorial (art. 10.5 en relación a 10.1 de la Ley Concursal), o de los datos de los que resulta la procedencia del concurso ordinario o abreviado. Si con la solicitud de concurso voluntario se presenta una propuesta anticipada de convenio, la subsanación de defectos está regulada específicamente en el art. 106.2.III de la Ley Concursal. Aunque parece razonable que en caso de presentarse tal propuesta con la solicitud de concurso voluntario se abra la sección 5ª, del convenio, o en todo caso una pieza separada de la sección 1ª, para tramitar la subsanación y demás extremos relativos a la admisión y trámite de la propuesta anticipada, el art. 106.2.I de la Ley Concursal prevé que la resolución habrá de adoptarse en el mismo auto de declaración de concurso. Pero el plazo de subsanación es fijo, de 3 días, mientras que los plazos de subsanación de los arts. 13.2 y 14.2 son de hasta 5 días, por lo que habrá que esperar al transcurso del mayor de los plazos concedidos, caso de ser de distinta duración, para dictar la resolución de estimación o desestimación de

la solicitud de concurso voluntario y, caso de ser estimatoria de la solicitud de concurso, admitiendo o inadmitiendo a trámite la propuesta anticipada de convenio.

Por último, la no subsanación de alguno de los defectos apreciados en la solicitud de concurso no determina necesariamente una resolución de inadmisión de la solicitud. Ha de recordarse que conforme al art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la inadmisión de una demanda es preciso que se trate de un caso y por causas expresamente previstas en la ley. El propio art. 6.5 de la Ley Concursal prevé que pueda no acompañarse alguno de los documentos previstos en los apartados 2 a 4 del art. 6, si bien en tal caso deberá expresar en su solicitud la causa que lo motive

Respecto de la no aportación de los documentos contables previstos en el art. 6.3 de la Ley Concursal, ha de tenerse en cuenta que el art. 164.2.1º de la Ley Concursal prevé como causa de calificación como culpable del concurso el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, de lo que se deduce que incluso en los casos de ausencia de contabilidad por parte del obligado a llevarla, el concurso ha de ser admitido a trámite, sin perjuicio de las consecuencias que ello lleve consigo en la pieza de calificación

En todo caso, ha de valorarse si la no subsanación de ciertos defectos de la solicitud de concurso voluntario, aun no siendo causa de inadmisión a trámite de la solicitud, sí que puede en ciertos casos considerarse como una falta de colaboración inicial por parte del deudor o como hecho indicativo de indicios de una conducta irregular del deudor que, por ejemplo, pueden motivar que se acuerde un régimen de suspensión de sus facultades patrimoniales en vez del régimen de intervención previsto como el normal en caso de concurso voluntario (art. 40.1 a 3 de la Ley Concursal).”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

CAPÍTULO II - Del procedimiento de declaración

SECCIÓN 1 - JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

0. Abstención del Juez del concurso por tener interés indirecto (concurso de SAD)

“**PRIMERO** El art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce a toda persona «el derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial».

El art. 2.2 de la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, Montreal 10 de junio de 1983 dice «Los Jueces individualmente deben ser libres. Su función consiste en decidir los asuntos desde su imparcialidad, y de acuerdo con su conocimiento de los hechos y del Derecho, sin ninguna restricción, influencia, inducción, presión, amenaza o interferencia, directa o indirecta, de cualquier instancia o por cualquier razón».

El Tribunal Constitucional, S 60/1995 de 17 de marzo (RTC 1995\ 60), entre otras muchas, declara que la garantía de imparcialidad del Juez es la primera manifestación del derecho a un proceso justo con todas las garantías a que se refiere el art. 24.2 CE.

Existen dos perspectivas desde la que poder valorar si el Juez en un caso concreto puede ser considerado imparcial. La subjetiva que trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno, a fin de excluir que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. La objetiva, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto.

Los dos instrumentos que arbitra el derecho para asegurar la exigencia de imparcialidad del juez, la confianza del justiciable en una justicia objetiva y libre, fuera de toda sombra de duda, prejuicio o prevención son la abstención y la recusación.

La abstención es el acto procesal del órgano jurisdiccional o la determinación espontánea de aquél mediante la cual se aparta del conocimiento de un asunto por reconocer que carece, o puede carecer, de las condiciones necesarias subjetivas ?neutralidad, ecuanimidad, rectitud, imparcialidad? para obrar independientemente en él. (TS 2. S 22 Abr. 1983 [RJ 1983\ 2300].- Ponente: Sr. Vivas Marzal). Es decir, el juez renuncia voluntariamente, ex officio, a intervenir en un determinado proceso por entender que concurre una causa que afecta a su imparcialidad.

La recusación es el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del afectado que conoce de un proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su necesaria imparcialidad.

El art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial enumera las causas de abstención y, en su caso, de recusación de los Jueces o Magistrados. En principio se trata de un sistema cerrado o de numerus clausus en el que no cabe alegar otros motivos que los regulados en la Ley que,

además, no admiten una interpretación extensiva o analógica y así se ha venido pronunciando nuestro TS expresando que:

«La recusación exige el señalamiento concreto de cual de los motivos previstos por la Ley es el concurrente, sin cuya determinación es totalmente imposible enjuiciar la seriedad y viabilidad de la recusación, no bastando, la genérica invocación de una sospecha de parcialidad en el designado como Instructor, sin determinar la causa legal de la cual se desprende la sospecha expresada.» (TS 4. S 26 Abr. 1980 [RJ 1980\ 2655]).

Insistiendo en ello la STS, 2, de 29 de abril de 1985 (RJ 1985\ 2144), al decir que «En el sistema español no se admiten otras causas de recusación que las específicamente establecidas en la Ley casuística y exhaustivamente, sin posibilidad alguna para la interpretación extensiva o analógica, siendo preciso diferenciar aquellas causas puramente objetivas, que enmarcan circunstancias fácticas incuestionables e inconcusas, de aquellas otras que abundan en juicios de valor, como acontece con el interés directo o indirecto, la amistad íntima y la enemistad manifiesta».

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro TC ha ido derivando hacia una interpretación más flexible o extensiva de las causas de abstención o recusación por ser lo más acorde al derecho a un proceso justo con todas las garantías. Así la STC de 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999\ 162) afirma que «si bien a este tribunal no compete determinar en cada caso si concurren o no las causas de recusación alegadas en la vía judicial (SSTC 234/1994 [RTC 1994\ 234] y 205/1998 [RTC 1998\ 205]), corresponde únicamente analizar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha sido respetado el contenido del derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal imparcial».

No cabe duda pues de que por esta vía se puede efectuar una valoración sobre la imparcialidad de un determinado juez admitiendo la existencia de supuestos de hecho que comprometan su imparcialidad, aunque no puedan ser subsumidos en la causa de abstención alegada por el mismo o de recusación reportada por la parte recusante. Es decir el derecho a un juez imparcial no se agota en las causas de abstención y recusación, y en este contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene siendo muy sensible con los problemas de la imparcialidad judicial en su doble faceta subjetiva, consistente en la relación desapasionada del juez con el asunto y, en especial, en que no haya contactos indebidos con las partes, y objetiva, insistiendo en que no haya sombra de duda sobre el tribunal por cualesquiera otras circunstancias.

SEGUNDO Sentado lo anterior, la parquedad fáctica del escrito o exposición razonada elevada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil a esta Sala explicitando las causas que en esta fase procesal le llevan a abstenerse en el proceso concursal núm. 6/2004 de la entidad Unión Deportiva Las Palmas, SAD, y la dificultad de residenciarlas en la literalidad de los números que cita, el 9º y 16º del art. 219 LOPJ con sustento en un criterio analógico, obliga a esta Sala a examinar si lo en su escrito alegado referido al cuestionamiento de su objetividad e imparcialidad tiene refrendo objetivo a la vista de las circunstancias de toda índole concurrentes en su actuación como Juez del referido concurso de acreedores, en la fase procesal en que se plantea, algunas conocidas por esta Sala en propia vía jurisdiccional con ocasión de la resolución de un incidente de recusación anterior, y otras que por su notoriedad absoluta y general no necesitan mayor acreditamiento (art. 281. 4 LECiv).

En el auto de 7 de febrero de 2006 dictado por esta Sala en el incidente de recusación núm. 737/2005 (PROV 2006\ 134654), promovido por Argoen, SL decíamos, entre otros razonamientos jurídicos, que «habida cuenta de la propia admisión de la recusación por el propio recusado así como del hecho de que externamente y por ello, con trascendencia objetiva, se atribuya (el recusado) el carácter de «empresario» (esto es directivo de la empresa, de la sociedad deportiva concursada) a la par de «director» de los administradores concursales (concepto más amplio que el de «supervisor» que señala la Ley Concursal ?art. 35.6) rompiéndose así la necesaria equidistancia que entre las partes en cualquier litigio o proceso ha de mantener el órgano judicial, aunque subjetivamente no aparece acreditada la falta de imparcialidad, desde el punto de vista objetivo tales auto-calificativos pueden fundadamente hacer dudar a la parte recusante de la imparcialidad que ha de mantener el juez del concurso en el incidente por ella planteado frente a la sociedad concursada y por ello procede estimar la recusación con base a la causa 10ª del art. 219 de la LOPJ debiendo el recusado, conforme previene el art. 228 de dicha Ley, apartarse definitivamente del conocimiento del incidente concursal planteado por el recusante».

Abundando en lo anterior cierto es que Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, facilitando la flexibilidad del proceso y su adecuación a las circunstancias de cada caso, según reza en su Exposición de Motivos, y que la finalidad del concurso es «alcanzar la satisfacción de los acreedores intentando al mismo tiempo la conservación de la actividad de la empresa», más ello no significa que el juez del concurso con facultades omnímodas se convierta en empresario, supla o coadyuve con éste, sino que sus decisiones se orienten hacia la consecución de esos dos objetivos, empero sin desequilibrar la balanza convirtiéndose en juez y parte, poniendo en peor posición a una de ellas, o sustituyendo la imparcialidad que le corresponde por el activismo bien intencionado a favor de una de ellas. No se trata aquí, obviamente, de enjuiciar si las

resoluciones judiciales dictadas por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez Mercantil son o no ajustadas a derecho, (ni su intachable trayectoria profesional, ni somos quien para ello), sino de sí las dudas sobre su imparcialidad están o no razonablemente fundadas en hechos objetivos y si realmente se ha producido una toma de posición anímica a favor de una de las partes, la sociedad mercantil concursada, quebrando con ello la confianza en su imparcialidad existiendo o pudiendo existir la inclinación hacia una solución determinada del caso.

El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil se ha abstenido de seguir conociendo el concurso de acreedores de la UD Las Palmas, SAD pretextando la necesidad de «despejar cualquier duda sobre la objetividad e imparcialidad que debe imperar en la emisión de resoluciones judiciales en dicho procedimiento». Con su abstención trata de eliminar los celos o sospechas que su actuación puede haber despertado y entendemos que el propio Magistrado-Juez al hacerlo así, al abstenerse voluntariamente apartándose de seguir conociendo del concurso, es porque reconoce motu proprio que carece o puede carecer o puede pensarse razonablemente por las partes en litigio que carece de las condiciones necesarias subjetivas para seguir obrando con neutralidad o imparcialidad dentro del proceso concursal, pues en otro caso, de no tener esa convicción no se habría abstenido sin perjuicio de que hubiera sido recusado, y en cuanto que los jueces y tribunales tienen la obligación de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (art. 1.7 CC) pudiendo incurrir incluso en responsabilidad disciplinaria, por falta grave, si dejaran de hacerlo absteniéndose de juzgar sin causa justificada para ello (art. 418. 15 LOPJ).

TERCERO La ratio essendi de la abstención y de la recusación, según la doctrina, estriba en la necesidad de eliminar los celos o sospechas nacidos de la condición humana del Juez, conectados, normalmente, con pasiones o intereses, estimando que no es conveniente que el Juzgador pueda perder la serenidad de juicio, aun involuntaria o inconscientemente, cuando un interés o pasión personal se interfiera en su recto e íntegro criterio (TS 2. S 9 jun. 1980 [RJ 1980\ 2570].-Ponente: Sr. Vivas Marzal).

Un juez debe ser y parecer imparcial, debiendo abstenerse de intervenir en un asunto cuando existan dudas razonables de su imparcialidad, así como cuando haya exteriorizado actitudes o revelado decisiones anticipadas orientadas en un sentido determinado. Así, en el primer aspecto sus propios sentimientos personales de profunda simpatía hacia la UD Las Palmas cuando se reflejan y exteriorizan de manera excesiva, con reiteradas muestras públicas de entusiasmo desmesurado hacia «los colores del equipo» o «afecto amarillo» (v.g. vistiendo su camiseta en el estadio), por muy respetable que su sentimiento deportivo sea, ocurre que al salir de su fuero interno y hacer ostensible su pasión deportiva, el Juez del Concurso produce o puede producir una merma de las garantías subjetivas de imparcialidad que exigen la discreción y el distanciamiento del juez con respecto al objeto y a los sujetos del litigio haciendo dudar, en términos de razonabilidad, de la necesaria imparcialidad que ha de ostentar y mostrar respecto a todas las partes.

El TEDH ha insistido en la importancia que en la función de juzgar tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables (TC Pleno S 12 jul. 1988 [RTC 1988\ 145].-Ponente: Sr. Latorre Segura).

E igual ocurre con ciertos comportamientos extraprocesales inspirando la convocatoria de una «junta» o reunión con antiguos administradores de la sociedad concursada al objeto de explicarles las consecuencias jurídicas de la liquidación de la sociedad anónima deportiva y su incidencia en la calificación del concurso o la coincidencia temporal de su precipitada incorporación voluntaria al Juzgado Mercantil renunciando a su baja laboral al objeto de acordar una, públicamente anunciada, medida cautelar de embargo de bienes de los antiguos administradores de la UD Las Palmas, SAD, para al día siguiente, al parecer comprometidos los avales, anunciar también públicamente en rueda de prensa convocada al efecto, fuera por tanto del cauce de las resoluciones judiciales, la cancelación de los embargos acordados.

Las actuaciones citadas, cuya legalidad evidentemente no juzgamos, y manifestaciones públicas efectuadas en pro de la concursada, en esta fase procesal en que la abstención se plantea, siembran el perjuicio o la actuación decididamente partidaria del órgano judicial que conoce del asunto orientada a «la salvación» a toda costa o por cualquier medio de la concursada, capaz de menoscabar la imparcialidad subjetiva del Juez concursal residenciándose las circunstancias concurrentes en la causa 10ª del art. 219 LOPJ aunque el Ilmo Sr. Magistrado abstenido cite la aplicación analógica de la 9ª causa referida a amistad íntima con cualquiera de las partes, deduciéndose en realidad de su exposición razonada la concurrencia de la causa 10ª consistente en «Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa». Se trata de un interés indirecto, de toma de posición a favor de la concursada. Interés en su acepción de «inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona o una narración» tal y como define el término el Real Diccionario de la Lengua Española.

En definitiva, la manifestación o expresión pública de decisiones y medidas judiciales, la adopción de conductas y actitudes públicas y privadas relacionadas con el objeto del proceso y las partes litigantes ciertamente permiten, razonablemente, hacer pensar, aun involuntaria o inconscientemente, en su posicionamiento a favor de una de las parte en conflicto, la concursada

UD Las Palmas SAD, y es por ello que esta Sala coincidiendo con lo acordado por el propio Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil, apartándose voluntariamente de seguir conociendo el asunto, en cuanto puede carecer de la necesaria serenidad de ánimo y neutralidad exigible, y al objeto de evitar la persistente sospecha de actuación subjetiva o parcial y «despejar cualquier duda sobre la objetividad e imparcialidad que debe imperar en la emisión de resoluciones judiciales en dicho procedimiento» tal y como el Ilmo. Sr. Eusebio expone en su escrito absteniéndose, esta Sala considera suficientemente justificada la abstención planteada por éste Ilmo. Sr. Magistrado en el procedimiento concursal núm. 6/2004 de la UD LAS Palmas, SAD y, en su consecuencia, procédase por el abstenido conforme a lo dispuesto en los arts. 102. 4 LECiv y 221.4 LOPJ”: Auto AP Las Palmas 12.04.2006 (AC 2006/904)

Artículo 8. Juez del concurso.

Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1. Numerus clausus. Concurso de SAD. La competencia del JM no se extiende a las materias administrativas que corresponden a la RFEF o la LNFP (altas o bajas de jugadores, descenso de categoría)

“**PRIMERO** Por la concursada «Real Sporting de Gijón, SAD» se presenta escrito de fecha 6 julio 2005 en el que se solicita que este Juzgado del concurso declare su competencia exclusiva y excluyente en todo lo concerniente al presente procedimiento concursal y en especial que se dirija la pertinente comunicación de inhibición a la Real Federación Española de Fútbol y a la Liga Nacional de Fútbol Profesional para permitir la tramitación de altas y bajas de los jugadores y al mismo tiempo impedir que se produzca decisión alguna sobre el descenso de categoría, todo ello por corresponder la competencia sobre tales particulares al Juzgado del concurso.

SEGUNDO Efectivamente el art. 104 Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol establece que: «El último día hábil del mes de julio de cada año los clubes habrán de tener cumplidas íntegramente, o debidamente garantizadas a satisfacción del acreedor, sus obligaciones económicas contraídas y vencidas con futbolistas, con técnicos o con otros clubes, reconocidas o acreditadas, según los casos, por los órganos jurisdiccionales federativos, por las Comisiones Mixtas o por sentencia judicial», disponiendo seguidamente aquella norma las sanciones que conlleva el incumplimiento de este mandato y que van desde la prohibición de expedir licencias de jugadores al club moroso hasta el descenso de categoría.

Solicita la entidad concursada que este Juzgado se arroge la competencia para conocer sobre tales decisiones dada la primacía de la regulación concursal sobre este particular, y a tal respecto se alegan confusamente consideraciones relativas a los principios inspiradores de la reforma concursal, a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso que se proclama en el art. 8 LC, el carácter de cuestión prejudicial de que viene revestida esta materia e incluso su adopción como medida cautelar.

Partimos aquí de una decisión reglamentada que puede adoptar la RFEF dentro del ámbito de su competencia cuando concurra el presupuesto fáctico de que se trata y que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 30 y 33 de la Ley 10/1990, de 15 octubre (, del Deporte, y en el art. 3 del Real Decreto 1835/1991, de 20 diciembre, de Federaciones Deportivas Españolas, se enmarcaría dentro de las funciones públicas de carácter administrativo que, por delegación y como agentes colaboradores de la Administración pública, son ejercidas por la RFEF en lo atinente a la calificación y organización de las actividades y competiciones oficiales de ámbito estatal.

TERCERO Invocada la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso, debe repararse en que el art. 8 LC enumera con carácter de numerus clausus las materias que son abarcadas por el carácter omnicompreensivo de su jurisdicción, apareciendo entre ellas las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, así como toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, ocurriendo que la medida que pueda adoptar en su caso la REEF en modo alguno tiene cabida en ellas. De igual manera habrá de decaer la invocación al principio general de continuidad de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el deudor (arte 44 LC), pues las reglas de aptitud exigidas por la normativa de la RFEF no afectan a la continuidad de la empresa en sí misma sino a las condiciones en que ésta se ha de ejercer. Se alega también su naturaleza de cuestión prejudicial que por ello quedaría también comprendida en la jurisdicción del Juez del concurso por dicción del art. 9 LC. Esta norma no hace sino transponer al ámbito concursal la regla general contenida en el art. 42 LECiv que configura la cuestión prejudicial como una ampliación de la competencia concedida al Juez, en este caso al Juez del concurso, para enjuiciar sin fuerza de cosa juzgada una cuestión ajena a su ámbito de conocimiento

cuando la decisión de que se trate constituya un antecedente lógico-jurídico de la posterior resolución concursal que haya de dictarse. Pues bien, en el caso que ahora se nos presenta encontramos que no se aprecia qué relación de instrumentalidad pueda existir entre el pronunciamiento del Juzgado sobre esta cuestión y otra ulterior resolución concursal que traiga causa en aquél, a lo que se une que ni siquiera se está solicitando al Juzgado un pronunciamiento adoptado con carácter prejudicial, sino únicamente que se paralice la decisión que pueda adoptar la RFEF, lo que en tales términos se articulase más como un ejercicio de voluntarismo que como una respuesta acordada en Derecho. Finalmente se pretende que se acuerde el requerimiento de inhibición dirigido a la RFEF adoptado como medida cautela, cuestión respecto de la cual habremos de considerar que la regulación típica de las medidas cautelares contenida en la Ley Concursal (art. 17 para las medidas previas a la declaración de concurso) encuentra limitado en principio su ámbito subjetivo de aplicación a la persona del deudor y así la fianza que el Juez pueda exigir al solicitante tiene por misión la de «responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada», ámbito que podemos admitir sea ampliado para las medidas solicitadas tras la declaración del concurso (para incluir también como sujetos a los acreedores) pero sin que puedan tener como destinatarios a terceros sujetos no interesados en el concurso, circunstancia que, unida a su falta de articulación conforme a los requisitos previstos a tal fin en el art. 732 LECiv, impide su tramitación por el citado cauce.

CUARTO Sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer los graves perjuicios que para la continuidad de la concursada «Real Sporting de Gijón, SAD» supondría el descenso de la categoría en la que ahora milita, razón por la que sí se aprecia como oportuno el dirigirse a quien asume la responsabilidad de tal decisión, la Real Federación Española de Fútbol (en tanto se mantengan las denuncias presentadas en su día por los jugadores ante el impago de las cantidades que se les adeuda) a fin de exponer que el pago de las cantidades devengadas con anterioridad a la fecha de declaración de concurso no pueden llevarse a cabo al margen del presente procedimiento concursal, lo que así se comunicará a los efectos oportunos.”: Auto JM-1 Asturias (Oviedo) 19.07.2005 (AC 2005/1187)

2. No numerus clausus

“Podría argumentarse que la intención del legislador está plasmada en el artículo 8 y que el supuesto estudiado no se halla incluido en el mismo, pero el alegato ignoraría que dicho precepto no establece un “numerus clausus” de materias competencia del juez del concurso, fuera de las cuales no podría conocer, sino un acotado de asuntos donde ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar; esa norma no impone un límite al juez del concurso, sino a los demás jueces, con los efectos previstos en los artículos 50-1 y 51-1 de la Ley Concursal. De la misma manera, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en (...) las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado”, y respecto a las ejercitadas por los administradores concursales frente a terceros, quedarían englobadas en “cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora”, como materia de competencia del Juez del concurso, de acuerdo con una interpretación sistemática, lógica y teleológica de la Ley Concursal (art.3-1 Cc.).

Por todas las razones expuestas, entiende la Sala que la jurisdicción para el conocimiento del presente litigio es del Juzgado de lo Mercantil.”: Auto AP Vitoria (Alava) 03.03.2006 (JUR 2006/154631)

- 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.

Art. 8.1º

1. Inadmisibilidad de juicio monitorio contra el concursado

“PRIMERO.-Estamos en presencia de una resolución del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Bilbao, dictado procedimiento monitorio nº 565/05, por el que acuerda la inhibición del Juzgado a favor del de lo mercantil en razón de que la demandada en el monitorio, Matriceria Vizcaína, S.A., ha sido declarada en concurso.

Se trata de un supuesto en el que, con posterioridad a la declaración del concurso, se ejercita una acción declarativa por un acreedor, siéndole de aplicación lo dispuesto en el art. 50 de la Ley, conforme al cual “Los jueces del orden civil... ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el

archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado”.

Es este el precepto que debe aplicar el Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Bilbao, sin que quepa remitir las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil ante el que, si a su derecho conviene, deberá acreditar su crédito el demandante en el procedimiento monitorio.

SEGUNDO.-Suscitada la cuestión como de competencia negativa y para evitar ulteriores problemas, la trataremos como tal, declarando la competencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 el cuál deberá proceder conforme señala el art. 50 de la Ley Concursal.”: Auto AP Bilbao (Vizcaya) 13.03.2006 (JUR 2006/154171)

“PRIMERO La petición inicial de juicio monitorio fundada en el artículo 21 LPH (y artículo 812.2.2º LECiv -deuda generada con la Comunidad de Propietarios por su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes- se dirige frente a una entidad que ha sido, con anterioridad a la presentación de la petición, declarada en concurso voluntario.

En este sentido el artículo 8 de la Ley Concursal establece la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez concursal para el conocimiento, entre otras, de todas aquellas acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (apartado 1º), es decir, todas las acciones civiles en que se formule una pretensión de condena -dineraria, de hacer, no hacer o dar-, declarativa o constitutiva, por responsabilidad contractual o extracontractual con fundamento en el Derecho Privado -sin distinguir si tiene una naturaleza estrictamente civil o puede ser calificada de mercantil-.

Indudablemente la acción ahora ejercitada, sin que sea trascendente que se ejercite a través de un procedimiento especial, tiene una indudable trascendencia patrimonial para el concursado, al tratarse de una reclamación de cantidad fundada en derecho civil por una responsabilidad legal.

SEGUNDO En consecuencia, debe aplicarse el contenido del artículo 50 LC, que literalmente expresa que «1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado».

En definitiva, en el precitado artículo exige una peculiar vigilancia judicial, de tal grado que si aprecia que se ha presentado una acción competencia exclusiva del Juez concursal se abstendrá de conocer «previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el Juez del concurso», lo que inevitablemente supone que no se remiten los autos al Juez del concurso -como suele ocurrir en los supuestos en que se aprecie la incompetencia territorial, artículo 58 LECiv- ni se emplazará en tal sentido al demandante”: Auto Juzgado de Primera Instancia 1 de Santander 4.01.2005 (AC 2005/98)

“En cambio si el procedimiento declarativo se inicia después de declarado el concurso, el art. 50 LC dispone que «los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso». Es decir, declarado el concurso, el Juzgado de 1ª Instancia carece de competencia para conocer de una pretensión declarativa, incluida la monitoria, y el solicitante debe ver repelida su pretensión, en aplicación de ese precepto. Evidentemente eso no significa dejar inerte al acreedor. Este puede acudir al concurso, comunicar su pretendido crédito en la forma que dispone el art. 85 LC, y si no lo ve reconocido, impugnar tal negativa a través del incidente concursal que dispone el art. 96 LC. O bien ejercitar las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan frente al patrimonio del concursado a las que alude el art. 86 ter 1.1º de la LOPJ, tras su reforma por la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), que dicho precepto y el art. 8.1 LC reservan, precisamente, al Juez del Concurso, es decir, ni siquiera a los juzgados de lo mercantil, sino a aquel concreto Juzgado Mercantil que esté tramitando el concurso.

El acreedor no precisa un título judicial que ya no puede obtener fuera del concurso, sino que tiene procedimientos reglados, determinados por la norma concursal, para obtener el reconocimiento de su pretensión.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.01.2006 (AC 2006\75)

2 Inaplicabilidad del precepto al no existir concurso sino suspensión de pagos

“**PRIMERO** Que aun cuando la parte demandada vino a plantear un supuesto de denuncia de falta de competencia funcional, lo bien cierto es que la cuestión que se suscita viene referida a la competencia objetiva, por cuanto se trata de dilucidar, tras la irrupción en la Planta Judicial de los Juzgados de lo Mercantil desde el pasado 1 de septiembre de 2004, por razón de la materia y de encontrarse incurso el demandado en situación de suspensión de pagos (que no de concurso de acreedores ex Ley 22/2003), el Juzgado de Paterna tiene o no competencia.

SEGUNDO Este Juzgado de lo Mercantil en ningún caso resulta competente objetivamente. La resolución dictada por la Ilma. Sra. Magistrado de Paterna cita en apoyo de su decisión el artículo 8-1 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Concursal. Tales normas en modo alguno justifican tal acuerdo, y ello al menos por las siguientes consideraciones:

-Por lo que se refiere a la Disposición Transitoria citada, en ningún caso es aplicable por cuanto tal norma conformaba la previsión oportuna del Legislador para el supuesto, no producido, de que llegado el 1 de septiembre de 2004 no hubieren venido creados los Juzgados de lo Mercantil.

-El artículo 8 de la Ley Concursal atribuye al Juez del Concurso la competencia para conocer de cualesquiera acciones con trascendencia patrimonial frente al concursado. Pero en este caso no existe tal concurso, sino una suspensión de pagos promovida con mucha antelación al 1 de septiembre, debiendo estarse en su consecuencia a la Transitoria Primera de la Ley concursal que, precisamente, dispone que en tales supuestos los procedimientos seguirán tramitándose hasta su conclusión al amparo de la normativa anterior sin más excepciones que las expresamente enunciadas seguidamente.”: Auto JM-1 Valencia 1.02.2005 (AC 2005/719)

3. No son competencia del juez del concurso las acciones contra terceros

“1. ¿Debe admitirse a trámite una demanda en la que aparece como demandado el concursado en unión de otras terceras personas? ¿Debe acumularse un procedimiento en el que el concursado figura como demandado en unión de terceras personas?

El artículo 8 atribuye competencia al Juez del Concurso únicamente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Por su parte, el artículo 50 dispone que los jueces del orden civil ante quienes se interponga una demanda de la que deba conocer el Juez del Concurso, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen su derecho ante aquél. Por tanto, el parecer mayoritario, que no unánime, es entender que nos hallaríamos ante una indebida acumulación de acciones, por carecer, el Juez de Primera Instancia o el Juez de Concurso, de competencia objetiva para conocer de una de las dos acciones (artículo 73 de la LEC), que deberá resolverse en la forma establecida en el último apartado del precepto citado, esto es, requiriendo al actor por cinco días para que subsane el defecto.

En cuanto a los procedimientos en trámite, también de forma mayoritaria, se entiende que no han de acumularse al concurso, por no ser el pleito competencia del Juez del Concurso (artículo 51), aun cuando pudiera tener trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores. Deberá continuar el procedimiento hasta la firmeza de la sentencia, suspendiéndose la ejecución que pueda dirigirse contra el deudor (artículos 51 y 55 de la LC)”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 1.

3.1 Acciones de responsabilidad contra los administradores ex LSA o LSRL

“3º.- En el plan de liquidación los administradores concursales advierten de la existencia de demandas de responsabilidad contra los administradores de PAIS LAGO S.L. y de la conveniencia de acordar su acumulación al concurso (sólo se menciona el juicio ordinario nº. 288/2004, del Juzgado de Primera Instancia de Muros, a instancia de Comercial Maquinaria Ferial del Tres S.L.). No se precisa de qué tipo de responsabilidad se trata, pero ha de suponerse que en esos procesos que se siguen al margen del concurso se pretende la responsabilidad por deudas de los administradores al amparo del artículo 105.5 de la LSRL, o de acciones individuales de responsabilidad del artículo 135 de la LSA (por remisión del artículo 69 de la Ley de limitadas). Pues bien, en cualquiera de esos dos casos no es posible acumular al concurso los juicios

que se siguen contra los administradores puesto que no se trata de acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de la concursada (artículo 8. 1º LC) ni de ninguna otra sobre la que el juez del concurso tenga competencia exclusiva y excluyente. En todo caso, el interés del concurso y la concurrencia de las circunstancias prevenidas en el artículo 48. 3, obligan a examinar de oficio la conveniencia de acordar el embargo preventivo de los bienes de los administradores de la concursada, sobre el que se resolverá en auto aparte.”: Auto JM-1 La Coruña 12.12.2005 (Concurso 49/2004)

4. No cabe reconvenir contra el concursado ante el Juzgado de Primera Instancia

“3. ¿Se acumulan al concurso los procedimientos en que el deudor ha sido demandado vía reconvencción? (...)

Con relación a la primera cuestión la conclusión mayoritaria fue la que sostenía la imposibilidad de formular demanda frente al concursado por vía de reconvencción, en aplicación del artículo 406.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello por que en estos casos el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la demanda principal presentada por el deudor concursado carece de competencia objetiva en virtud del artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8 de la Ley Concursal para conocer de las acciones frente al concursado, que corresponde al Juez del concurso. De ahí que no es sólo que no se acumulen al concurso los procedimientos en que el deudor ha sido demandado por vía de reconvencción sino que ni tan siquiera es posible la admisión de la demanda reconvenccional por parte del Juez de Primera Instancia. “. (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 3

5. Acciones con trascendencia patrimonial dirigidas por la administración del concurso frente a terceros

5.1 Corresponden también al Juez del Concurso

“PRIMERO.- Afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal que “el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor”, intención del legislador que se expresa también en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (apartado IV). Dicha intención se materializa en el artículo 8 de ésta y en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos donde, efectivamente, aparecen como materia “exclusiva y excluyente” del Juzgado de lo Mercantil “las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado”, pero no las acciones con trascendencia patrimonial dirigidas por la administración del concurso frente a terceros. Decimos que no aparecen éstas con carácter general, pero sí prevé la Ley que sea el Juez del concurso quien conozca de algunas acciones en las que los administradores concursales son demandantes, como por ejemplo, las dirigidas contra los administradores, auditores o liquidadores de la persona jurídica deudora (art.48 L.C.), que tienen por finalidad recuperar fondos a integrar en la masa activa del concurso.

El mismo fundamento de esa concentración competencial existe en el caso que nos ocupa, una acción de reclamación de cantidad dirigida por los administradores concursales frente a dos sociedades que consideran deudoras de la concursada como consecuencia de ciertas relaciones comerciales. Y es que la concursada puede ser demandante en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, perdidas o transigidas, tienen directa repercusión en la formación de la masa activa del concurso. No aprecia el Tribunal razones para atribuir al Juez del concurso el conocimiento de las acciones judiciales que pudieran afectar a la masa pasiva, y simultáneamente desconcentrar entre los juzgados de primera instancia las demandas afectantes a la masa activa, máxime cuando a unas y otras podría aplicarse la declaración de motivos del legislador que al principio hemos transcrito y hay casos singulares previstos en la Ley Concursal de concentración en el Juzgado de lo Mercantil de algunas acciones ejercitadas por el concursado.

Podría argumentarse que la intención del legislador está plasmada en el artículo 8 y que el supuesto estudiado no se halla incluido en el mismo, pero el alegato ignoraría que dicho precepto no establece un “numerus clausus” de materias competencia del juez del concurso, fuera de las cuales no podría conocer, sino un acotado de asuntos donde ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar; esa norma no impone un límite al juez del concurso, sino a los demás jueces, con los efectos previstos en los artículos 50-1 y

51-1 de la Ley Concursal. De la misma manera, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en (...) las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado", y respecto a las ejercitadas por los administradores concursales frente a terceros, quedarían englobadas en "cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora", como materia de competencia del Juez del concurso, de acuerdo con una interpretación sistemática, lógica y teleológica de la Ley Concursal (art.3-1 Cc.). Por todas las razones expuestas, entiende la Sala que la jurisdicción para el conocimiento del presente litigio es del Juzgado de lo Mercantil.": Auto AP Vitoria (Alava) 03.03.2006 (JUR 2006/154631)

5.2 No corresponden al Juez del Concurso

"PRIMERO.- La presente cuestión de competencia negativa se plantea entre el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 Bilbao y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, y viene referida a la que se deriva de la demanda de juicio ordinario promovida por Voladuras y Obras Santos S.A. contra Proyectos y Direcciones de Obra Protan S.L., en reclamación de cantidad por obra ejecutada, al entender la Magistrada de Primera Instancia de aplicación el art. 50 de la Ley Concursal, del que difiere el Magistrado de lo Mercantil.

SEGUNDO.- La referida problemática competencial debe encontrar su vía de solución, como señala la motivada resolución del Magistrado de lo Mercantil, en la inaplicación al caso examinado del art. 50 de la Ley Concursal, puesto que los jueces del orden civil se abstendrán de conocer, previniendo a la partes que usen su derecho ante el juez del concurso, únicamente en los casos en que se les turne una demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esa ley. Lo que no ocurre en el caso de autos, atendiendo a la competencia exclusiva y excluyente de los jueces de lo mercantil regulada en el art. 8.1 de la LC y art. 86 ter 1º de la LOPJ "acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...", porque este proceso ha sido promovido por Voladuras y Obras Santos S.A., declarada en concurso por auto de fecha 14 de abril de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, contra Proyectos y Direcciones de Obra Protan S.L., sin que ostente la condición de demandada ("contra el patrimonio del concursado").

En consecuencia, la competencia objetiva es de los Juzgados de Primera Instancia, en virtud del art. 85 de la LOPJ, al no estar inmersa la demandada Proyectos y Direcciones de Obra Protan S.L. en procedimiento concursal alguno, ni su materia se refiere a cuestiones especialmente atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil, según el art. 86 ter de la LOPJ. ": Auto AP Vizcaya (Sección 4ª) 28.09.2006 (Auto 650/2006)

"PRIMERO.- La Administración concursal en el procedimiento de concurso de acreedores de la entidad "Viguesa de Gas S.A.L", que se sustancia ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, ha venido a promover incidente concursal a que hacen referencia los arts. 192 y ss de la Ley Concursal(en adelante LC) contra las entidades "Gas Galicia SDG S.A." Y "Proyecon Galicia S.A." (deudora la primera, acreedora la segunda, de la concursada), al objeto de obtener la reintegración a la masa activa del concurso de la cantidad de 80.556,20 euros.

Y ello en razón, cuál se explica con claridad en la fundamentación jurídica de la resolución apelada, a que la Administración concursal en el informe presentado incluyó, en la masa activa, un crédito por importe de 139.681,34 euros contra "Gas Galicia SDG SA", y, en la masa pasiva, una deuda de la concursada frente a "Proyecon Galicia SA" por importe de 80.556,20 euros, como crédito ordinario, siendo así que al comunicar la Administración concursal a "Gas Galicia" el saldo de su deuda, por ésta última se contesto, entre otras cosas, que había hecho un pago a "Proyecon Galicia" por importe de 80.556,20 euros, indicando finalmente haber alcanzado a reducir el débito con la concursada a la suma de tan sólo 15,96 euros.

De todo lo anteriormente expuesto, la Administración concursal viene a concluir que la entidad "Gas Galicia", por su cuenta y al margen del concurso, decidió abonar directamente a "Proyecon Galicia" la cantidad que a ésta última adeudaba la concursada, llegando a producirse una situación de pago y cobro indebidos; solicitando, por tal motivo, en el presente incidente concursal, en primer término, que la receptora del pago "Proyecon Galicia" reintegre la

cantidad percibida a la masa activa del concurso y, subsidiariamente, que el reintegro corra a cargo de la entidad pagadora "Gas Galicia".

En el curso de la tramitación del incidente, la concursada se adhirió a las pretensiones de la Administración concursal promotora del mismo.

Desestimada la demanda incidental por entender el Juzgador de instancia que la Administración concursal no consiguió acreditar la existencia de una relación jurídica directa entre "Proyecon" y la concursada, generadora de la deuda de ésta para con aquélla, como tampoco la clase de relación mantenida entre la concursada y "Gas Galicia", al tiempo que de la documental aportada a los autos cabe desprender la existencia de un contrato de ejecución de obra entre ambas codemandadas "Proyecon" y "Gas Galicia", que vendría a justificar el abono realizado por ésta (comitente) a aquélla (contratista ejecutora) como una deuda propia, recurren en apelación tanto la Administración concursal como la entidad concursada "Viguesa de Gas", limitando ahora aquélla su pretensión al acogimiento del pedimento subsidiario de su demanda incidental.

Al proceder a la resolución de los recursos de apelación entablados, como advirtiere la Sala una posible falta de competencia objetiva del Juez del concurso (Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra) para conocer del asunto litigioso planteado, de conformidad con lo preceptuado en el art. 48-3 LEC, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común de diez días, al objeto de ser oídos al respecto, formulando únicamente alegaciones la Administración concursal y la entidad demandada "Proyecon Galicia", en el sentido de pronunciarse ambas partes en favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso y que dictó la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El art. 8 de la LC, que viene prácticamente a reproducir el apartado 1 del art. 86 ter de la LOPJ, comienza por otorgar de modo general a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de los concursos, para luego atribuir al Juez de lo mercantil que venga en concreto tramitando el concurso competencia para conocer, de modo exclusivo y excluyente, de una serie de materias relativas a cuestiones directamente relacionadas con el concurso en cuanto afectantes al procedimiento concursal, que incluso rebasan el ámbito del orden jurisdiccional civil y comprenden el de otros órdenes jurisdiccionales, cuál el social.

La explicación a tal medida legislativa cabe encontrarla en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en donde se indica que se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado, justificando el carácter universal del concurso la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión.

Así las cosas, en el caso contemplado, a la vista de las pretensiones que plantea la Administración concursal -promotora del incidente- y la concursada coadyuvante, de las materias relacionadas en el art. 8 de la LC, a las que el Juez del concurso extiende su competencia, es la del ordinal núm. 1º la única susceptible de ser analizada como de posible comprensión de aquéllas, en cuanto concerniente a "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Pues bien, aún a fuerza de reconocer la trascendencia patrimonial de la pretensión ejercitada en el incidente concursal dada su repercusión en la determinación o formación de la masa activa del concurso, no alcanza empero a concurrir el segundo de los requisitos necesarios, cuál es el que la demanda se dirija contra el patrimonio de la concursada, que por tal razón ha de ocupar la posición pasiva del proceso, bien de forma única bien con otros litisconsortes, lo que no acontece en el caso examinado, en que la acción ejercitada lo es claramente en defensa del patrimonio de la concursada, al

punto de promoverse la demanda incidental por la Administración concursal con la que termina coadyuvando la propia concursada.

Así lo entienden la mayor parte de los tratadistas en la materia, entre los que cabe citar a Carlos Jesús y Luis Miguel, que en sus "Comentarios de la Ley Concursal", vienen a excluir del conocimiento del juez del concurso las acciones con trascendencia patrimonial cuya titularidad correspondiera al deudor y ello aunque dieran lugar a litigios (se insten por el propio insolvente, por la administración concursal o, de forma subsidiaria, por algún acreedor) cuyo objeto pudiera incidir en la integración de bienes y derechos a la masa activa del mismo, a tenor del art. 54 de la LC; a Pedro Jesús y Andrés, que en sus "Comentarios a la Ley Concursal", vienen a señalar que las acciones a que se refiere el ordinal primero del art. 8 LC exigen tener como demandado al concursado; a Eduardo, que en sus "Comentarios a la Ley Concursal", hace la observación de que el art. 8 LC no menciona a los procesos que el deudor tenga en curso como demandante, pues sólo hay referencia concreta de acciones y medidas cautelares que afecten pasivamente al patrimonio del concursado; a Jon, Oscar, Serafin, Jose Pablo y Luis Alberto, que en sus "Comentarios a la Ley Concursal", vienen a indicar, en su análisis del art. 8 LC, que el Juez competente para conocer de las acciones que se interpongan en defensa del patrimonio del deudor será el que corresponda de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 45 y 47 de la LEC.

Siendo minoritario el sector doctrinal que mantiene un criterio discrepante, destacando en tal sentido Antonio, quién, en su obra "Derecho Comunal Práctico", viene a señalar que si se atiende a lo que literalmente dice el art. 8 LC no serían competencia del Juez del concurso las acciones civiles en las que el concursado sea demandante, no pareciéndole, pese a dicha literalidad, una decisión razonable, toda vez el concursado puede ser actor en importantes acciones de contenido patrimonial que, ganadas, pérdidas o transigidas tienen repercusión en la formación de la masa activa del concurso. Semejando secundar dicha opinión Ernestoy Iván en su obra "Comentarios a la Legislación Concursal".

Ello en cuenta, por estimar que la pretensión objeto de la presente demanda incidental no se encuentra incluida dentro de las materias relacionadas en los ordinales números 1 a 6 del art. 8 LC que conforman la competencia funcional atribuida al Juez del concurso, correspondiendo, consiguientemente, a los Juzgados de Primera Instancia la competencia objetiva para su conocimiento por tratarse entonces de materia civil no atribuida por disposición legal expresa a otra clase de tribunales (art. 45 LEC), dado el carácter no dispositivo e improrrogable de las normas sobre atribución de competencia, susceptible de apreciación de oficio por la Sala por constituir una cuestión de orden público, procede decretar la nulidad de la sentencia y demás actuaciones practicadas ante el Juzgado de lo Mercantil, al amparo de lo preceptuado en los arts 238-1 de la LOPJ y 225-1º de la LEC, lo que hace de todo punto innecesario el resolver previamente acerca de la petición de recibimiento del pleito a prueba en esta segunda instancia formulada por la entidad concursada." : SAP Pontevedra 08.02.2007 (Sección 1) (JUR 2007/88275)

"PRIMERO.- La competencia objetiva del Juzgado del concurso -

Tras la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC) y la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) operada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), la competencia en el orden jurisdiccional civil se modifica, pues la creación de los Juzgados Mercantiles propicia eventuales conflictos con los Juzgados de 1ª Instancia.

En lo que aquí interesa, el art. 86 ter.1 de la LOPJ dispone en su apartado 1º que corresponde al Juzgado de lo mercantil, en cuanto tramite un procedimiento concursal, la competencia "exclusiva y excluyente" de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...". Otro tanto hace el art. 8 LC respecto del juez de concurso, al que atribuye en su apartado primero la competencia para conocer de "las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...".

En consecuencia, la competencia que las normas atribuyen al juzgado que tramita el concurso lo son para las pretensiones que terceros dirijan contra el concursado, porque

tienen, o pueden tener, trascendencia en su patrimonio. No es posible, sin embargo, que el concursado utilice el concurso, ni al Juzgado que lo tramita, para presentar reclamaciones frente a terceros, porque como dicen ambos preceptos, en ese caso no se trata de acciones "que se dirijan **contra** el patrimonio del concursado", sino a su favor.

Con la declaración de concurso el deudor no queda impedido para ejercitar acciones en beneficio de su patrimonio. Estas facultades quedan intervenidas o suspendidas (art. 21.1.2º y 40.1 LC), lo que supone en el primer caso la necesaria "conformidad" de la administración concursal, prevista en el art. 54.2 de la ley, y en el segundo la posibilidad de actúe directamente la administración concursal salvo que se trate de acciones de índole personal, con idéntica exigencia de conformidad, como indica el art. 54.1 LC.

De todo ello se desprende que el deudor concursado puede ejercitar judicialmente sus acciones, interponiendo demandas ante el Juzgado competente que según los casos será el de 1ª Instancia, Social, Instrucción o Contencioso-Administrativo. Sólo en el caso de acciones que la Ley Concursal reserve al juez del concurso habrá de dirigirse al mismo. Pero si como ocurre en este caso, la demanda es una reclamación de cantidad frente a uno de sus deudores, el juez competente será el de primera instancia que proceda conforme a las reglas de competencia territorial y reparto. “: Auto JM-1 Bilbao (Vizcaya) 20.06.2006 (juicio ordinario 214/2006; Auto 260/2006)

5.2.1 Conflicto negativo de competencia

“SEGUNDO.- Razones para plantear el conflicto negativo.-

El Juzgado de 1ª Instancia, tras admitir el requerimiento en procedimiento monitorio, se encuentra con una oposición del tercero no concursado que acepta la competencia objetiva del Juzgado de 1ª Instancia. Por dicha razón dicta la providencia de nueve de marzo de dos mil seis que emplaza a la deudora concursada, que allí era demandante, para presentar demanda de juicio ordinario.

En ese plazo se presenta, y en lugar de admitir la demanda se dicta auto el doce de abril declarando finalizado el procedimiento monitorio, acordando de oficio su abstención para conocer con fundamento en el art. 50.1 de la Ley Concursal, que se recurre en reposición sin que se admita la impugnación puesto que se indica que el único recurso admisible era el de apelación.

Por las razones dichas el art. 50.1 LC es inaplicable, ya que sólo es posible declarar la abstención si se trata de "demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley". El juez del concurso no puede conocer de esa demanda porque no se dirige contra el concursado, sino que éste interpone frente a un tercero no concursado, que además no discutió la competencia del Juzgado de 1ª Instancia.

Este Juzgado de lo Mercantil carece, por ello, de competencia objetiva por razón de la materia para conocer de la demanda interpuesta por la concursada, y del procedimiento que se le ha remitido por el Juzgado de 1ª Instancia. Pero si declara su inadmisión el concursado se verá privado de reclamar la cantidad que pretende, que afirma se le adeuda, ya que ni el Juzgado de 1ª Instancia ni el Juzgado de lo Mercantil la admitirían.

Ha de recurrirse entonces al trámite del conflicto negativo, que sólo se encuentra regulado por el art. 60.2 LEC para cuestiones de competencia objetiva territorial, no por razón de la materia, como por otro lado este mismo juzgado ya ha hecho en otro caso que la Audiencia Provincial admitió, mediante auto de 28 de abril de 2006, Cendoj AAP BI 433/2006, en el que resolvía la cuestión.”: Auto JM-1 Bilbao (Vizcaya) 20.06.2006 (juicio ordinario 214/2006; Auto 260/2006)

6. Expediente de consignación

“PRIMERO.- En este expediente se produce la consignación de la deuda que mantiene Hermanos García S.A. con la concursada Sutegui S.L., y que consta inventariada en el Informe de la Administración Concursal, en atención a lo resuelto por este Juzgado de lo Mercantil, que es el del concurso, en su providencia de 27 de diciembre de 2006.

En primer lugar, este Juzgado es competente para atender a una consignación liberatoria de una obligación de tercero que es crédito en la masa del concurso del que conoce ex art. 86.ter.1.1º LECO, en tanto que es una voluntaria integración de dicha masa, cuyo destino supone conocer incidentalmente de reclamaciones patrimoniales de acreedores concursales frente al concursado.”: Auto JM-2 Bilbao 19.03.2007 (Concurso 296/2006)

- 2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

Art. 8.2º

1. Procedimientos de despido de altos directivos

“2. ¿Se acumulan al concurso los procedimientos de despido de altos directivos? Aun cuando el artículo 8.2ª de la LC atribuya al Juez del Concurso el conocimiento de las acciones de suspensión o extinción de contratos de alta dirección, de forma unánime se considera que debe ponerse el precepto en relación con el artículo 65, precepto que permite a la administración concursal, por propia iniciativa o a instancias del deudor, extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. Por todo ello, a pesar del tenor literal del artículo 51, los procedimientos de despido de altos directivos no se acumularán al concurso. “;(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 2

2. Competencia del juez del concurso para las acciones colectivas.

2.1 No se enerva por la preexistencia de actos de conciliación en sede laboral

“PRIMERO.- La primera cuestión que ha de ser objeto de tratamiento, a la vista de las alegaciones efectuadas por la autoridad laboral, es la referida a la pertinencia del expediente que nos ocupa. A tal efecto ha de tenerse en cuenta el ámbito competencial atribuido al Juez del Concurso no sólo por la Ley Concursal sino también y fundamentalmente por su necesario carácter orgánico, por la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial introduciendo el artículo 86 ter en el que se fija las competencias de los órganos de lo mercantil y en el que por primera vez se atribuyen a órganos incardinados en la jurisdicción civil el conocimiento de acciones sociales, algunas de las cuales se sustraen a la jurisdicción social y otras hasta esta fecha competencia de la Administración.

En este sentido, el artículo 86 ter 1.2º LOPJ, en la nueva redacción dada por la ley orgánica citada, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto, entre otras que enumera, la extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, estableciendo el necesario recurso a los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Por su parte, la Ley Concursal, amparándose en dicha regulación orgánica, reproduce en su artículo 8 idéntico contenido, que se ve concretado en el artículo 64 donde se regula el expediente de extinción colectiva de relaciones laborales a la que el apartado 10 no sólo asimila sino que identifica, dando el mismo tratamiento, con las acciones individuales interpuestas al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores cuando superen el número previsto en dicho precepto y, en todo caso, afecten a la totalidad de la plantilla.

Sentado lo anterior, cualquier interpretación de la norma ha de partir del nuevo marco competencial instaurado en dicho precepto y justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 en el carácter universal del concurso, justificativo de la concentración en el juez del concurso de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, otorgándole al efecto una jurisdicción exclusiva y excluyente para su conocimiento.

En el presente caso, la Autoridad Laboral aduce que no resulta posible seguir el trámite del artículo 64 ni es competencia del Juez del Concurso la resolución de los contratos de trabajo, por haberse interpuesto por 11 trabajadores demandas individuales para la resolución de los contratos de trabajo ex artículo 50.1 a) y c) del ET y resultar afectados, en consecuencia, únicamente por el expediente 3 trabajadores número que no alcanza el umbral numérico fijado legalmente en 5.

Sin necesidad de entrar en valoraciones sobre la aplicación de dicho umbral numérico y de la incidencia en sede concursal de las acciones individuales al amparo del artículo 50.1.a) y c) del ET, apreciando los datos procesales obrantes, no es posible extraer que

se hayan interpuesto demandas laborales de las que tenga que conocer el juez social que excluyan el conocimiento del juez mercantil de la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo. Los 11 trabajadores a los que alude la Autoridad Laboral no presentaron una demandada en el Juzgado de lo Social o, cuanto menos, no consta que lo hayan hecho y de haber sido así, por el propio funcionamiento del concurso, actuación de la administración concursal y grado de publicidad dado, resultaría prácticamente imposible su desconocimiento, máxime cuando el representante de los trabajadores que ha intervenido en la negociación y alcanzado el acuerdo es uno de los que habrían accionado según la autoridad laboral. Únicamente consta la presentación de una demanda en reclamación del derecho sobre rescisión del contrato de trabajo, al amparo del artículo 50.1, a) y c) del ET frente a, entre otras, la concursada, dirigida al Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, que tiene por objeto la cumplimentación del requisito procesal de conciliación previa exigido por la legislación procesal laboral. En efecto, la Ley de Procedimiento Laboral en su artículo 63 establece como requisito necesario para la tramitación del proceso ante un Juzgado de lo Social, salvo en los supuestos expresamente enumerados en el artículo 64, el intento de conciliación previa. Sin embargo, este requisito no puede ser entendido como el efectivo inicio del ejercicio procesal de la acción de modo que se retrotraigan todas las consecuencias del proceso a dicha solicitud de conciliación previa cuyos efectos están legalmente establecidos. De modo que tras el intento de conciliación, de concluir éste sin avenencia, las partes han de presentar una demanda ante el órgano social competente, razón por la cual entre los efectos otorgados a la conciliación previa se sitúa la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción.

Por esto, dado que en el presente caso no se ha presentado esa posterior demanda ante el Juzgado de lo Social competente y la conciliación concluyó ya sin avenencia, no hay demandas individuales que se estén conociendo por ningún órgano jurisdiccional social y, por lo tanto, no se ha privado con ello de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para el conocimiento del expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales con relación a la totalidad de los trabajadores puesto que no hay procedimiento alguno abierto respecto a ellos en orden al despido por las causas del artículo 50.1. a) y c) y, por lo tanto, todos ellos se ven afectados por el expediente.

Por las anteriores razones, no pueden acogerse los argumentos esgrimidos por la Autoridad Laboral que no deslegitiman el trámite seguido ni impiden su continuación en virtud del régimen competencial instaurado por la Ley Orgánica 8/2003 en este expediente que afecta a la totalidad de la plantilla.”: Auto JM-1 Santander 21.04.2005 (JUR 2005/122390)

2.2 No se enerva por la pendencia de procedimientos laborales individuales

“**PRIMERO** Dispone el artículo 64 de la LC , en su apartado 7, que cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores referidos al período de consulta e información, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

El apartado primero del mismo precepto señala que los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo. (artículo 8.2º LV y 86 ter.1.2º LOPJ).

SEGUNDO La primera cuestión con carácter previo a resolver es la manifestación incorporada al acta por parte de los representantes de los trabajadores y que se ha venido repitiendo a lo largo de los escritos de recursos (múltiples) que han presentado en la tramitación de la pieza. Dicha manifestación se refiere al hecho de la existencia de demandas sociales en los juzgados de lo social de Málaga, 5, 7 y 9 en que los trabajadores manifiestan, según los representantes, que ha existido una extinción del contrato por falta de ocupación efectiva amparada en el apartado c) del artículo 50.1 del ET .

Lo primero que cabe reseñar es que, aunque así se ha pretendido, no se trata de competencia, en dichas acciones, del juzgado mercantil, puesto que se trata de acciones individuales fundamentadas en un apartado diferente al que prevé el apartado 10 del artículo 64 de la Ley Concursal que establece el mismo régimen de consultas al supuesto del apartado b) del Estatuto de los trabajadores por extinción de los contratos amparado en dicho precepto y cuando supere los límites temporales y cuantitativos que allí se establecen.

Resolviendo este apartado cabe desestimar la primera de las pretensiones de los representantes de los trabajadores al respecto de la falta de competencia de este juzgado para conocer del expediente referido pues una vez declarado el concurso y sin perjuicio del análisis del fondo, toda tramitación de dichas afectaciones colectivas, en los términos legalmente previstos, corresponden a este juzgado.”: Auto JM-1 Málaga 29.03.2005 (JUR 2005/102155)

3. Competencia del Juzgado de lo Social para las acciones no colectivas

“Debemos también recordar para cerrar el argumento que la acción de resolución al amparo del art. 50.1.b del ET ejercitada por un solo trabajador estando el empresario en concurso es competencia del juez social y no del juez del concurso pues al amparo del art. 64.10 de la Ley concursal tan solo se consideran de carácter colectivo las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el art. 50.1.b ET a los efectos de su tramitación por el procedimiento previsto en el mencionado art. 64 cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que superen los límites señalados en el precepto, lo que no es el caso. Así lo afirmó ya esta Sala en la sentencia de fecha 1/6/05 (núm. 776/2005, rec 254/2005 [AS 2005, 1331]): «A los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso», el apartado 10 del art. 64 LC da tratamiento y considera «extinciones de carácter colectivo» a las «acciones individuales interpuestas al amparo del art. 50.1 b) ET que superen un determinado número desde la declaración del concurso. Como se sabe, el art. 50.1 b) ET configura como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato de trabajo «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado». Pues bien, de conformidad con el art. 64.10 LC, las acciones individuales «ex» art. 50.1 b) ET tendrán la consideración de «extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación por el Juez del concurso por el procedimiento previsto en el art. 64 (LC), cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites establecidos». Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 55 de la Ley Concursal.”: STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1) 12.06.2006 (AS 2006/2373)

“SEGUNDO.- La representación del trabajador interpone recurso de apelación contra el auto del Juzgado en que declara su incompetencia objetiva para el conocimiento de la demanda sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente con fundamento en un motivo: Infracción por inaplicación o aplicación indebida de los artículos 8 y 64 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 en relación con el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- El recurso debe prosperar.- La Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 reserva, durante la tramitación del concurso, el conocimiento de determinadas materias laborales al juez del concurso, según los artículos 8.2 en relación con el artículo 64.1. La competencia del juez del concurso abarca solamente los supuestos de extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, así como de suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. Estas suspensiones o extinciones colectivas son aquéllas que afecten, en un periodo de noventa días a diez trabajadores en las empresas que ocupen a menos de cien, al diez por ciento en los trabajadores de las empresas que ocupen entre cien o trescientos, y a treinta trabajadores al menos en las empresas que ocupen trescientos o más (artículo 51.1 E. T). Así mismo es competencia del juez del concurso las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.19b del Estatuto de los Trabajadores cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que superen, desde la declaración del concurso los límites siguientes: Para empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores; para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores, y para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300 el veinticinco por ciento de los trabajadores.

Por todo ello, atendiendo a que el juez del concurso sólo es competente para conocer de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y de la suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales que promuevan el deudor o los trabajadores de una empresa a través de sus representantes legales, en el supuesto de autos la demanda de despido nulo o subsidiariamente improcedente formulada por el trabajador contra la empresa y el Fondo de Garantía Salarial no es competencia del juez del concurso, pues no estamos en presencia de ninguna de las materias específicas que atribuye la Ley Concursal al juez del concurso, pese a que previamente el empresario haya realizado un despido colectivo encubierto.”: Auto AP Zamora 23.09.2005 (JUR 2005/262648); en términos prácticamente idénticos. Auto AP Zamora 23.09.2005 (JUR 2005/262653) y Auto AP Zamora 28.09.2005 (JUR 2005/233000)

3.1 La pendencia de un expediente colectivo del art. 64 no impide el ejercicio de acciones laborales individuales

“Debiéndose insistir en que la jurisprudencia de la Sala IV del TS, S. de 5/4/01 (RJ 2001, 4885), como ya expone la sentencia de instancia, entiende que la acción resolutoria contractual ?así como el de cualquier otra acción individual derivada del contrato?, constituye un derecho laboral básico a tenor del texto estatutario, que supone el reflejo en un aspecto particular y concreto del derecho fundamental al libre acceso a los Tribunales y a la tutela judicial efectiva que consagra de manera general la Ley Fundamental y por consiguiente, en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de ésta y, por ende, para que el juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión. Doctrina que ha de mantenerse pese a la entrada en vigor de la Ley Concursal y a la posibilidad de que el ERE se plantee y resuelva ante el juez del concurso en vez de ante la autoridad laboral, pues esta circunstancia en nada afecta a lo resuelto.

Consecuencia de todo lo anteriormente expuesto es que la sentencia ha de ser confirmada pues no existe obstáculo alguno que impida el ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador al amparo del art. 50 del ET, ni que se dicte sentencia estimatoria de dicha pretensión aunque anteriormente se haya instando por el empresario un ERE para la extinción de todos los contratos de trabajo de la plantilla y en tanto que en dicho ERE no haya recaído resolución, ya judicial en los casos de empresario en concurso, o administrativa, en los demás casos, que haya extinguido el contrato del trabajador que acciona la resolución, pues evidentemente de haberse producido ya la extinción del contrato la acción resolutoria deja de tener objeto (y viceversa).

Cierto es que en su escrito de recurso nos dice el Fondo de Garantía Salarial que el día 25 de noviembre de 2005 el Juzgado de lo mercantil dictó auto resolviendo el ERE y autorizando la extinción colectiva de las relaciones laborales, porque fue anterior al acto del juicio del presente procedimiento sin que fuese alegado ni probado en dicho momento, ni tampoco este hecho fue introducido en trámite de recurso mediante la aportación de su justificación documental como permite el art. 231 de la LPL, de haber sido conocido dicho auto con posterioridad a la celebración del juicio. En consecuencia huérfano dicho hecho de cualquier clase de prueba no puede ser tenido por cierto en la presente sentencia, pues se trata tan solo de una alegación de parte que no ha accedido a los hechos declarados probados.”: STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1) 12.06.2006 (AS 2006/2373)

3.2. Viabilidad de acción individual ante el Juzgado de lo Social reclamando diferencias salariales anteriores a la declaración de concurso

“La reclamación [las diferencias entre la cantidad percibida y la que debió percibir en aplicación del Convenio Colectivo de Comercio Metal de Bizkaia.] se basa en salarios devengados antes de la declaración de concurso. Sea o no procedente el reconocimiento de tal cantidad, la Ley Concursal dispone cómo deben comunicarse los créditos aunque también ciertas obligaciones a la administración concursal.

El art. 21.1.5º LC dispone que al declararse el concurso deberá hacerse llamamiento a todos los acreedores, y por lo tanto también a los trabajadores, acreedores de un crédito derivado de su relación laboral, para que en el término de un mes comuniquen por escrito y sin necesidad de letrado o procurador (184.3 LC) la existencia, importe y si lo desean calificación que pretenden, adjuntando los documentos acreditativos.

No obstante, la administración concursal tiene también el deber de incluir los créditos «que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso» (art. 86.1 LC), y en particular, por disposición expresa del art. 86.2 LC, «los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso».

Ese régimen supone que la comunicación del crédito es potestativa para el trabajador, porque puede verificarlo, aportando contratos, nóminas o cualquier otro documento que acredite su crédito, o no hacerlo, ya que la administración concursal deberá incluirlo en la lista de acreedores que debe acompañar a su informe en cumplimiento de lo señalado en el art. 94.1 LC.

Como señala la concursada, eso es lo que pudo verificar el trabajador en este caso. Tenía en su mano comunicar el crédito o, en su caso, impugnar el informe de la administración concursal por el procedimiento que dispone el art. 96 LC. Por ello el art. 50.1 LC dispone que una vez declarado el concurso, las demandas que se presenten ante los Juzgados de 1ª Instancia o de lo Social de las que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley, no deben ser admitidas «previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso».

Ese derecho puede ser ejercitado en la forma que disponen los preceptos citados, es decir, mediante la comunicación del crédito o su inclusión por el administrador, lo que propicia la eventual discusión, a través del incidente del art. 96 LC, de la existencia, importe y calificación del crédito concursal que pretende la parte.

TERCERO Posibilidad de presentar reclamaciones en forma diferente a la comunicación de créditos

El actor pretende, no obstante, una reclamación de cantidad de forma diferente a la expresada. No ha comunicado su crédito, no ha impugnado el informe de la administración concursal que acompañaba la lista de acreedores, y ante la prohibición del art. 50 LC, no ha acudido al Juzgado de lo Social a reclamar las diferencias salariales por la aplicación del Convenio Colectivo de Comercio Metal de Bizkaia, sino que lo ha hecho ante el juzgado que tramita el concurso. El demandado considera que la forma de reclamar la cantidad, sin comunicar a la administración concursal su crédito, es incorrecta. Efectivamente la forma usual de realizar una reclamación frente al concursado es la comunicación de créditos, pero no hay impedimento legal que dificulte la reclamación por otras vías.

Hay que reconocer, en primer lugar, que la situación de concurso no cercena los derechos de los acreedores que pretenden litigar frente a la concursada. Lo único que se modificará es la forma de actuar, según se tengan las facultades de la concursada simplemente intervenidas o totalmente suspendidas (art. 40 LC).

En el primer caso, la demanda se dirigirá frente a la concursada, pero el juzgado deberá emplazar también a la administración concursal por si quiere personarse en defensa de la masa (art. 50.2 LC). De esta forma podrían coexistir dos posiciones procesales, la de la concursada por un lado, siempre con aquiescencia de la administración concursal, y la de la administración concursal en defensa de la masa, por otro. En cambio en situaciones de suspensión de facultades del art. 40.2 y 3 LC, será la administración concursal la única que podría comparecer representando a la concursada.

Aclarado lo anterior hay que resaltar que el concurso también modifica las reglas de competencia objetiva habituales. No siempre se puede acudir a los juzgados habituales, sino que en ocasiones es preciso dirigir la acción al propio juzgado que tramita el concurso. Así los Juzgados de lo Penal, de lo Social o de lo Contencioso no tienen completamente vedado conocer de pretensiones frente a la concursada planteadas después de la declaración de concurso. En tal sentido se dispone el art. 50.2 LC, después de establecer el art. 50.1 que los jueces del orden civil o social se abstendrán de conocer de la «demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley».

De las demandas de las que no deba conocer el juez del concurso si pueden conocer, pese a tal situación, los citados juzgados de lo penal, contencioso y social. Por ello la regla para el emplazamiento de la administración concursal para las acciones que puedan tener trascendencia en el patrimonio del deudor que cierra el art. 50.2 LC.

Tanto en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (LORC), que reforma la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ), como en la propia Ley Concursal se dispone que en materia laboral el juez del concurso es competente, exclusivamente, para las acciones sociales que tengan carácter colectivo.

El art. 2 LORC añade un art. 86 ter a la LOPJ, cuyo apartado 1.2º dispone que la competencia del juzgado de lo mercantil se extiende a «acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección...». Otro tanto recoge el art. 8 LC en su apartado segundo. Precisamente por tales disposiciones este Juzgado tramitó un expediente de extinción colectiva núm. 626/2005, derivado del concurso del empleador de la demandante, cuyo auto resolutorio ha

aportado en la vista el actor como doc. núm. 9 (folios 95 a 104) de la demanda. En este caso la acción de la demandante no es colectiva, sino individual. No es una de las acciones de las «que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley» como indica el art. 50.1 LC. La reclamación ha de ventilarse, en consecuencia, ante los Juzgados de lo Social, ya que no se ha utilizado la vía del art. 96 LC, impugnando la no inclusión o su inclusión en cuantía o calificación diferente a la pretendida en la lista de acreedores.

Debe por lo tanto declararse la incompetencia de este Juzgado para conocer de esta pretensión.”: Sentencia JM-1 Bilbao (Vizcaya) 07.04.2006 (JUR/2006/147608)

- 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

Art. 8.3º

1. La atribución de la jurisdicción no implica necesariamente acumulación. No suspensión ni acumulación de las ejecución de sentencia de desahucio

“UNICO Según el art. 8 de la Ley Concursal, «... La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado...». Ahora bien, tal previsión legal no implica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida al juez del concurso haya de actuarse o materializarse siempre -ni siquiera primordialmente- a través de la acumulación al mismo del proceso ejecutivo que se encuentre en tramitación ante otro órgano, ni mucho menos a través de la continuación por parte del juez del concurso del trámite propio del proceso de ejecución en cuestión. Contrariamente, lo que dicha atribución de jurisdicción implica es que a partir de la declaración de concurso corresponde en exclusiva al juez de éste adoptar las resoluciones que en cada caso resulten oportunas y ajustadas a la legislación concursal en torno al porvenir del propio proceso de ejecución afectado por dicha declaración, siendo variadas y dispersas las previsiones legales contenidas al respecto a lo largo del articulado de la Ley Concursal.

Así, la acumulación al concurso del proceso de ejecución, como mecanismo a través del cual el juez de éste habrá de ejercer la atribución de jurisdicción que el art. 8-3º contempla, es algo que aparece especialmente previsto, bajo determinados presupuestos, en los arts. 56 y 57 LC cuando se trata de ejecuciones instadas por acreedores con garantía real o asimilados (acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro y, por otro lado, las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad)

Sin embargo, cuando el proceso de ejecución singular afectado por el concurso tiende a la efectividad de un derecho de crédito distinto, la atribución jurisdiccional del art. 8-3º no se concreta en acumulación de clase alguna sino más bien en la suspensión de dicha ejecución y en un mandato al juez del concurso para que dé al crédito que se estaba ejecutando el tratamiento concursal correspondiente, o lo que es igual, para que lleve a cabo el sometimiento de dicho crédito a las normas de la propia Ley Concursal que tratan de salvaguardar el principio de la «par conditio creditorum». Así lo establece el art. 55-2 LC a cuyo tenor «... Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

Por el contrario, en la ejecución de una sentencia de desahucio no se tiende a la efectividad de derecho de crédito alguno. La de desahucio es una acción mixta que, sobre la base de una pretensión resolutoria de carácter personal fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de uno de los contratantes, aspira a brindar al demandante la recuperación de la posesión de la cosa arrendada, lo que hace que, especialmente en la fase ejecutiva, la pretensión adquiera una dimensión eminentemente -por no decir exclusivamente- real. De ahí que no le resulte aplicable la regla suspensoria del art. 55-2 y sí, en cambio, la única norma especial que, en relación con los arrendamientos, contiene la LC, esto es, la norma prevista en su art. 70 con arreglo al cual «... La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas

hasta ese momento. No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el último párrafo del art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...». Pues bien, más allá del doble privilegio que este precepto otorga al concursado en relación con el arrendatario común (posibilidad de rehabilitación hasta el lanzamiento y dispensa de la limitación del último párrafo del art. 22 LECiv), no se contempla en la LC para el arrendatario otra especialidad distinta en la fase ejecutiva del proceso de desahucio, y, de hecho, resulta evidente que el propio sentido de ambos privilegios constituye un implícito -y desde luego elocuente- reconocimiento de que, no haciendo uso de ellos la administración concursal mediante la rehabilitación del contrato con cargo a la masa ante el Juzgado que conozca del desahucio, la ejecución del lanzamiento debe seguir adelante por sus propios trámites y sin suspensión de clase alguna. No ha lugar, por tal motivo, a acordar la acumulación pretendida por la entidad concursada.” : Auto JM-2 Madrid 30.11.2004 (AC 2005/147)

2. Caso de la ejecución separada de derechos reales sobre bienes no afectos

2.1 Competencia del Juzgado de Primera Instancia

“Cuarto.- La otra cuestión, y a mi entender aún más problemática, es la relativa a la determinación del Juez ante quien debe ejercitarse esa ejecución separada de bienes del concursado hipotecados no efectos (inicial o sobrevenidamente) y cómo se tramita, en caso de considerarse competente el juez del concurso.

El artículo 56 no dice nada y el art 57 no las contempla, ya que este precepto dice "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso. 3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada. ". Por tanto resuelve sobre el inicio o continuación de la ejecución que recaigan sobre bienes afectos (las del artículo anterior) pero guarda silencio sobre la garantías que tengan por objeto bienes no afectos

Ante este silencio caber las interpretaciones: considerar que es competente el juez del concurso o considerar que tal Ejecución separada se debe plantear ante el Juez de Primera Instancia correspondiente

La primera de la tesis, por la que se inclina, entre otros Angel Carrasco Perera, se apoya en el tenor literal del art 8 LC y 86 ter LOPJ que establecen la jurisdicción del juez del concurso para toda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Si bien es un argumento de peso, considerarnos que no es bastante por los siguientes motivos:

i) el art 8 LC y 86 ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley, como se pone de relieve, por ejemplo, en materia laboral al establecer o fijar unas competencias los arts 64, 55,5 y 66 que no son equivalentes, sin más, con el tenor de los artículos citados. Por lo que aquí nos interesa, en materia de ejecución, si atendemos al tenor del art 8 LC (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55 LC, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, a los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas. Parece, pues, que no podemos acudir, sin más, a la interpretación literal del art 8 LC y al art 86 ter LOPJ para resolver la cuestión.

ii) el art 57 establece una noma de competencia objetiva al determinar que se somete al Juez del concurso la competencia de la ejecución que se inicie o se reanude, pero solo contempla a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor, y que concreta y especifica la genérica. o programática del art. 8. Si no se quiere otorgar a este art 57 de esa función discriminatoria o delimitadora de competencia, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al art 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso

iii) podría considerarse que la referencia a la jurisdicción del juez concursal del art 57 era precisa en cuanto al supuesto de reanudación de las ejecuciones entabladas antes del concurso (y que se continúan ante el juez del concurso), frente al sistema general de

apremios y ejecuciones singulares entabladas que quedan suspendidas -art 55.2-. Pero el precepto se refiere también al inicio de nuevas ejecuciones. Y si es así es porque parece que quiere dar un trato diferente a estas frente a las que no se paralizan por recaer sobre bienes no afectos, ya que de lo contrario la referencia a aquellas no era necesaria al estar comprendida en el art 8.

El único sentido posible (salvo que se trate de un olvido del legislador, que ciertamente reo se puede descartar) es que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso, tanto al no apocarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residen ciéndolas en el juez ordinario o instancias no judiciales.

Si la propia ley no ha considerado que estas ejecuciones de garantías reales sobre esta clase de bienes se tengan que paralizar y, en definitiva, que estén vinculadas o afectadas por la declaración de concurso, es por que respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. De esta manera no queda perturbado el mercado de crédito respecto de estos bienes, que es una de las preocupaciones del legislador (como señala la Exposición de Motivos trascrita), aplicándoles el régimen ordinario en toda su plenitud tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que sería una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia, y

iv) como afirma algún autor resulta inconciliable la idea de proceso colectivo (como el concursal) con ejecuciones singulares por créditos concursales (a tramitar en pieza separada), por lo que solo deber} admitirse los expresamente previstos en la ley y no otros.

En conclusión, y sin dejar de recordar que es una materia altamente controvertida, de la interpretación conjunta, sistemática y teleológica del art 8 en relación con el art 56 y 57 L C me inclino (en igual sentido que J.M^a Ribelles Arellano y Edorta Herrera, entre otros comentaristas) por la otra tesis que considera que el juez del concurso solo debe conocer de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva.

Además, hay una razón de orden procedimental que refuerza lo anterior. Si se considera competente el juez del concurso, dado que estamos hablando de ejecuciones de bienes no afectos, y por tanto no contemplados en el art 57LC, la aplicación estricta de las normas de la LC implican que esa pretensión se tramitaría por el incidente concursal del art 192 LC al no tener señalada en la ley otra tramitación, lo cual parece inconcebible y perjudicial para el titular de la garantía. Es evidente que el legislador no ha previsto esta hipótesis y ello puede ser bien porque se trate de supuestos que no tienen su encaje en el LC, continuando su conocimiento ante los Juzgados de Primera Instancia por los cauces procesales de la LEC bien como un patente olvido del legislador, que obligaría a forzar la ley y entender que el cauce es el del art 57 (previsto para los bienes afectos)": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

“ÚNICO Que el artículo 8.3º de la Ley Concursal, en línea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado». Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparente contradicción con el principio general del artículo 8.3º, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia del Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º, apartado segundo, así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia. En el presente caso no se discute que la concursada no ejerce actividad económica alguna y, en definitiva, que el bien hipotecado objeto de la ejecución no se halla afecto a una actividad empresarial o profesional. En consecuencia, debe declararse la falta de competencia objetiva de este Juzgado.”: Auto JM-2 Barcelona 24.05.2006 (AC

- 4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º

Art. 8.4º

1. Improcedencia de embargo preventivo por JPI

“TERCERO.- La resolución recurrida deniega el embargo preventivo porque la parte demandada ha sido declarada en concurso. Ha de mantenerse por las razones que constan en aquella.

Según consta en la exposición de motivos (III) de la Ley Concursal, uno de los efectos de la declaración del concurso es que no se pueden iniciar acciones individuales de carácter ejecutivo contra el patrimonio del concursado, o si están iniciadas, han de paralizarse, pues los acreedores se han de integrar en la masa pasiva del concurso

En este sentido, el art. 8 p 4 de la Ley Concursal establece que los jueces del concurso conocerán de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado. El art. 55 también establece que, declarado el concurso, no pueden iniciarse ejecuciones singulares judiciales contra el patrimonio del deudor. En la misma línea, el art. 568 LEC establece que no pueden continuar ejecuciones en caso de situaciones concursales. Por tanto, el recurso ha de ser desestimado.”:Auto AP Zaragoza 15.12.2005 (JUR 2006/79749)

- 5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita y, en concreto, las que le atribuye la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- 6.º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Artículo 9. Extensión de la jurisdicción.

La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Artículo 10. Competencia internacional y territorial.

1. La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél. Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso. Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso principal», tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo III del título IX de esta ley.

Art. 10.1

1. Centro de intereses principales de sociedad que pertenece a grupo

“En el supuesto de autos la parte solicitante advierte al Juzgado de la necesidad de que el procedimiento concursal sea declarado por los Juzgados mercantiles de Barcelona ya que, pese a encontrarse la sociedad domiciliada en Valladolid y tener en esa ciudad su centro de actividad principal, lo cierto es que Tracoinsa Servicios, SA está integrada dentro del grupo empresarial Tracoinsa, cuya empresa matriz, Transportes Continuos Interiores, SA, ha sido declarada en concurso voluntario por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona. Al amparo de los artículos 8, 9, 10.4 y 25 de la Ley Concursal, la sociedad instante del procedimiento solicita que el mismo sea declarado por el Juzgado que conoce del procedimiento de la sociedad matriz y, además, que se acumule la tramitación de ambos procedimientos por formar parte del mismo grupo de empresas.

Respecto de la competencia para la declaración de concurso el artículo 10 de la Ley Concursal establece que corresponde al Juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. En el inciso segundo del párrafo tercero se define el concepto de «centro de intereses principales» vinculado al lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En el supuesto de autos por los elementos que ofrece la parte solicitante este centro de intereses principales no coincide con el domicilio social de la entidad que reclama el concurso, dado que el domicilio social se encuentra en Valladolid, sin embargo, el centro principal de intereses se encuentra en El Papiol, domicilio social de Transportes Continuos Interiores, SA, declarada en concurso por este Juzgado el día 27 de octubre de 2004. En la página 9 de la solicitud la sociedad solicitante desgrana hasta siete argumentos que permiten considerar acreditado que es en el domicilio social de Transportes Continuos Interiores, SA donde se centraliza la actividad del grupo y donde se adoptan las decisiones estratégicas del grupo, que funciona con una dirección financiera única que se explicita no sólo en la coincidencia de administradores de ambas sociedades, sino también por la existencia de una única dirección financiera que hace que sea Transportes Continuos Interiores, SA quien acumule la práctica totalidad de la deuda financiera del grupo y que, además, una parte importantísima del pasivo de Tracoinsa Servicios, SA, sean deudas entre empresas del mismo grupo, fundamentalmente Transportes Continuos Interiores, SA, que acumula más de 3 millones del mencionado pasivo según la relación de acreedores facilitada por el solicitante en su escrito inicial.

Por lo tanto en el supuesto de Tracoinsa Servicios, SA el domicilio social y el domicilio de la unidad productiva principal de la empresa no coincide con el centro principal de intereses, debiendo, conforme al artículo 10 de la Ley Concursal, darse preferencia a los criterios de determinación de la competencia vinculados a ese centro de intereses, en vez de acudir a la mera atribución de la competencia territorial en base a la localización geográfica de la sociedad y su centro de producción.”: Auto JM-3 Barcelona 15.11.2004 (AC 2004/1896)

2. Desvirtuación de la presunción iuris tantum del art. 10.1.3º

“PRIMERO.- Es objeto de recurso de apelación el Auto de fecha 28 de marzo de 2005, por el que se declaró la falta de competencia internacional y territorial del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas, para conder de la solicitud de concurso voluntario, presentada por la representación procesal de “HAUS & HOBBY VERSAND, S.L..

Por la parte recurrente se efectúan alegaciones basadas en que no es determinable la existencia de un Centro de intereses principales en ningún país concreto de la Unión Europea, a pesar de que comercializa sus productos en varios de ellos, y en la imposibilidad de determinar qué país puede resultar competente para la presentación de la demanda, y qué ciudad de ese país, ya que no es un criterio establecido por ley, que se pueda declarar competente territorialmente el lugar donde haya más acreedores de la sociedad, ya que dichos acreedores o terceros no pueden acudir a un lugar donde aquélla ejerza de modo reconocible la administración de sus intereses. Por ello entiende que debe acudir al domicilio social de la empresa, por ser además una previsión establecida expresamente en la ley.

En el caso de autos dado que el art. 10 -1 -3º de la Ley Concursal establece una presunción iuris tantum, salvo prueba en contrario, y en el caso examinado, no cabe concluir que el centro de sus intereses principales se halle en el lugar del domicilio social (el despacho de un Abogado de Puerto del Rosario, este último), ya que de la documentación presentada por dicha sociedad resulta que no tiene su centro de intereses principales (definido legalmente como el lugar donde ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses) en España, sino en Alemania, ni tampoco cabe estimar el recurso al amparo del precepto contenido en el art. 10-3 L-C., relativo al caso en que dicho centro no se hallase en territorio español pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, ya que la sociedad, suiza, que ha venido realizando su actividad en varios países europeos mediante contrato de comisión con otra sociedad, alemana, de venta por correo (conforme a lo obrante en autos), no tiene en España un establecimiento en el sentido de que no ejerce en territorio español ninguna actividad económica con medios humanos y bienes; todos sus acreedores son extranjeros y domiciliados fuera de España; se halla demandada en cuarenta causas judiciales todas ellas fuera del territorio español, no teniendo tampoco bienes inmuebles, estando domiciliadas en Alemania sus cuentas bancarias, por todo lo cual, resulta que el centro de intereses principales está en Alemania, habiendo quedado destruida la presunción mencionada..”: Auto AP Las Palmas 26.10.2005 (JUR 2006/36060)

2. Si se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud.

3. Si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante.

Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso territorial», se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España. En el caso de que en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo IV del título IX de esta ley.

4. En los casos de solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

La misma regla se aplicará para determinar el juez competente para la tramitación de concursos acumulados.

Art 10.4

1. Concurso del grupo: centro de intereses principales de la sociedad dominante

“La Ley Concursal ha previsto específicamente esta situación, permitiendo que pueda obtenerse la declaración de concurso del grupo de empresas. No sólo en el mencionado art. 10.4 hay previsión, sino que también se encuentran reglas en los arts. 3.5, en cuanto a la legitimación del acreedor para solicitar la declaración de concurso de un grupo de sociedades, en el art. 6.2.2º cuando dispone la obligación de indicar si se pertenece a un grupo de empresas, en el 6.3.4º que exige la presentación de las cuentas e informe de gestión consolidados, en la previsión de acumulación de concursos del art. 25, en el caso del art. 28.2 respecto al nombramiento de administradores concursales en supuestos de concurso de grupos de sociedades, en el 28.3 para las incompatibilidades de los administradores, o en el art. 93.2.3º donde califica de personas especialmente relacionadas las integradas en un grupo de empresas.

Por lo tanto ha apostado por la posibilidad, hasta ahora inédita en nuestro derecho positivo, de que pueda declararse el concurso de un grupo de empresas o sociedades. Y como lo hace, regula las reglas de competencia territorial en ese caso, estableciendo con carácter imperativo, que la competencia corresponderá entonces al Juzgado de lo Mercantil donde radique el centro principal de sus intereses el deudor que sea sociedad dominante, si es que ésta solicita o se encuentra afectada por la declaración de concurso.

CUARTO El centro de intereses principal de Grupo Carneus, SA.- Aclarado que el precepto aplicable a este caso no es el art. 10.1 al que aluden los dos promotores de las declinatorias, sino el art. 10.4 de la LC hay que determinar si Grupo Carneus, SL en liquidación tiene su centro principal de intereses en su domicilio social de Getxo (Bizkaia) o como sostiene la representación de Cereales Gomez CB, que se adhirió a las declinatorias planteadas, en la provincia de León, donde se encuentran las explotaciones pecuarias algunas empresas del grupo de sociedades.

La LC considera centro de los intereses principales «el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses», lo que significa que es el lugar donde puede contactarse con él, se dispone de oficina abierta al público, actúa económicamente en el ámbito de su objeto social y en definitiva, se relaciona comercialmente con terceros. Hay que tener en cuenta, además, el ya citado art. 3.1 del Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, que dispone que en el caso de las personas jurídicas «se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social».

La representación de Cereales Gomez CB ha planteado acertadamente la cuestión al sostener que la presunción legal de que el centro de los intereses principales de la sociedad dominante se encuentra en su domicilio social se destruye ante la evidencia de que los principales activos del grupo se sitúan en León.

Como ya se ha dicho en el fundamento de derecho segundo, el art. 10.1 presume en su párrafo segundo que el centro de los intereses principales de una persona jurídica se encuentra en su domicilio social, aunque el Reglamento CE 1346/2000 permite prueba en contrario. La presunción legal quiere ser desmentida, aunque no se haya alegado directamente, por quienes defienden la falta de competencia territorial de este juzgado.

Respecto a lo que afirma Prodelesa, lo que haya manifestado en un periódico un representante de Enervisa puede tener alguna relevancia como indicio, pero incluso de ser cierto, es decir, que el único activo del grupo es tal entidad, no justificaría por sí sólo que el centro de los intereses principales de la sociedad dominante se encuentre en la provincia de León.

Los demás argumentos son ciertamente sólidos. La mayoría del pasivo está, indudablemente, ubicado en las empresas con sede en León, lo que significa que también muchos acreedores son de esa zona, y acceder al concurso les supondrá mayor dificultad si se tramita en este

territorio histórico que en aquella provincia. Por otro lado también la mayoría de los trabajadores se encuentran en aquella zona.

Pero tales circunstancias no son prueba suficiente que destruya la presunción legal, que sigue siendo aplicable. Por un lado, aunque el centro de los intereses principales de las sociedades leonesas se encuentre en aquella provincia, no ocurre otro tanto con las demás sociedades, ni en particular, con la cabecera del grupo. Así, la empresa Nicosia Trade, SA en Suspensión de Pagos, que no participa en este concurso pero está involucrada en el grupo de sociedades, tiene su domicilio social en Getxo (Bizkaia), la sociedad no afectada por el concurso, Logística Camponoble SLU, lo tiene en Vitoria (Álava), y Raciones Naturales SAU en Madrid. Por lo tanto existen varios lugares donde el grupo de sociedades tiene presencia.

Por otro lado Grupo Carneus, SA en liquidación, no consta que tenga el centro de sus intereses principales en lugar diferente a su sede social sita en Getxo (Bizkaia). Allí tiene oficina abierta al público, dispone de cinco empleados y dirige desde esa ubicación las empresas del grupo, a través de los respectivos administradores, en algún caso coincidentes. La diferencia de pasivos o de empleados se explica en que la dirección de un grupo de empresas no necesita de mayor infraestructura, y puede verificarse desde aquella localidad aunque puedan verse afectados por el objeto social de sus participadas, personas que residan en León, Álava, Madrid u otras zonas donde hay ganaderos u otros acreedores afectados por la declaración de concurso.

La presunción legal no se desvirtúa, en consecuencia, con las alegaciones de quienes discuten la competencia territorial, de manera que ante la falta de algún indicio que evidencie que el centro de los intereses principales de la sociedad dominante del grupo no se encuentre en Bizkaia, debe considerarse de aplicación el último inciso del primer párrafo del art. 10.4 de la LC, y por lo tanto, desestimarse las dos cuestiones de competencia territorial por declinatoria que se han formulado.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 15.11.2004 (AC 2004/1918)

5. El juez examinará de oficio su competencia y determinará si ésta se basa en el apartado 1 o en el apartado 3 de este artículo.

Art. 10.5

1. Falta de competencia internacional: España no es «centro de los intereses principales» ni existe establecimiento, actividad ni bienes en España, pese a hallarse en ésta el domicilio social

“PRIMERO El auto objeto del presente recurso declara la falta de competencia internacional del Juzgado de lo Mercantil para declarar y tramitar el concurso voluntario instado por Doña Sissy Verzendhuis, S.L, basándose en que dicha entidad no tiene su centro principal de intereses en España, ni tampoco tiene en este país un establecimiento, en el sentido de que no ejerce en territorio español ninguna actividad con medios humanos ni bienes (muebles o inmuebles), datos los anteriores, que se extraen del hecho de que todos sus acreedores son extranjeros y radicados fuera de España; no teniendo tampoco la entidad en cuestión bienes inmuebles ni ningún activo patrimonial en territorio español.

SEGUNDO El art. 10 de la Ley Concursal (competencia internacional y territorial) dispone que (...)

TERCERO Pues bien, partiendo del precepto transcrito y siendo una persona jurídica la solicitante del concurso, a efectos de determinar la competencia habrá que estar al lugar donde tiene el centro de sus intereses principales, centro que se presume según el apartado 2º del párrafo 1º de la citada norma que se halla en el lugar del domicilio social, por tanto y en lo que al caso de autos se refiere en Puerto del Rosario.

Ahora bien como ya dijera el auto de esta Sala de diecisiete de noviembre de dos mil cinco resolviendo un asunto sustancialmente idéntico al aquí planteado, la presunción que establece el artículo 10 «es una presunción iuris tantum, por lo que ha de ceder cuando puede determinarse que es otro el estado donde, pese al domicilio social, la entidad deudora tiene el centro de sus intereses principales». Y es esto precisamente lo que ocurre en el presente caso, en el que de la documental aportada cabe extraer que el «centro de los intereses principales» de la solicitante, y por tanto el lugar donde desarrolla de modo habitual su actividad es en Alemania y Bélgica. A tal efecto basta observar que es en dichos países donde se encuentran sus acreedores a excepción hecha de dos -Münzer & Asociados y Zeus Versand S.L- que curiosamente tienen su domicilio en el mismo lugar que la recurrente. Por otra parte tampoco consta que la recurrente tenga en España su activo patrimonial, resultando relevante, tal y como resulta del inventario de bienes y derechos aportado, que es en Alemania donde la sociedad desarrolla el grueso de la actividad que constituye su objeto social y por tanto el lugar donde tiene sus intereses económicos prueba de lo cual es que en dicho lugar donde dispone de sus activos patrimoniales -devoluciones del IVA, excedentes de pago a proveedores y saldo acreedores con bancos-, de modo habrá de entenderse que es en Alemania donde ejerce de modo habitual se encuentra la administración de sus intereses. Pero es que, si no fuera en Alemania, el centro de intereses habría de entenderse que lo tiene en Bélgica, en Kinrooi; lugar donde se concertaron los servicios de publicidad y suministro de catálogos para el desarrollo de su objeto social y donde además tiene

su residencia la actual administradora, Doña Araceli, tal y como resulta del poder y del propio informe por ella presentado.”: SAP LAS PALMAS 1-12-2005 (AC 2006/108)

“**PRIMERO** Es objeto de recurso de apelación el Auto de fecha 4 de mayo de 2005, por el que se declaró la falta de competencia internacional y territorial del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas, para conocer de la solicitud de concurso voluntario, presentada por la representación procesal de «Vergiss. Mein Nicht Versand, SL».

Por la parte recurrente se efectúan alegaciones basadas en que no es determinable la existencia de un Centro de intereses principales en ningún país concreto de la Unión Europea, a pesar de que comercializa sus productos en varios de ellos, y en la imposibilidad de determinar qué país puede resultar competente para la presentación de la demanda, y qué ciudad de ese país, ya que no es un criterio establecido por Ley, que se pueda declarar competente territorialmente el lugar donde haya más acreedores de la sociedad, ya que dichos acreedores o terceros no pueden acudir a un lugar donde aquélla ejerza de modo reconocible la administración de sus intereses. Por ello entiende que debe acudirse al domicilio social de la empresa, por ser además una previsión establecida expresamente en la Ley.

En el caso de autos dado que el art. 10 ?1 ?3º de la Ley Concursal establece una presunción iuris tantum, salvo prueba en contrario, y en el caso examinado, no cabe concluir que el centro de sus intereses principales se halle en el lugar del domicilio social (el despacho de un Abogado de Puerto del Rosario, este último), ya que de la documentación presentada por dicha sociedad resulta que no tiene su centro de intereses principales (definido legalmente como el lugar donde ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses) en España, sino en Alemania, ni tampoco cabe estimar el recurso al amparo del precepto contenido en el art. 10-3 L-C., relativo al caso en que dicho centro no se hallase en territorio español pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, ya que la sociedad, suiza, que ha venido realizando su actividad en varios países europeos mediante contrato de comisión con otra sociedad, alemana, de venta por correo (conforme a lo obrante en autos), no tiene en España un establecimiento en el sentido de que no ejerce en territorio español ninguna actividad económica con medios humanos y bienes; todos sus acreedores son extranjeros y domiciliados fuera de España; se halla demandada en cuarenta causas judiciales todas ellas fuera del territorio español, no teniendo tampoco bienes inmuebles, estando domiciliadas en Alemania sus cuentas bancarias, por todo lo cual, resulta que el centro de intereses principales está en Alemania, habiendo quedado destruida la presunción mencionada, aplicando el criterio ya mantenido por esta Sección en recurso análogos (Auto de 26-10-05, Rº-546/2005 [PROV 2006\ 36060])”: Auto AP Las Palmas 04.05.2006 (JUR XXX)

Artículo 11. Alcance internacional de la jurisdicción.

En el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso.

Artículo 12. Declinatoria.

1. El deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 10 días desde la última de las publicaciones ordenadas en el apartado 1 del artículo 23.
2. La interposición de declinatoria, en la que el promotor estará obligado a indicar cuál es el órgano competente para conocer el concurso, no suspenderá el procedimiento concursal. En ningún caso se pronunciará el juez sobre la oposición del concursado sin que previa audiencia del Ministerio Fiscal haya resuelto la cuestión de competencia planteada. En caso de que estime la cuestión de competencia, deberá inhibirse a favor del órgano al que corresponda la competencia, con emplazamiento de las partes y remisión de lo actuado.
3. Todo lo actuado en el concurso será válido aunque se estime la declinatoria.

SECCIÓN 2 - DE LA PROVISIÓN SOBRE LA SOLICITUD

Artículo 13. Plazo para proveer.

1. En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a los artículos 14 ó 15.

Si la solicitud se refiere a una entidad de crédito o a una empresa de servicios de inversión, el juez, al tiempo de proveer sobre ella, la comunicará al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y solicitará la relación de los sistemas de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados a los que pertenezca la entidad afectada y la denominación y domicilio de su gestor, en los términos previstos en la legislación especial aplicable.

El juez también comunicará la solicitud a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones si se refiere a una entidad aseguradora; al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, si se refiere a una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores si se refiere a una sociedad que tenga emitidos valores o instrumentos financieros negociados en un mercado secundario oficial.

2. Si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días.

Justificado o subsanado dentro del plazo, el juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil proveerá conforme a los artículos 14 ó 15. En otro caso, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición.

1. No admisión de la solicitud de concurso voluntario por no subsanación de la falta o defectos en la documentación

1.1 No se aporta ninguno de los documentos del art. 6 ni se intenta suplir su falta

“**PRIMERO** Establece el artículo 13.2 de la Ley Concursal que si el solicitante de un concurso no justificase o subsanase los defectos apreciados en la solicitud dentro del plazo judicialmente señalado, se dictará auto declarando no haber lugar a la admisión de la solicitud.

En el presente caso se requirió a la solicitante por Providencia de fecha veinticinco de noviembre de 2004 para que en el plazo de cinco días subsanase los defectos apreciados en la documentación aportada con su solicitud. En concreto, la falta de la aportación de la documentación establecida en el artículo 6 de la Ley Concursal, donde se recogen los documentos a acompañar con la solicitud de concurso voluntario.

A tal efecto, la solicitante presentó escrito en el que realizaba alegaciones con las que trataba de justificar la falta de la referida presentación.

SEGUNDO Si bien es cierto que el apartado 5 del artículo 6 de la Ley Concursal prevé la falta de presentación de la documentación recogida en apartado 2 del mismo precepto, exigiendo, en tal caso, que el deudor exprese en la solicitud la causa que lo motive, dicha posibilidad ha de ser interpretada prudencialmente. En efecto, tal previsión debe analizarse coordinadamente con la necesaria justificación documental de la situación de insolvencia, especialmente en un supuesto como el que nos ocupa, por tratarse de un concurso de carácter voluntario, en el que sin contradicción y sobre la base de la documentación aportada por el propio deudor, se ha de realizar un juicio, no provisional, sino de carácter definitivo, sobre la situación de solvencia o no del solicitante. Téngase en cuenta que la finalidad de la exigencia de aportar esta documentación y de la necesaria subsanación prevista en el artículo 13, se colige del artículo 14, donde al ocuparse de la provisión de la solicitud de concurso voluntario, establece que se dictará auto declarando el concurso cuando de la que de la documentación aportada, valorada en su conjunto, resulte que el deudor se encuentra en situación de insolvencia, que se concreta en alguno de los hechos previstos en el apartado cuatro del artículo 2 o en otros que lo acrediten.

Conciliar ambas exigencias impide que sin base documental alguna acreditativa de la situación patrimonial del solicitante se pueda no ya declarar el concurso sino, con carácter previo, admitir a trámite la propia solicitud, puesto que, concluir lo contrario, permitiría abrir el procedimiento concursal, que no tiene regreso, sin conocimiento de la situación patrimonial del solicitante por falta de acreditación documental de la misma, con el riesgo de que posteriormente conste en autos ésta, cuando no haya posibilidad de modificar la declaración de concurso, y se aprecie que no se encuentra en situación de insolvencia.

Sentado lo anterior, ha de partirse de que junto a la situación de concurso voluntario presentada, no se ha acompañado ninguno de los documentos exigidos por el artículo 6 de la Ley Concursal. Es más, ni siquiera se han elaborado los posibles con la información con la que cuenta el solicitante. Si bien las explicaciones alegadas por la Procuradora podrían servir de justificación de la falta de aportación de la información contable, la falta de presentación del resto de los documentos recogidos en el artículo 6.2 no se ha justificado puesto que la solicitante, cuanto menos, tendría que haberlos elaborado con la información con la que cuenta, sin que las explicaciones dadas sirvan de justificación de su falta de presentación. De este modo, no se ha justificado la falta de elaboración del resto de los documentos, que han de ser independientes entre sí y, a su vez, con la solicitud, y que deben ser redactados de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 6.2 antes señalado. Es más, ni siquiera en la solicitud se expresa si el estado de insolvencia es actual inminente.

La aportación de estos documentos habría sido la única vía posible para acreditar la situación de insolvencia del solicitante y para, en consecuencia, supera la admisión tácita del artículo 13, poder entrar en el análisis de su situación patrimonial y de la concurrencia de alguno de los hechos previstos en el apartado cuatro del artículo dos o de otros que acrediten la situación de insolvencia. Por ello, y mediante una interpretación finalista de los artículos 6 y 13, se concluye la inadmisión de la solicitud de concurso por la falta de presentación de la documentación exigida y de la debida justificación de su no presentación en el plazo en el que fue requerido para ello.”: Auto Juzgado de Primera Instancia 10 de Santander de 13.12.2004 (AC 2004/2076)

1.2 Irregularidades contables y no aportación de las cuentas anuales

“**PRIMERO** Examinada de oficio la jurisdicción y competencia de este Juzgado de conformidad con lo dispuesto en los arts 8 a 10 LC, aquí concurrentes, la solicitud de declaración de concurso debe reunir los requisitos previstos en el artículo 6 y acompañarse de los documentos que el mismo establece, siendo un deber no meramente formal, pues debe suministrar al juzgador la información económica precisa para que pueda efectuar el control sobre el presupuesto objetivo de concurso que impone el artículo 14, además de tener relevancia por ejemplo a la hora de la fijación de la retribución de los administradores concursales, en caso de admisión.

En el caso presente fueron puestas de manifiesto varias irregularidades o defectos a la parte para que los subsanara o justificara con arreglo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley Concursal)

En primer lugar, la Ley impone que se acompañe el inventario de bienes y derechos, y respecto de estos últimos se requirió que se aportará una relación ordenada alfabéticamente de créditos exigibles por la sociedad, con indicación del importe reclamable al ser imprescindible para establecer cuál es el activo con que cuenta el solicitante. Y ello porque lo que se aportó con la solicitud inicial fue un «listado de clientes» que arrojaba un saldo global de 19.203,95 euros, sin más explicaciones.

En el traslado conferido se intenta justificar esa falta por problemas en el sistema informático, pero ello es una excusa insuficiente cuando existen otras posibilidades, como la comprobación contable con los soportes de papel o con los libros de contabilidad, y sobre todo cuando se aprecia un considerable desfase entre los 19.203,95 € que aparecen en el citado «listado» aportado como anexo al inventario documento número 8) y los 57.447,47 euros que figuran como activo circulante (deudores) en el balance abreviado de 2003, que se acompaña por fotocopia como anexo a la Memoria (documento número 7), sin perjuicio de más adelante se dirá sobre tal balance.

No se explica en la Memoria del año 2004 (documento número 10) este cambio significativo operado con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, sin perjuicio de lo que después digamos sobre este último extremo. Y consideramos que la información aportada es claramente insuficiente y no cumple con las exigencias del artículo 6 de Ley, máxime cuando tampoco se aclara la discrepancia de la suma que figura en el «listado» que recordemos asciende a 19.203,95 euros con los 11.010,19 euros que se contabilizan en el activo como deudores, según balance de situación posterior al cierre del ejercicio 2003 (documentos número 11).

SEGUNDO Si lo anterior ya justificaría el rechazo de la solicitud, hay que añadir que no se cumplimentó tampoco la aportación documental prevista en el artículo 6.3.1º ya que no se aportan debidamente y en forma las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, sin que pueda ser atendida como bastante la justificación expuesta en el escrito de tres de noviembre, dado que al tratarse de documentos que se depositan en un registro público, al margen de la forma en que se remitan al mismo (mediante disquete, papel, o telemáticamente) el interesado debe aportar con su solicitud copia certificada o autenticada de las cuentas anuales (artículo 268 de la Ley procesal civil aplicable supletoriamente) y no meras fotocopias, sin que exista certeza alguna si han sido o no, y en su caso, si son estas, las presentadas para su depósito en el Registro Mercantil. Y sobre todo si atendemos a que las fotocopias aportadas en ellas únicamente figura una rúbrica, sin identificación alguna, en el balance de abreviado y cuenta de pérdidas y ganancias abreviado del ejercicio 2003, y sin firma ni rúbrica en la memoria de ese ejercicio ni en los documentos que forman las cuentas anuales del ejercicio 2002 ni del ejercicio 2001.

Y esta falta de documentación fehaciente se pone aún más relieve y deviene insubsanable cuando no se explica, además de lo dicho anteriormente sobre el activo circulante (deudores de la sociedad) y en lo tocante al pasivo exigible, como el balance abreviado del ejercicio 2003 asciende a 50.707,10 euros (documento anexo a la memoria aportada como doc número 7) mientras que en el balance de situación posterior al cierre del año 2003 (documento número 11) figuran como acreedores 49.516,34 euros, que tampoco coinciden con la suma total de los diferentes acreedores que aparecen en la relación de acreedores que como documento número

9 se acompaña con la solicitud inicial, por cuanto los importes por créditos laborales superan con creces dichas sumas (acreedores núm. 3, 20 y 27), que respectivamente figuran con unos créditos a su favor de 63.644,74 €, 63.604 4,74 € y 17.660,44 euros.

En definitiva, no se aporta en forma la documentación exigida que debe suministrar una información económica detallada y veraz, como ya pusiera de manifiesto la doctrina jurisprudencia! al tratar de la documentación que debía acompañarse a la petición de quiebra (SSTS 11 mayo 1985 [RJ 1985, 2268] y 12 mayo 1986) y que es imprescindible para realizar el juicio de admisibilidad previsto en el 14 de la Ley concursal, por lo que al no ser subsanado ni justificado en forma procede no haber lugar a la admisión de la solicitud, sin necesidad de examinar las restantes deficiencias observadas ”: Auto JM-1 Alicante 8.11.2004 (JUR 2005/43658)

1.3 Defectos no subsanados en la Memoria, Inventario y Lista de acreedores

“Examinada de oficio la jurisdicción y competencia de este Juzgado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 8 al 0 LC, aquí concurrentes, la solicitud de declaración de concurso debe reunir los requisitos previstos en el artículo 6 y acompañarse de los documentos que el mismo establece, siendo un deber no meramente formal, pues debe suministrar al juzgador la información económica precisa para que pueda efectuar el control sobre el presupuesto objetivo de concurso que impone el artículo 14, además de tener relevancia por ejemplo a la hora de la fijación de la retribución de los administradores concursales, en caso de admisión.

En el caso presente fueron puestas de manifiesto varias irregularidades o defectos a la parte para que los subsanara o justificara con arreglo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley Concursal.

En primer lugar, se interesó que se completase la memoria y si bien de forma escueta y abstracta se viene a decir a que se dedica la empresa en los tres últimos años, y que no tiene establecimientos y la oficina donde realiza los servicios estaba arrendada, no se aclara si permanece o no arrendada y abierta y ninguna referencia hay a las propuestas sobre viabilidad patrimonial que de forma preceptiva forma parte de la memoria (ad 6.2.1 LC), sin que conste interesada la liquidación.

Mucha mayor trascendencia tienen los defectos observados en relación al inventario y la lista de acreedores. La Ley impone que se acompañe el inventario de bienes y derechos, y respecto de estos últimos se requirió que se aportará una relación ordenada alfabéticamente de créditos exigibles por la sociedad, con indicación del importe reclamable al ser imprescindible para establecer cuál es el activo con que cuenta el solicitante. Y ello porque lo que se aportó con la solicitud inicial fue un «listado de facturas pendientes de cobro hasta el 31/10/04» que arrojaba un saldo global de 100.954,65 euros, sin más explicaciones. Y al cumplimentar el traslado sigue sin aportar un inventario de bienes y derechos en forma, limitándose a decir que no tiene bienes de ninguna clase, lo cual no es habitual sin que aclare qué tipo de relación tenía con la empresa titular del material de oficina imprescindible empleado (si había algún contrato de arrendamiento o de otro tipo, o formaba parte del mismo grupo...) y respecto de los derechos a su favor, no se explica si solo son las relacionadas en ese «listado», que debe realizarse de forma que conste el importe a reclamar junto con sus datos de identificación y si es crédito vencido o la fecha de reclamación, y sobre todo no se aclara porqué se limita a los pendientes de cobro al 31/10/2004 cuando el concurso se solicita el 26 de noviembre.

Y finalmente en cuanto a la relación de acreedores tampoco se aporta como tal sino que se limita a un listado en el que no figuraban los datos mínimos de identificación, que han sido subsanados, pero sin elaborar propiamente una relación independiente y completa al no determinarse el vencimiento de los créditos, si hay garantías o no constituidas y demás datos legalmente exigidos y lo que es mas importante, se afirma en el escrito de subsanación que también son acreedores los trabajadores de la empresa, que no se relacionan ni se especifica el importe adeudado a cada uno y si ha sido o no objeto de reclamación judicial, sin que pueda servir para ello adjuntar un «resumen de nominas de la empresa» que no identifica el domicilio y demás datos de localización de los trabajadores, ni los datos esenciales de su crédito, sin que pueda tenerse certeza a cuanto asciende el pasivo total, constanding, además entre otros deudores, la Seguridad Social con un importe de 116.099,17 euros en la relación y se acompaña una certificación de deuda de 104.087, 40 euros sin que se explique la diferencia.

SEGUNDO Y lo anterior deviene especialmente trascendental si lo ponemos en relación con las deficiencias en la definición del activo y la propia manifestación del solicitante que en su memoria expone que la situación económica de la sociedad era muy distinta a la que reflejaba en las cuentas anuales, que impone, por ende, que la formación de los documentos del art. 6 LC se efectúe de forma cuidadosa y completa; notas que no se pueden predicar de los presentados ya que no se aporta en forma la documentación exigida que debe suministrar una información económica detallada y veraz, como ya pusiera de manifiesto la doctrina jurisprudencia) al tratar de la documentación que debía acompañarse a la petición de quiebra (SSTS 11 mayo 1985 [RJ 1985, 2268] y 12 mayo 1986) y que es imprescindible para realizar el juicio de admisibilidad previsto en el 14 de la Ley concursal, por lo que al no ser subsanado ni justificado en forma

procede no haber lugar a la admisión de la solicitud ”: Auto JM-1 Alicante 13.01.2005 (JUR 2005/54041)

2. Contra el auto de inadmisión a trámite, tanto del concurso voluntario como del necesario, sólo cabe reposición, no apelación

“Se entendió que la previsión expresa de que contra el auto no admitiendo (a trámite) la solicitud de concurso necesario (art. 13.2 in fine de la Ley Concursal) y contra el auto desestimando la solicitud de concurso voluntario (art. 14.3 de la Ley Concursal) cabe el recurso de reposición, cuando conforme al régimen del art. 197.2 de la Ley Concursal dicho recurso cabría si no hubiera previsión expresa alguna, es para dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, pese al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que contra los autos definitivos, que ponen fin al litigio en una instancia, cabe el de apelación –art. 455.1 en relación al 207.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, sin que el adverbio “sólo” del art. 14.3, que no existe en el art. 13.2, tenga trascendencia. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2.1 Caso de inadmisión a trámite de concurso necesario

“**ÚNICO** El Juzgado mercantil inadmitió la solicitud de concurso necesario de la Sociedad Mayor Carnes Puigbo, SA, porque la instante del concurso (Explotaciones Ganaderas del Solsones, S.L) aducía comparecer como titular de un crédito que ya había cedido, y por lo tanto no justificaba su legitimación activa. Ante la inadmisión del recurso de apelación frente al auto de inadmisión de la solicitud de concurso, se interpone recurso de queja.

Así como el art. 14.3 LC prevé expresamente que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso a instancia del deudor sólo cabrá recurso de reposición, la Ley concursal no contiene ninguna mención expresa cuando la solicitud de concurso inadmitida proviene del resto de los legitimados, distintos del deudor. Pero ello no justifica la aplicación del art. 455.1 LECiv para admitir el recurso de apelación, por tratarse de una resolución que pone fin al procedimiento, porque las normas de la Ley de enjuiciamiento civil sólo resultan de aplicación al concurso en lo no previsto en la Ley concursal (disposición final quinta Ley 22/2003, de 9 de julio), y esta Ley contiene una normativa general sobre recursos adecuada para estos casos.

El art. 197.2 LC dispone que contra los autos del Juez del concurso cabe recurso de reposición, siempre que la propia Ley concursal no excluya todo recurso o no se otorgue otro distinto, que es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado. Por lo tanto, en este caso, tendremos que aplicar la regla general contenida en el art. 197.2 LC, y entender que este auto por el que se inadmite la solicitud de concurso es susceptible de recurso de reposición. Esta solución es coherente con la previsión contenida en el art. 13.2.II LC, según la cual el auto de inadmisión por la no subsanación o justificación de los defectos advertidos, en el plazo concedido por el juez, es susceptible de recurso de reposición. Y el art. 197.3 LC expresamente niega la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición, permitiendo únicamente reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Esto último no ocurrirá nunca en casos como el presente, pues como la resolución recurrida en reposición es la inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, no habrá ninguna posibilidad de posteriores recursos de apelación donde reproducir la cuestión controvertida en la reposición.

A esta misma solución contribuye una interpretación sistemática de la Ley concursal, pues si en caso de inadmisión de concurso a instancia del deudor (voluntario), el art. 14.3 LC sólo admite recurso de reposición, sin que sea posible apelar el auto que resuelve la reposición, en caso de inadmisión de la solicitud de concurso a instancia los demás legitimados distintos del deudor (necesario), en que también cabe recurso de reposición, tiene sentido que tampoco se admita un posterior recurso de apelación.

La razón de ser de esta restricción en el régimen de recursos radica en la posibilidad de volver a reproducir la solicitud de concurso una vez subsanado el defecto que motivó su inadmisión. En este caso, cabría volver a instar el concurso del mismo deudor justificando la existencia del crédito a favor del instante, además del resto de los requisitos previstos en el art. 7 y concordantes de la Ley concursal. De hecho el ámbito de eficacia de cosa juzgada del auto de inadmisión es muy reducido, ciñéndose a lo que fue objeto de decisión, y en concreto a que el crédito invocado para justificar la legitimación del instante del concurso era insuficiente, pues el propio instante reconocía haberlo cedido y no ser en la actualidad titular del mismo.”: Auto AP Barcelona (Sección 15) 17.02.2005 (JUR 2005/126055)

“**PRIMERO** Se recurre en queja por la representación procesal de DON Gabino el Auto del Juzgado de lo Mercantil de fecha 8 de abril de 2005, cuya parte dispositiva se recoge en los antecedentes de hecho de la presente resolución, articulando su recurso en la alegación de que resulta improcedente el rechazo de la preparación del recurso de apelación intentado por el recurrente, ya que, a su juicio, el tenor literal del artículo 13 de la Ley 22/2003, de 9 de julio,

Concursal, no permite excluir el recurso de apelación, a diferencia de lo ocurre con el artículo 14-3 del mismo texto legal, y que conforme al artículo 24 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 debe interpretarse restrictivamente cualquier norma restrictiva (sic) de derechos.

SEGUNDO La queja no puede ser acogida, pues al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, y, en el presente caso el artículo 197.2 de la Ley Concursal dispone que «Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto» y el artículo 197.3 añade que «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días», todo ello en consonancia con lo declarado en la exposición de motivos de la Ley especial en el que se expresa que el legislador ha optado por limitar el número de recursos en aras a la celeridad del procedimiento.

El legislador, en el artículo 13 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal no ha previsto otro recurso contra la decisión por la que el Juez del Concurso declare no haber lugar a admitir a trámite la solicitud de concurso necesario que el de reposición, sin que, por otra parte, se otorgue a las partes otro distinto medio de impugnación.

TERCERO En definitiva, la decisión de la Juez de lo mercantil, no teniendo por preparado el recurso de apelación interpuesto por DON Gabino, debe considerarse plenamente ajustada a Derecho, puesto que, como se ha dicho, las partes no pueden a su libre albedrío impugnar una resolución, fuera de los cauces legales previstos, promoviendo un nuevo recurso no previsto por la Ley contra una concreta resolución.”: Auto AP Madrid 10.10.2005 (AC 2005\2122)

2.2 Caso de inadmisión a trámite de concurso voluntario por no subsanación de defectos en la solicitud

“PRIMERO.- Se plantea en el presente recurso de queja una cuestión ciertamente novedosa y de no sencilla resolución con carácter unívoco. La interpretación del Art. 13-2 in fine de la Ley Concursal 23/03 de 9 de julio. Es decir, si frente a la resolución del juez del concurso declarando no haber lugar a admitir a trámite la solicitud del mismo por no haber subsanado el peticionario los defectos de la solicitud inicial, cabe o no recurso de apelación, subsiguiente al de reposición.

SEGUNDO.- El precepto estudiado (art. 13-2) expresamente señala que si no se subsanan los defectos advertidos por el juzgador en la solicitud del concurso, “...dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición”. Por lo tanto nada dice sobre una posible apelación. Este nos remitirá al régimen general de los recursos, recogido expresamente en el art. 197 L.C. De su tenor nos interesan los puntos “2” y “3”. Así dicen: “2.Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”.

”3.-Contra los autos en cuestión de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.”

TERCERO.- Establece la L.C. un sistema de recursos que tiene por finalidad la de limitar la profusión de los mismos, que entorpecería la dinamicidad que se pretende para el concurso de acreedores y que es fruto de una reacción frente a la práctica forense de las quiebras, inacabables en el tiempo, inútiles económicamente e inabarcables procesalmente. Pero, además, se pretende - también en sintonía con la moderna legislación procesal: art. 454 L.E.C.- reducir la segunda instancia autónoma para cualquier decisión del juez concursal que fuera recurrible en reposición. También el desarrollo forense del proceso de quiebra ha hecho reaccionar al legislador.

No era infrecuente (es más, era lo frecuente) que a las Audiencias llegasen recursos de apelación sobre los infinitos incidentes e incidencias procesales de que era susceptible la quiebra y que lo hiciera de forma “inconexa”; es decir, sin que se tuviera en el tribunal “ad quem” una visión general de los efectos que la resolución pudiera producir en el conjunto del procedimiento universal, del que sólo se conocían aspectos muy parciales y fragmentados, en atención a esa recurribilidad inmediata y generalizada. Por esto, ahora sólo cabe apelación contra resoluciones que abarcan al conjunto general de una gran fase del concurso (las que aprueban el convenio o las que se dictan en fase de ejecución) y allí podrá examinarse la decisión intermedia que en su momento fue recurrida en reposición y oportunamente protestada la desestimación de éste.

CUARTO.- Ahora bien, esta restricción de las apelaciones autónomas frente a resoluciones que no concluyen una fase trascendental o congregadora de todo un elenco de actividades concursales, no tiene sentido cuando se refiere a los autos judiciales iniciales de admisión o inadmisión a trámite de la petición de apertura del concurso. En terminología de la ley de

enjuiciamiento estaríamos ante un “auto definitivo” (art. 207) y, por ende, susceptible de apelación (art. 455). La reposición en estos supuestos es de eficacia prácticamente inane, pues el juez a quo ya ha meditado, cuando así resuelve, las razones de su decisión contraria a la admisión a trámite del concurso.

Sin embargo, pese a ello el Art. 14-3 L.C. es contundente: “contra el auto desestimando la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición”. Mayor claridad no cabe. Por el contrario, el Art. 13-2 (que es el que nos ocupa) tiene dicción similar, pero no igual, pues obvia el adverbio “sólo”, cuando dice que “Esta resolución (de inadmisión de la solicitud de concurso) será susceptible de recurso de reposición”.

QUINTO.- ¿Qué quiere decir ésto? Si se hubiera querido aceptar, además, la apelación bien se podría haber actuado como en el supuesto del art. 20, es decir, diciendo expresamente que era apelable. De no decir nada, el régimen del Art. 13-2 hubiese sido el genérico de los recursos, por tanto, el del art. 197 L.C. Y en este supuesto, una interpretación literal del mismo nos conduciría a que dicho auto sólo será recurrible en reposición y no en apelación, pues la inadmisión a trámite no está en ninguno de los supuestos contemplados en los puntos 3 y 4 del citado art. 197 L.C. Por lo tanto, nada nuevo ni especial añade la última frase del Art. 13; pues la reposición ya procedía con la regla general del art. 197-2.

SEXTO.- ¿Se olvidó el legislador el adverbio “sólo” en esa frase? No parece ser otra la explicación, pues si resulta “inapelable” la decisión judicial sobre el contenido de la petición de concurso (que consiste esencialmente en si hay o no la insolvencia a que se contrae el art. 2 L.C.), con mayor motivo ha de ser “inapelable” la decisión sobre extremos formales o periféricos de la solicitud de declaración de concurso.

Esta parece -a juicio de este tribunal- la interpretación más adecuada del contenido de art. 13-2. La exégesis doctrinal favorable a la “apelabilidad” de las resoluciones dictadas al amparo del art. 13 se funda en la máxima “Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda”. No obstante, este argumento tan antiguo como nuevo (pues también se ha desarrollado en la hermenéutica del Art. 24 C.E. en el denominado “derechos a los recursos”), se abstrae y olvida la necesaria “integración” que toda norma ha de tener en el conjunto de preceptos en el que ha de desarrollar su eficacia, a fin de evitar que constituya una nota estrambótica en lo que debe ser un conjunto de reglas jurídicas con un ensamblaje armonioso. Es la denominada interpretación “sistemática”.

SEPTIMO.- Por ello esta Sala, aún admitiendo lo dudoso de la cuestión, considera no justificada la queja planteada, que debe de ser rechazada. Sin perjuicio de una revisión de esta tesis si se llegara a una línea interpretativa generalizada de signo contrario.”: Auto AP Zaragoza 26.09.2005 (JUR 2005/223763)

Artículo 14. Provisión sobre la solicitud del deudor.

1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor.

Art. 14.1

1. Sobre la comprobación del presupuesto objetivo

“En el caso de concurso voluntario, el deudor deberá, en su solicitud, “justificar” su endeudamiento y su estado de insolvencia, actual o inminente, es decir, que tales extremos resulten de la memoria, el inventario, la relación de acreedores y, en su caso, de la contabilidad, sin que sea exigible la prueba de cada una de las deudas contenidas en tal relación. Bastaría, pues, la declaración “confesoria” de la insolvencia hecha por el deudor en su solicitud, pues es un hecho que le perjudica –art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, salvo que de la documentación aportada, o de otros extremos de su solicitud, resulte lo contrario –no está de más recordar que conforme al art. artículo 261 del Código Penal, titulado “falsedad documental contable”, “el que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses”-. Pero hay que tener también claro que no basta la “voluntad” de ser declarado en concurso, es precisa la concurrencia del presupuesto objetivo, la insolvencia actual o inminente. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 5)

2. Insolvencia probada. Desbalance

“Tal y como exige el artículo 14 de la LC, cuando la solicitud la hubiera presentado el deudor el Juez ha de dictar el auto en el que se declare el concurso cuando de la documentación aportada resulta -de su apreciación en conjunto- la existencia de alguno de los hechos que acreditan la insolvencia alegada por el deudor. En este caso el deudor reconoce que su situación de

insolvencia, aporta una relación de acreedores en la que consta un pasivo total de 163.750,14 €, de los que en su parte fundamental se corresponde con créditos laborales y de la Hacienda Pública y la Tesorería de la Seguridad Social, con un activo declarado ligeramente superior a los 7.000 €. Estas circunstancias unidas a los hechos referidos en la memoria permiten considerar acreditado el presupuesto objetivo del concurso, es decir, la situación de insolvencia del deudor.”: Auto JM-3 Barcelona de 29-12-2004 (AC 2005/161)

3. Insolvencia no probada. Socios acreedores

“**PRIMERO** Se promueve por el Procurador Sra. Iniesta Sabater en nombre y representación de su mandante Selene Park, SL, en Liquidación demanda en solicitud de declaración de concurso voluntario de su mandante por mor de su situación actual derivada de las circunstancias concurrentes de las que da razón en la Memoria aportada.

SEGUNDO Establece el artículo 14 de la Ley Concursal que «cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor», habilitando el número 2 del mismo precepto un trámite de subsanación para el caso de apreciación de inicial insuficiencia de la justificación eventualmente aportada, supuesto del que precisamente se ha venido a hacer recurso en el seno de las presentes actuaciones, con el resultado que consta en los autos, habiendo venido presentados sendos escritos donde la parte acompaña certificación registral comprensiva del historial tabular de la mercantil así como indicación del único procedimiento promovido por un único acreedor que ha dado lugar a la formación de los autos num. 1057/04 del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Valencia, si bien ni siquiera se identifica al demandante en dicho procedimiento.

TERCERO Que no resulta del propio decurso fáctico que efectúa la actora en su escrito de demanda así como de la justificación complementaria que ha venido -deficientemente- aportada a instancias del Juzgado, la concurrencia de los elementos que conforman presupuesto objetivo de la declaración de concurso «ex» artículo 2 de la Ley Concursal. Así, y como resulta de la propia manifestación del aquí actor:

-Ciertamente no podemos entender que concurra el supuesto del ordinal 4º del número 4 del artículo 2, toda vez que los sueldos y salarios que se dicen pendientes son precisamente aquellos devengados por los socios liquidadores (antes administradores).

-Igualmente, y amén de la mención relativa al crédito del avalista que se cita Mediterránea de Medios, SL, son los liquidadores (antes administradores) precisamente los mayores acreedores de la mercantil por concepto de préstamos.

-Según explícita manifestación de la actora requerida al efecto por el Juzgado, sólo existe una reclamación de un pretendido acreedor que ha instado acciones judiciales. Aunque la parte no aporta el dato, el demandante en los autos tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 es la mercantil La Garaña, SL, en reclamación de un crédito de 14.628 euros, y sin embargo el demandante de la declaración de concurso precisamente no incluye a tal como acreedor.

-La mercantil se constituye en el año 2001 y según propia manifestación, desenvuelve actividad de servicios para un solo cliente y ante el impago generalizado de sus obligaciones dinerarias por éste, se han entablado varios procesos cambiarios en reclamación de importantes sumas dinerarias. No se da razón del estado de tales procesos, en alguno de los cuales, razonablemente, ya ha debido venir dictada resolución definitiva (auto despachando ejecución o sentencia en caso de oposición).

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren podido incurrir los administradores (hoy liquidadores) antes terceros acreedores, es procedente instar la ulterior liquidación de la mercantil en tanto que no ha lugar a la declaración de concurso pretendida.”: Auto JM-1 Valencia de 23-12-2004 (AC 2004/2125)

4. Insolvencia probada. Sobreseimiento general. Falta de medios de pago

“Habiendo sido presentada la solicitud por el deudor, conforme al artículo 14, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de algunos de los hechos previstos en el artículo 2.4, u otros que acrediten la insolvencia actual alegada por el deudor. En este caso, es procedente, con arreglo a dicho precepto, la declaración de CONCURSO VOLUNTARIO del deudor, la entidad mercantil SUPREME ELECTRONIC, S.L. por cuanto de la documentación aportada, se desprende que no cumple regularmente con sus obligaciones exigibles, como demuestra la lista de acreedores aportada, integrada por un total de 6 acreedores por un importe de 1.701.992,35 euros, deudas todas ellas vencidas, y que denota un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.1º LC); habiendo reconocido el solicitante que carece de medios económicos para su pago.”: Auto JM-1 Cádiz 2.11.2005 (JUR 2005/241130)

2. Si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.
3. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.

Art. 14.3

1. No cabe apelación contra el auto desestimatorio del concurso voluntario

“Se entendió que la previsión expresa de que contra el auto no admitiendo (a trámite) la solicitud de concurso necesario (art. 13.2 in fine de la Ley Concursal) y contra el auto desestimando la solicitud de concurso voluntario (art. 14.3 de la Ley Concursal) cabe el recurso de reposición, cuando conforme al régimen del art. 197.2 de la Ley Concursal dicho recurso cabría si no hubiera previsión expresa alguna, es para dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, pese al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que contra los autos definitivos, que ponen fin al litigio en una instancia, cabe el de apelación –art. 455.1 en relación al 207.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, sin que el adverbio “sólo” del art. 14.3, que no existe en el art. 13.2, tenga trascendencia. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCuentRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

“PRIMERO.- La resolución que es objeto de recurso acuerda no dar lugar a la admisión del procedimiento concursal solicitado por la ahora recurrente señalando claramente en dicha resolución que contra ella cabe interponer recurso de reposición, a tenor de lo dispuesto en el Art. 452 de la LEC y Art. 14 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

En efecto, lo primero que debe analizarse es la posibilidad de interponer recurso de apelación contra esta resolución y la respuesta ha de ser negativa, a la vista de los términos en que aparece regulado el sistema de recursos en el Título VIII de la Ley 22/2003.

Según establece al Art. 197-2 de esta Ley contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto, disponiendo en el párrafo siguiente que contra los autos resolutorios del recurso de reposición (y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio) no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado la oportuna protesta.

Por tanto, la regla general que rige en cuanto al ámbito de los recursos es la admisibilidad del de reposición contra providencias y autos, con las dos excepciones mencionadas, es decir, en aquellos supuestos en los que la propia ley establece expresamente que no cabe recurso alguno, o cuando también de forma expresa indica que procede el recurso de apelación de forma directa.

Por su parte el Art. 14-3 L.C. al referirse a la provisión sobre la solicitud de concurso planteada por el deudor establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición. Conjugando este precepto con el Art. 197-2 habrá de concluirse que la resolución que nos ocupa no es recurrible en apelación.

SEGUNDO.- Pese a que en la resolución impugnada ya se indicaba que contra ella sólo procedía el recurso de reposición la parte recurrente ha interpuesto el de apelación de forma directa, invocando en su escrito de preparación los Arts. 20-2 L.C. y 455-1 LEC. Este último precepto dispone que son recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale. Sin embargo, no resulta de aplicación en este caso puesto que el Art. 197-1 L.C. establece el principio general de remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente en cuanto a la sustanciación de los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso (arts. 457 y siguientes LEC), siendo la propia Ley especial la que establece en los siguientes apartados del mismo Art. 197 cuales son los recursos procedentes.

El Art. 20-2 L.C. dispone que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud del concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, salvo que únicamente se trate de recurrir alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso en cuyo caso podrá interponerse el de reposición. Tampoco este precepto resulta aplicable porque se refiere a los supuestos de solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, según resulta del tenor de los Arts. 15 y siguientes L.C., dictándose el auto al que se refiere el Art. 20-2 una vez seguido el trámite previsto en los referidos preceptos.

En el presente caso es el deudor quien presenta la solicitud de concurso y, por tanto, a tenor de lo previsto en el Art. 14-3 L.C. en relación con el Art. 197-2 contra la resolución que nos ocupa no cabe interponer recurso de apelación, por lo que debió inadmitirse a trámite o no tener por

preparado el recurso (Art. 457-4 LEC), y este motivo de inadmisión se torna ahora en motivo de desestimación del recurso de apelación.

La misma solución desestimatoria habría de adoptarse en el hipotético caso de que se entendiera que la resolución recurrida no resulta encuadrable en el Art. 14-3 L.C. sino en el Art. 13-2 de la misma Ley porque en tal caso lo procedente no sería el recurso de apelación sino el de reposición. ": Auto AP Lleida (Sección 2ª) 25.04.2005 (JUR 2005/172033)

"PRIMERO.- Se dirige la queja que ahora resolvemos contra la inadmisión por el juzgado de instancia del recurso de apelación que la mercantil recurrente pretende interponer contra la resolución que desestimó su solicitud de concurso voluntario, una vez recurrida ésta en reposición y confirmada. Invoca en su apoyo tanto la dicción del artículo 455 LEC, que prevé que puedan ser recurridas las resoluciones definitivas, como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que dice vulnerado.

Procede la desestimación del recurso, no sin antes recordar que el derecho fundamental a que acabamos de referirnos no implica la posibilidad de recurrir en alzada toda resolución judicial, lo que dependerá de la configuración de dicha posibilidad por la legislación ordinaria.

Ciertamente, el artículo 455.1 LEC dice que son apelables las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale y es claro que el auto que desestima la solicitud de concurso voluntario es definitivo, puesto que pone fin a la primera instancia (art. 207.1 LEC). Pero no podemos prescindir de que el artículo 14.3 de la Ley Concursal solamente contempla la posibilidad de recurrir en reposición la denegación de la solicitud de concurso voluntario, sin que contra esta decisión quepa el recurso de apelación lo que, por otro lado, es coherente con lo que dispone el artículo 454 LEC al decir que contra los autos que resuelven el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva.

En el presente caso, que no quepa apelación contra dicha resolución que rechaza la solicitud de concurso voluntario deriva del texto del citado art 14.3 LC, que es ley posterior y especial respecto de la procesal civil que la quejosa invoca. Y carece de virtualidad el argumento de que debería admitirse apelación cuando la cuestión ya no pueda reproducirse en segunda instancia -como aquí acontece-, puesto que tanto el artículo 455 LEC como el art 197.3 LC supeditan la reiteración de la cuestión en la alzada a que sea la misma factible en el proceso de que trate, al decir el primero de dichos preceptos que así será "si fuera procedente" -y aquí no lo es- y el referirse el segundo a la "apelación más próxima" -inexistente en el procedimiento que nos ocupa": Auto AP Castellón 23.06.2005 (JUR 2005/203295)

"PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 494 y 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la presente causa, se interpone recurso de queja contra la decisión del juzgado de Primera Instancia número Seis, en funciones de Juzgado de lo Mercantil que no admite a trámite el recurso de apelación preparado por la parte, frente al auto de inadmisión de la declaración de concurso voluntario.

SEGUNDO.- Con carácter general, en el proceso civil, e acuerdo con lo establecido en el artículo 455-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán recurribles en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale. Por otra parte, el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no es absoluto, siendo regulado y limitado por ley (artículo 448).

En el ámbito del concurso de acreedores, existe una regulación específica en materia de recursos. En concreto, el artículo 197-2 establece que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto. El mismo precepto (párrafos 3 y 4) regula los supuestos de admisión del recurso de apelación, al margen de otras disposiciones específicas que contemplan la posibilidad de recurso de apelación, puntualmente, en otras fases del proceso.

TERCERO.- Al abordarse la cuestión planteada en este recurso de queja, ha de atenderse a preceptos que regulan situaciones distintas, los artículos 14 y 15 de la Ley Concursal que regulan dos situaciones diferentes: la solicitud formulada por el deudor (art.14) y la promovida por otro legitimado (art. 15), con un tratamiento legal distinto y soluciones diferentes también en materia de recurso. En el primero de los casos, solicitud de concurso voluntario, el artículo 14.3 contiene una regla taxativa: "contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición". El precepto plantea pocas posibilidades de duda, por discutible que pueda ser esta determinación en una decisión tan relevante que puede cerrar el acceso al proceso concursal por parte del deudor, sin posibilidad de revisión en otra instancia y sin posibilidad de aplicación de las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al contener la Ley Concursal una regulación específica, ya mencionada. Dada la contundencia de esta declaración legal sobre una situación diferenciada, la relativa a la solicitud del deudor, no resulta aplicable el comentado artículo 20, relacionado con la resolución a instancia de otros legitimados, distintos del deudor, prevista para las declaraciones de concurso planteadas en estos supuestos.

Además de lo ya resuelto en el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 26 de septiembre de 2005, invocado en el auto de 31 de octubre del Juzgado de lo Mercantil, han

seguido también este criterio las Audiencias Provinciales de Lérida Sec. 2ª en auto de 25 de abril de 2005, Ciudad Real Sec. 2ª auto de 12 de julio de 2005 y Madrid Sec. 20 auto de 10 de octubre de 2005.”: Auto AP La Rioja 28.11.2006 (JUR 2007/38365)

2. Cabe apelación cuando se inadmite la solicitud de concurso voluntario por motivos procesales.

“PRIMERO.- Tal como argumenta el recurrente, la única cuestión a resolver en el presente recurso, es la de determinar si el auto de inadmisión de la solicitud de concurso, inadmisión producida por motivos procesales, que no de fondo, resulta o no susceptible de recurso de apelación.

El Juzgador de la instancia, rechazó su admisión en base a lo dispuesto en el art. 14.3 de la Ley Concursal, precepto que el recurrente en queja considera que no resulta aplicable, pues el motivo de inadmisión de la solicitud no está contemplado en dicho precepto.

SEGUNDO.- La resolución de este recurso se debe de realizar partiendo de la base de que, la interpretación de las normas que restringen el acceso a la segunda instancia, debe hacerse de forma restrictiva, de tal forma que sólo deberán resultar de aplicación, si el supuesto contemplado encaja plenamente en la norma que prevé la inadmisión del recurso.

Del examen de lo dispuesto en los arts. 13 y 14 de la Ley Concursal, se desprende que la inadmisión de la solicitud de concurso, se puede fundar, tanto en motivos formales (art.13.2), como en motivos materiales o de fondo (art. 14.2).

En ambos casos la Ley prevé expresamente los recursos procedentes.

Sin embargo, resulta obvio que la inadmisión de la solicitud de concurso, además de por esos motivos, puede deberse a motivos procesales de carácter general: falta de competencia, de jurisdicción, falta de legitimación, de capacidad, de representación... y sin embargo la ley nada prevé en este aspecto.

Esa laguna deberá integrarse acudiendo a los preceptos generales, bien el art. 197 Ley Concursal, que puesto que no hay posible apelación posterior permitiría la apelación de la única resolución recaída; o bien a la LEC, que resulta aplicable, con carácter supletorio a la Legislación Concursal, siendo de aplicación el art. 455.1 LEC pues nos encontramos ante un auto de carácter definitivo, y que además en el caso de autos, vea toda posibilidad, de presentar una nueva solicitud de concurso.”: Auto AP Vizcaya 05.10.2006 (Sección 4) (JUR 2007/99807)

3. Recurso de reposición contra el auto que declara el concurso voluntario

“En cuanto a los recursos contra el auto admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario o declarando el concurso voluntario, puede entenderse que es posible el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. La previsión que contienen los arts. 13.2 y 14.3 de la Ley Concursal en el sentido de prever el recurso de reposición contra los autos inadmitiendo a trámite las solicitudes de concurso necesario y voluntario entiendo que tienen el sentido de dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, y no el de apelación. Pero ello no quiere decir que pueda realizarse una interpretación *sensu contrario* dejando sin recurso alguno el auto que admite a trámite la solicitud de concurso necesario o que declara el concurso voluntario.

Lógicamente, sólo estará personado quien ha solicitado la declaración de concurso, por lo que no tendrá interés legítimo en recurrir el pronunciamiento favorable a la estimación de su solicitud. Pero sí podría tener interés en recurrir algún pronunciamiento concreto, por ejemplo, que el juez, excepcionalmente, haya acordado la suspensión, y no la intervención, de las facultades patrimoniales del deudor en el concurso voluntario. O puede que haya tenido conocimiento de la solicitud el deudor (en el caso de solicitud de concurso necesario) o un acreedor (en el caso de solicitud de concurso voluntario), y hay que plantearse en ese caso hasta qué punto puede otorgárseles legitimación para recurrir en reposición esa resolución. En el caso de solicitud de concurso voluntario, mientras más se restrinja la posibilidad de que el deudor recurra la resolución admitiendo a trámite la solicitud, más propensión habrá a intentar ampliar el ámbito posible de debate en la vista del incidente de oposición”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

Artículo 15. Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes.

1. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le

pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

Art. 15.1

1. Cabe recurso de reposición contra al auto de admisión a trámite

“En cuanto a los recursos contra el auto admitiendo a trámite la solicitud de concurso necesario o declarando el concurso voluntario, puede entenderse que es posible el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. La previsión que contienen los arts. 13.2 y 14.3 de la Ley Concursal en el sentido de prever el recurso de reposición contra los autos inadmitiendo a trámite las solicitudes de concurso necesario y voluntario entiendo que tienen el sentido de dejar claro que sólo cabe el recurso de reposición, y no el de apelación. Pero ello no quiere decir que pueda realizarse una interpretación *sensu contrario* dejando sin recurso alguno el auto que admite a trámite la solicitud de concurso necesario o que declara el concurso voluntario. Lógicamente, sólo estará personado quien ha solicitado la declaración de concurso, por lo que no tendrá interés legítimo en recurrir el pronunciamiento favorable a la estimación de su solicitud. Pero sí podría tener interés en recurrir algún pronunciamiento concreto, por ejemplo, que el juez, excepcionalmente, haya acordado la suspensión, y no la intervención, de las facultades patrimoniales del deudor en el concurso voluntario. O puede que haya tenido conocimiento de la solicitud el deudor (en el caso de solicitud de concurso necesario) o un acreedor (en el caso de solicitud de concurso voluntario), y hay que plantearse en ese caso hasta qué punto puede otorgárseles legitimación para recurrir en reposición esa resolución.”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2. Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones.

Artículo 16. Formación de la sección primera.

Declarado el concurso a solicitud del deudor o admitida a trámite la solicitud de la declaración de concurso presentada por cualquier otro legitimado, el juez ordenará la formación de la sección primera, conforme al artículo 183, que se encabezará con la solicitud.

Artículo 17. Medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso.

1. A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 17.1

1. Alcance de esta remisión a la LEC

“El art. 17 prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares “de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. El art. 733.2.II en relación al 739 y siguientes, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevén un incidente de oposición, con vista, para el caso de las medidas cautelares adoptadas “inaudita parte”, que será lo usual en el proceso concursal, mientras que el art. 735.2.II prevé el recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares dictado previa audiencia de la parte demandada. Algún autor entiende que esa remisión genérica incluye el régimen de oposición o recursos antes mencionado. Frente a esta tesis, se entendió que la remisión se refiere a la forma de adoptar la medida y al contenido de la misma, pero que para los recursos rige el régimen específico de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal, de tal modo que si se trata de una de las medidas cautelares del art. 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal habrá recurso de apelación sin efectos suspensivos y con tramitación preferente, y para los demás casos –adoptadas por auto tras la solicitud de concurso necesario o en el auto de declaración de concurso- sólo cabe reposición por aplicación en el primer caso del art 197.2 y en el segundo del 20.2, ambos de la Ley Concursal. (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2. Medidas cautelares admisibles

“QUINTO.- La solicitud de medidas cautelares efectuada por MANUFACTURAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS SA [junto con la solicitud de concurso necesario] entremezcla peticiones que no son susceptibles de tratamiento uniforme, sino que exigen las siguientes precisiones:

1º) la solicitud de autorización judicial para entrada y registro en el domicilio del deudor o de sus administradores no puede decretarse de modo automático ni de plano, como propone la solicitante, sino que exige la previa audiencia del Ministerio Fiscal y la ponderación de una serie de circunstancias (artículo 1º nº 3 de la LO 8/2003 de 9 de julio) que la peticionaria de la medida no ha motivado en su escrito; deberá, por lo tanto, subsanar tal defecto la solicitante del concurso aportando a este juzgado, en el plazo de cinco días que al efecto se le concede, las razones en que sustente su pretensión y que tengan encaje en el texto legal, a fin de dar traslado de ello al Ministerio Fiscal; solo cumplidas tales exigencias podrá este juzgador plantearse la pertinencia de su adopción;

2º) la medida de embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores de la concursada es impropia de esta fase procesal, pues no procede sino desde la declaración de concurso (momento procesal todavía no alcanzado) y además la ley no concede al acreedor instante del concurso necesario legitimación para solicitarla, según se desprende del nº 3 del artículo 48 de la Ley Concursal; sólo más avanzado el procedimiento cabrá que la administración concursal solicite de forma motivada o el juez se plantee de oficio, en tiempo oportuno, medidas de esa índole, a tenor de los datos e información de la que se disponga entonces;

3º) sí cabe que, a petición del legitimado para instar el concurso necesario, puedan adoptarse medidas cautelares al admitirse a trámite la solicitud (fase procesal en la que nos hallamos), con la exclusiva finalidad de asegurar la integridad del patrimonio del deudor, a tenor de lo previsto en el artículo 17 de la Ley Concursal; a esa previsión pueden ser reconducidas las solicitudes de que se decreta tanto la prohibición a TENEDISMAR SL de que pueda disponer de sus bienes, muebles o inmuebles, hasta que la futura administración concursal esté en el desempeño de su cargo como el embargo preventivo de sus saldos en cuentas bancarias.”: Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

3. Presupuestos: fumus boni iuris y periculum in mora

“ Para decretarlas es preciso, no obstante, que además de que sean idóneas para la finalidad apuntada (de lo que no cabe duda), cumplan también los requisitos generales exigidos en la LEC para la pertinencia de una medida cautelar. Y éstas premisas concurren, pues: 1º) la entidad solicitante cumple el requisito de “fumus bonis iuris” que establece el artículo 728.2 de la LEC, puesto que al menos existe el preceptivo principio de prueba de su condición de acreedora de TENEDISMAR SL y de que ésta puede encontrarse en situación de insolvencia (en este sentido apunta la contabilidad hasta ahora depositada en el Registro Mercantil por la deudora); 2º) también ha apuntado la demandante la situación de “periculum in mora”, a que se refiere el nº 1 del mencionado art. 728 de la LEC, porque es razonable representarse el riesgo de que la deudora, en ciernes de ser declarada en concurso, pueda aprovechar el tiempo que, por exigencias procesales, medie hasta tal declaración para caer en la tentación de desprenderse de los bienes que integran su patrimonio o bien comprometerlos con nuevas obligaciones, cuando deberían servir de soporte para el pago de las deudas ya contraídas; además de que no debe perderse de vista que la solicitante se ha enfrentado a dificultades para poder localizar a la deudora por el desalajo de las instalaciones de ésta, lo que revela lo delicado de su situación” Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

4. Justificación de su adopción inaudita parte

“ 3º) dadas las peculiares características del proceso concursal se justifica la aplicación de la excepción prevista en el nº 2 del artículo 733 de la LEC de modo que en el propio auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario el Juez decreta las medidas “inaudita parte”, pues de lo contrario no se podría prevenir las situaciones que precisamente las medidas pretenden evitar, es decir, la desaparición o el menoscabo del activo que pueda quedarle a la deudora; son razones de eficacia, subsumibles en la finalidad prevista en el artículo 733.2 de la LEC de garantizar el buen fin de las medidas, las que aconsejan posponer la audiencia del deudor al trámite de oposición previsto en el artículo 739 de la LEC.”: Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

2. El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada.

Art. 17.3

1. Fijación de caución

“La parte solicitante de las medidas cautelares deberá prestar, a tenor de lo previsto en el artículo 728.3 de la LEC, caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de aquélla pudiera causar al patrimonio de la parte contraria. Teniendo en cuenta el tipo de medidas decretadas la suma de 5.000 euros resulta una prudente estimación de los perjuicios (por retención temporal de saldos bancarios, incidencia en la actividad habitual de la empresa, daño moral, etc.) que pudieran sufrir la demandada si la medida se reputase más adelante como indebida. Por lo que procede señalar dicho importe como el de la caución procedente. Ésta podrá constituirse en dinero efectivo o mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca.”: Auto JM-4 Madrid 03.01.2006 (JUR 2006/48076)

3. Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares.

Art. 17.3

1. En caso de desestimación de la solicitud de concurso necesario

“**CUARTO** Dispone el artículo 17. 3 que declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares. Por su parte, el artículo 20. 2 de la LC establece que el recurso de apelación que cabe contra esta resolución no tiene efectos suspensivos salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento total o parcial de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. La interpretación más ajustada de la norma en su aplicación al auto que desestima la solicitud de concurso necesario -teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 456. 2 de la LECiv) y la lógica de una resolución desestimatoria de una pretensión, que ningún efecto puede producir que pueda ser suspendido- es la de armonizarla con el artículo 744 de la misma Ley procesal, de modo que las medidas cautelares adoptadas se alzarán de inmediato salvo que el recurrente -en el mismo acto de preparación del recurso- solicite el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas o la adopción de alguna medida distinta, en cuyo caso se resolverá oída la otra parte.”: Auto JM-1 La Coruña 13.07.2005 (JUR 2005/234787)

Artículo 18. Allanamiento u oposición del deudor.

1. En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si, con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiera instado su propio concurso.

Art. 18.1

1. Procede sin más la declaración de concurso

“**PRIMERO.-** El artículo 18.1 de la Ley Orgánica 8/03 de 8 de julio para la Reforma Concursal es de una claridad meridiana al señalar que "en el caso de admisión a trámite de la solicitud si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.

Examinada por la Juez "a quo" la solicitud de la declaración de concurso instada por la entidad "Hierros Balfer SL." contra la entidad "Contratas Torres y Rente-Sarria SL., al estimar que concurren los requisitos legales, se admitió a trámite poniéndolo en conocimiento del deudor con el correspondiente emplazamiento y entrega de la copia de la solicitud y de los documentos acompañados para que compareciera en el procedimiento en el plazo señalado dentro del cual podía formular oposición. El deudor dejó transcurrir el plazo sin comparecer en los autos y formular oposición, por tanto inevitablemente y, de conformidad con la disposición legal señalada, la Juez dictó auto declarando el concurso de acreedores. Así pues, frente a lo que manifiesta el recurrente y no acredita, la resolución recurrida es perfectamente ajustada a derecho y cualquier disquisición sobre constitución de hipotecas unilaterales, alcance de la cantidad adeudada... etc carece de pertinencia y está absolutamente ausente de relevancia a los efectos pretendidos por el recurrente y el artículo que cita, 176, 1.3° de la Ley concursal lo que da por sentado lógicamente es que el concurso esté declarado como paso previo a su conclusión por cualquiera de las causas que señala, por tanto no puede pretenderse una conclusión cuando le que se ataca y recurre es la declaración, cualquier otra cuestión no es relevante en este momento procesal y podía, en su caso, plantearse por el recurrente en el momento y en la forma procesal oportuna, pero en nada empuja a lo acertado de la resolución dictada que debe

mantenerse por sus propios y acertados fundamentos.”: Auto AP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128083)

“Conforme a lo dispuesto en el art. 18.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ante la falta de oposición del deudor a la solicitud de concurso instado por los acreedores, manifestada de forma expresa o tácita, procede sin más la declaración de concurso de Akidne Construcciones, SL, con los pronunciamientos que determina el art. 21 de la LC. ”:Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

2. Contra este auto solo cabe reposición

“En lo relativo a los recursos contra el auto declarando el concurso necesario por allanamiento, no oposición o posterior solicitud de concurso por el propio deudor (art. 18.1 de la Ley Concursal), parece que los recursos del art. 20.2 sólo son aplicables a la resolución dictada en el caso del art. 20.1 de la Ley Concursal, es decir, al auto que estime o desestime la solicitud de concurso tras tramitarse el incidente de oposición. Por tanto, sólo procedería el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. No es especialmente problemática la ausencia de recurso de apelación respecto de la declaración de concurso en sí, porque el solicitante no tendrá interés en recurrir en apelación, y el deudor parece que tampoco, porque ha solicitado él mismo la declaración de concurso, se ha allanado o ha permanecido pasivo “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2. El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho.

Formulada oposición por el deudor, el juez, al siguiente día, citará a las partes a una vista, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndole para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria.

Art. 18.2

1. Sobre la carga de la prueba

“Todo ello sin olvidar que, cualquiera que sea la facilidad probatoria, la carga de la prueba de los hechos que sustentan la petición de concurso, corresponde a quien la insta, no a quien perjudica”: Sentencia AP Madrid 17.05.2006 (AC 2006/865)

“Aún cuando dicha regulación [art. 2.4] podría ser entendida como que cada uno de los supuestos de hecho a que se refiere constituye un presupuesto objetivo del concurso, una interpretación conjunta del artículo 2, 16 y 18 permiten concluir que la Ley Concursal, coherente con su principio de unidad, opta por la existencia de un presupuesto objetivo único: la insolvencia. Este presupuesto no se encuentra definido aunque sí descrito en el artículo 2, que se refiere a él como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley Concursal permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aún existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia.

Interpretando conjuntamente los preceptos señalados y acudiendo a las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se extrae que le corresponde al solicitante acreditar su condición de titular de un crédito frente al deudor que no haya sido adquirido dentro de los seis meses anteriores a la solicitud por actos inter vivos tras su vencimiento y a título singular. Igualmente, de existir oposición y negarse por el deudor la existencia de los hechos en que fundamenta la solicitud, le corresponde su prueba al solicitante. En cambio, de negarse que pese a la existencia de dichos hechos el deudor se encuentre en situación de insolvencia, le corresponde a éste su prueba. Lo anterior no puede entenderse que cause indefensión o suponga una desprotección de los acreedores puesto que el artículo 2.4 LC recoge unos hechos de los que podrá tener conocimiento el deudor, en algunos casos dependiendo de su naturaleza, puesto que así, claramente algunos hechos vienen referidos al acreedor Hacienda Pública o Tesorería General de la Seguridad Social o a los trabajadores, evitando con ello forzarles a acreditar la situación de insolvencia del deudor que con carácter general desconocerán por no tener datos sobre su situación económica financiera. De ahí que se instaure el sistema anterior que establece unos hechos que vienen a facilitar la solicitud de concurso por parte del acreedor al referirse a datos que puede conocer, correspondiendo al

deudor, en su caso, la prueba de su no insolvencia que se configura claramente como presupuesto único tras ese tratamiento procesal de la solicitud de concurso necesario. “: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 23/12/2005 (JUR 2006/41814)

2. La prueba de su solvencia por el deudor

2.1 Deudor insolvente a fecha de solicitud, pero solvente a fecha de oposición

“2.-Que, en todo caso, y, a mayor abundamiento, diremos que los Documento 16 y s.s. del escrito de oposición acreditan que en la actualidad Tenfa, SL se encuentra por completo al corriente en el cumplimiento de la clase de obligaciones previstas en dicho apartado (art. 2-4, 4º LC), habiendo puesto de relieve los dos auditores de la entidad pertenecientes a la firma Ernst & Young, que depusieron en calidad de testigos, que los distintos descubiertos de dicha naturaleza se habían hecho efectivos a lo largo del presente ejercicio 2005. Y tal circunstancia resultaría decisiva a la hora de valorar la concurrencia o la ausencia de méritos para efectuar una declaración de concurso aún cuando los pagos se hubieran efectuado con posterioridad a la solicitud, pues hay que tener en cuenta, en general, que los denominados efectos de la «litispendencia» tienen solamente un alcance relativo y limitado desde el momento en que el art. 413-1 LECiv (supletoriamente aplicable por virtud de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal) obliga a tomar en consideración el cambio de circunstancias producidas durante la sustanciación de todo proceso cuando, por cualquier causa, esa alteración «... privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido». Principio de especial y pertinente aplicación al supuesto que nos ocupa, pues, atendida la naturaleza y finalidad de la institución concursal, resultaría un completo despropósito jurídico declarar en concurso a una entidad mercantil por el solo hecho de que en el momento de la solicitud concurrieran méritos para ello si con posterioridad -y antes de que sea dictada la resolución correspondiente- tales circunstancias han dejado de existir. Como señala el Prof. Angel Rojo al abordar dicha cuestión, «... la interpretación mejor fundada es aquella que permite la oposición en los singulares casos en que el deudor insolvente en el momento de la solicitud ha devenido solvente en el momento de formular esa oposición...», interpretación que se deduce, a juicio de dicho autor, tanto del propio tenor del art. 18 LC, que autoriza al deudor a fundar su oposición en que no se encuentra en estado de insolvencia precisamente en el momento mismo en que tal oposición es formulada, como del art. 2-1, que exige que el presupuesto objetivo concorra en el momento de la declaración de concurso, esto es, en el momento en que haya de adoptarse la resolución judicial correspondiente («Comentario de la Ley Concursal», Thomson Civitas, pag. 428). “: “Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

2.2 Prueba a partir de la contabilidad oficial, no de la “B”

“Respecto a la posibilidad de que el deudor que no niega la concurrencia del hecho en que se funda la solicitud de concurso pero alega su solvencia, si el mismo está obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, se entendió que la contabilidad que ha de aportar para probar tal solvencia habrá de ser “la que llevara conforme a derecho” (art. 18.2.I “in fine”) y no la contabilidad “B”, pues no puede olvidarse que esta ley, como otras muchas del moderno Derecho mercantil, tiene, entre otras finalidades, la propedéutica de incentivar el cumplimiento de las obligaciones legales contables por parte de los comerciantes. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

2.3 Solvencia probada

“**SÉPTIMO** Como simple reflexión «ex abundantia» y, manejando a efectos meramente dialécticos la hipótesis -no concurrente- de que la solicitante hubiera logrado probar el «sobreseimiento general» (o que tal circunstancia hubiera sido admitida por Tenfa, SL), es lo cierto que, basándose en el único medio de prueba que el art. 18-2 LC le admite, la presunta concursada ha aportado aquellos particulares de su contabilidad e informe de auditoría que, en todo caso, permitirían considerar acreditada su solvencia. En efecto, de dicha documentación, convenientemente aclarada en el acto de la vista por parte de los dos miembros de la entidad auditora Ernst & Young que depusieron en calidad de testigos (Sres. Jose Pablo y Jesús Ángel), se deduce lo siguiente: las cuentas de Tenfa, SL correspondientes al ejercicio 2004, convenientemente auditadas por la aludida firma, arrojaron unos beneficios al cierre de 2.341.349,59 €, disponiendo de un «fondo de maniobra» (definido como la diferencia entre el activo circulante y el pasivo circulante) de 12.400.000 €, lo que, a juicio de dichos expertos, permite a la entidad atender al cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles. Por lo demás, indicaron también que del «Informe interino» elaborado a fecha 30 de septiembre de 2005, y, sin

perjuicio de lo que resulte en definitiva de la auditoría de las cuentas al cierre de la anualidad, la situación descrita está mejorado significativamente a lo largo del presente ejercicio económico: se vende más y mejor (se da cuenta de una facturación a esa fecha de 18.000.000 €), se ha incrementado la tesorería y el fondo de maniobra, se ha reducido su pasivo etc., de todo lo cual infieren que no existiría el menor problema al día de la fecha para asumir el pago del pasivo exigible a corto plazo.”: Auto JM-2 Madrid 29.11.2005 (AC 2005/1970)

Artículo 19. Vista.

1. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición.

2. Si el deudor no compareciera, el juez dictará auto declarando el concurso. Si compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instantáneo estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación.

En caso de que hubiera varios acreedores personados y se acumulasen sus solicitudes de concurso, el deudor deberá consignar las cantidades adeudadas a todos ellos, en las mismas condiciones expresadas.

3. En caso de que el solicitante no compareciera o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, y el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen.

Art. 19.4

Destino de la consignación cuando el acreedor desiste

“En lo relativo al destino de la consignación realizada por el deudor cuando, una vez formulada la oposición y convocados a vista, el acreedor se desiste, se entendió mayoritariamente que sólo puede ser entregada al acreedor cuando se dicte auto de desestimación de la solicitud o no declaración del concurso, lo que implica que si de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, habrá de dárseles el trámite de audiencia para realizar alegaciones que prevé el art. 19.3 de la Ley Concursal. Porque si finalmente se declarara el concurso, esa consignación debería integrar la masa activa del concurso, sometida al principio de “par conditio creditorum” y no ser entregada al acreedor que se ha adelantado a los demás al pedir la declaración de concurso necesario.”:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Contenido de las alegaciones de los demás acreedores

“En cuanto al contenido de las alegaciones de los demás acreedores a los que se acuerde oír por cinco días conforme al art. 19.3 “in fine” de la Ley Concursal, se entiende que si formulan solicitud en forma o simplemente hacen suya la realizada por el inicial solicitante, habrá de proseguir el proceso concursal, con nuevo trámite de audiencia al deudor a los efectos de que pueda oponerse del modo previsto en el art. 15.1 y 18.2 de la Ley Concursal.”:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Costas cuando el acreedor desiste y no concurre presupuesto objetivo de concurso: aplicación analógica del art. 22 LEC

“PRIMERO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Concursal si el solicitante compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instantáneo estuviera vencido, el deudor consignará en el acto de la vista el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la vista o manifestará la causa de la falta de consignación

SEGUNDO.- En el presente caso, habiéndose consignado por el deudor el importe del crédito del acreedor instantáneo, éste [lo aceptó], no se ratificó en su solicitud y no considerándose la concurrencia de presupuesto objetivo para la declaración de concurso conforme a lo previsto en el artículo 2, procede dictar auto de conclusión del procedimiento

TERCERO.- Ambas partes han interesado la imposición de las costas a la contraparte. El art. 19 LC no contiene un pronunciamiento específico, por lo que, de conformidad con la Disposición Final Quinta LC, resulta de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil como Derecho procesal

supletorio. En el presente caso, el demandado ha consignado el importe del crédito del actor, habiendo visto éste satisfechas sus pretensiones, no ratificando la solicitud, dejando en consecuencia de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, por lo que resultaría de aplicación analógica el art. 22 LC, que señala que en estos casos se dictará auto de terminación del proceso sin que proceda condena en costas. “:Auto JM-1 Cádiz 13.09.2005 (Concurso 95/2005)

4. En caso de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiera ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el juez oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalando para la de las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de 20 días.

Sobre la posibilidad ampliación de la proposición de prueba hecha en los escritos de solicitud de concurso o de oposición

“Respecto de la posibilidad de que las partes puedan, en la vista, ampliar la proposición de prueba hecha en los escritos de solicitud de concurso o de oposición (“...el juez... decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan...”, art. 19.4 de la Ley Concursal), quedó claro que cuando el deudor no se limita a negar la existencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, sino que alega que [no] se encuentra en estado de solvencia, lo que deberá fundar en determinados hechos de los que resulte tal solvencia, el solicitante del concurso podrá proponer nuevas pruebas destinadas a desvirtuar tales hechos, que no podía conocer en el momento en que se realizó la solicitud.

Respecto de otros supuestos –ampliación por el solicitante de los medios de prueba propuestos en la solicitud de concurso cuando el deudor se ha limitado a negar el hecho fundamentador de la solicitud de concurso o ampliación por el deudor de los medios de prueba propuestos en su escrito de oposición-, la discusión basculó entre dos polos: de un lado, que si los arts. arts. 7-2 y 15-1 de la Ley Concursal exigen que en los respectivos escritos de solicitud y de oposición que se propongan las pruebas de que las partes intenten valerse, tal exigencia no puede ser irrelevante y por tanto la ampliación de la proposición de prueba no puede ser sorpresiva para la parte contraria, infringiendo las exigencias de la buena fe y la lealtad procesal –art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- y, por otro lado, que no puede adoptarse una actitud excesivamente restrictiva de la posibilidad de que las partes propongan nuevas pruebas que pueda entenderse vulneradora de la interdicción de indefensión y el derecho a la prueba consagrados en el art. 24 de la Constitución. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

Objeto del debate en esta vista

“Por último, se entendió que hay que centrar adecuadamente el debate posible en la vista del incidente de oposición del art. 19 de la Ley Concursal. La legitimación del solicitante acreedor ya habrá sido apreciada inicialmente por ser exigible su acreditación documental. Y en cuanto al importe a consignar, carece de sentido que se discuta en la vista si lo adeudado al solicitante es lo alegado por éste en su solicitud o una cantidad inferior, puesto que el deudor puede consignar en el acto de la vista o acreditar haberlo hecho antes, o “manifestará la causa de la falta de consignación”, por lo que se entendió igualmente admisible que manifieste la causa de haber consignado una cantidad inferior a la pretendida por el solicitante, sin que sea ese el momento adecuado para discutir el importe exacto de la deuda –que será, si se declara no haber lugar a la declaración del concurso, el proceso que el acreedor pueda instar contra el deudor o, si se declara el concurso, la formación del listado de acreedores, con la cuantía y calificación de sus créditos –art. 94 de la Ley Concursal- y en su caso la impugnación que pueda formularse contra dicho listado –art. 96.3 de la Ley Concursal-. Lo que habrá de discutirse, y sobre lo que habrá de practicarse prueba, será la existencia del hecho en que la solicitud se haya fundado, si fue negada por el deudor, o, caso de haberse admitido el hecho pero haberse alegado la solvencia, la solvencia o insolvencia del deudor. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 3)

5. El juez podrá interrogar directamente a las partes y a los peritos y testigos y apreciará las pruebas que se practiquen conforme a las reglas de valoración previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 20. Resolución sobre la solicitud y recursos.

1. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el primer caso, las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa; en el segundo, serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor y por los trámites de los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa.

2. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición.

1. En el caso de declaración ex. art 18.1 LC no cabe apelación

“En lo relativo a los recursos contra el auto declarando el concurso necesario por allanamiento, no oposición o posterior solicitud de concurso por el propio deudor (art. 18.1 de la Ley Concursal), parece que los recursos del art. 20.2 sólo son aplicables a la resolución dictada en el caso del art. 20.1 de la Ley Concursal, es decir, al auto que estime o desestime la solicitud de concurso tras tramitarse el incidente de oposición. Por tanto, sólo procedería el recurso de reposición por aplicación del art. 197.2 de la Ley Concursal. No es especialmente problemática la ausencia de recurso de apelación respecto de la declaración de concurso en sí, porque el solicitante no tendrá interés en recurrir en apelación, y el deudor parece que tampoco, porque ha solicitado él mismo la declaración de concurso, se ha allanado o ha permanecido pasivo “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2. Sobre el recurso de reposición contra los otros pronunciamientos del auto

2.1 Exclusión de los pronunciamientos irrecurribles o sujetos a régimen especial que admite el recurso de apelación

“Pese a la previsión de que cabe recurso de reposición contra los pronunciamientos del auto de declaración de concurso que no sean la estimación o desestimación de la solicitud de concurso, si se estima la solicitud y se dicta el auto de declaración de concurso del art. 21 de la Ley Concursal, el pronunciamiento relativo al nombramiento de los administradores concursales –art. 21.1º.2 de la Ley Concursal- debe considerarse irrecurrible en virtud de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley Concursal, que declara irrecurrible tal resolución de nombramiento de los administradores concursales.

Asimismo, si ese “otro pronunciamiento” distinto de la declaración de concurso contenido en el auto del art. 21 de la Ley Concursal consiste en la adopción de una medida cautelar del art. 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (medida limitativa de derechos fundamentales), el recurso procedente es el de apelación sin efectos suspensivos y con tramitación preferente, art. 1.6 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.

Si se trata de otras medidas cautelares, se plantea el problema de que el art. 17 prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares “de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. El art. 733.2.II en relación al 739 y siguientes, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevén un incidente de oposición, con vista, para el caso de las medidas cautelares adoptadas “inaudita parte”, que será lo usual en el proceso concursal, mientras que el art. 735.2.II prevé el recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares dictado previa audiencia de la parte demandada. Algún autor entiende que esa remisión genérica incluye el régimen de oposición o recursos antes mencionado. Frente a esta tesis, se entendió que la remisión se refiere a la forma de adoptar la medida y al contenido de la misma, pero que para los recursos rige el régimen específico de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal, de tal modo que si se trata de una de las medidas cautelares del art. 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal habrá recurso de apelación sin efectos suspensivos y con tramitación preferente, y para los demás casos –adoptadas por auto tras la solicitud de concurso necesario o en el auto de declaración de concurso- sólo cabe reposición por aplicación en el

primer caso del art 197.2 y en el segundo del 20.2, ambos de la Ley Concursal. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

2.2 ¿Cuál es el régimen cuando, además, se apela sobre la cuestión principal?

“Se suscitó la cuestión de si el recurso de reposición cabe “únicamente” cuando se trata de recurrir alguno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso distintos de la propia declaración de concurso, de tal manera que si se impugna tanto la declaración de concurso como alguno de los demás pronunciamientos del auto (v.g., régimen de limitación de las facultades patrimoniales del deudor –art. 21.1.2º-, medidas cautelares –art. 21.1.4º-, régimen de publicidad –art. 21.1.6º-, etc), toda la impugnación haya de tramitarse a través del recurso de apelación, o si en el recurso de apelación sólo puede impugnarse la declaración de concurso y las impugnaciones de los demás pronunciamientos del auto de declaración han de articularse a través del recurso de reposición –de tal modo que el deudor habría de plantear simultáneamente el recurso de apelación contra el pronunciamiento de declaración de concurso y el de reposición contra los demás pronunciamientos del auto que quisiera impugnar-. A favor de la primera opción estaría la inclusión del adverbio “únicamente” en el referido inciso del art. 20.2 de la Ley Concursal y la posibilidad de que la Audiencia Provincial, dado que había de revisar el pronunciamiento de declaración de concurso, pudiera revisar los demás pronunciamientos impugnados, y a favor de la segunda, conseguir una mayor celeridad en la resolución de las impugnaciones contra los pronunciamientos “accesorios” del auto de declaración de concurso. De aceptar la primera tesis, habría que tener cuidado con los problemas de coordinación entre ambos recursos. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

3. Estarán legitimados para recurrir el auto de declaración de concurso el deudor que no la hubiese solicitado y cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad.

Para recurrir el auto desestimatorio sólo estará legitimada la parte solicitante del concurso.

4. El plazo para interponer el recurso de reposición y para preparar el recurso de apelación contará, respecto de las partes que hubieran comparecido, desde la notificación del auto, y, respecto de los demás legitimados, desde la última de las publicaciones ordenadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23.

5. La desestimación de los recursos determinará la condena en costas del recurrente.

SECCIÓN 3 - DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Artículo 21. Auto de declaración de concurso.

1. El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos:

- 1.º El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación.
- 2.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.
- 3.º En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6.
- 4.º En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.
- 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23.

Art. 21.1.5º

Computo del plazo: de fecha a fecha, venciendo el mismo día del mes que aquél en que se hizo la última publicación.

“PRIMERO.- Sobre el cómputo del plazo de un mes que establece el artículo 85.1 de la Ley concursal, por remisión al artículo 21. 1 5º, la propia ley establece que se contará desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito del antiguo artículo 304 de la LEC de 1881, análogo al actual artículo 133 de la LEC 1/2000, resalta la especialidad de la regla relativa al cómputo de los plazos señalados por meses o años, que se computarán de fecha a fecha, de modo que aunque el plazo comience a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la ley haga depender el inicio del plazo (artículo 133. 1) el plazo vence el mismo día del mes correspondiente a aquel en que se hizo la notificación o publicación. En este caso, si la publicación del último de los edictos es de fecha 25 de abril de 2005, el plazo de un mes para la insinuación de los créditos vencía el 25 de mayo siguiente, aunque a efectos de la presentación de escritos sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC con lo que los acreedores podrían haber presentado en el Juzgado -en la oficina de recepción de escritos del Decanato- sus títulos de crédito hasta las quince horas del día 26 de mayo (jueves). Puesto que la TGSS presentó su escrito y certificación el 27 de mayo lo hizo fuera del plazo legal. En este sentido cabe mencionar la STS de 3 de octubre de 1990, RJ1990\7468, que argumenta específicamente sobre esta cuestión; siguen el mismo criterio la STS de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003\7387) y los autos de la A.P. de Tenerife de 4 de febrero de 2002 (AC 2002\641) y de Barcelona de 17 de junio de 2002 (AC 2002\211738). “:Sentencia JM-1 La Coruña 7.09.2005 (Incidente Concursal 160/2005)

- 6.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.
 - 7.º En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.
 - 8.º En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta ley.
2. El auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, que comprenderá las actuaciones previstas en los cuatro primeros títulos de esta ley, y será ejecutivo aunque no sea firme.
3. Declarado el concurso, se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación.
4. La administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos en la forma establecida en el artículo 85.

Art. 21.4

"1. ¿Deben los administradores aportar los resguardos o documentos acreditativos de haber efectuado las comunicaciones previstas en el artículo 21.4? ¿Cuál es la sanción por su no aportación? ¿Son gastos de la masa o se entienden incluidos en su remuneración? ¿Qué ocurre cuando la empresa concursada está cerrada y no tiene tesorería alguna? ¿Quién atiende esos gastos de comunicaciones?"

Los artículos 21 y 85 de la Ley Concursal son parcos en su regulación y generan una pluralidad de dudas. El artículo 21 en su apartado cuarto se limita a imponer a los administradores el deber de realizar sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio conste en el concurso con un objeto: informarles de la existencia del concurso y del deber que tienen de comunicar sus créditos en la forma prevista en el artículo 85. Para resolver las dos primeras dudas planteadas debemos partir de las siguientes consideraciones: i) la ley no establece una fórmula específica de esta comunicación, por lo que parece que en principio debe permitirse no solamente las postales sino cualesquier otras realizadas por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (y apoyo de esta postura encontramos el artículo 23) ii) no exige la ley que se haga por medio que acredite su recibo, como si lo impone el artículo 95 al tratar de la publicidad del informe que deben presentar los

administradores ex art. 74 con la lista de acreedores e inventario iii) el plazo para la insinuación de créditos no se computa desde la recepción de esa comunicación individualizada a la que se refiere el artículo 21, sino que empieza a contar desde la última de las publicaciones preceptivas acordadas en el auto de declaración de concurso (edicto en BOE, en diario de los de mayor difusión en la provincia o en el tablón de anuncios del juzgado, artículos 21.1.5; 23. y 85.1 LC). Podemos, pues, concluir que la ley relativiza la trascendencia de esta comunicación individual desde el momento en que ni impone la acreditación de su recibo, ni éste es trascendente a efectos de cómputo de plazo, que se fija de manera abstracta y con carácter general a todos los acreedores. Y por ello parece que no es preceptivo que los administradores aporten los documentos u otros medios acreditativos de esas comunicaciones para la continuación del procedimiento.

En apoyo de esta conclusión se puede acudir a la regulación de la LEC en sede de subasta de bienes inmuebles, cuyo artículo 659 impone al Registrador comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro, sin que la ley exija que la certificación de cargas remitida venga acompañada de los acuse de recibo, sino que únicamente impone que en la certificación de cargas se exprese haberse remitido la comunicación(art. 660 LEC).

Podría plantearse si esta solución es trasladable al supuesto del que hablamos, bastando que la administración concursal certificase haber remitido las comunicaciones.

En caso de no aportación, no creemos que ello conlleve la suspensión del procedimiento ni tampoco su nulidad, al no estar previsto expresamente y no venir condicionado el deber de comunicar créditos que tiene el acreedor al conocimiento del concurso a través de esa comunicación individualizada, ya que al margen de ésta o de cuando se reciba, el deber de comunicación se deriva del propio auto declaración de concurso (art. 21.1.5º) y se computa desde la última de las publicaciones preceptivas de éste (art. 23 y 85). No hay que olvidar que la LEC en el art. 660 al tratar de esa comunicación que no corresponde realizar al Juzgado sino a un cooperador de la Administración de Justicia afirma que la ausencia de comunicaciones del Registro o los defectos de forma no serán obstáculos para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en ejecución

Cuestión distinta es que si este deber de realizar las comunicaciones individuales se incumple por los administradores concursales, ello pueda ser considerado justa causa para su separación (art. 37) y en su caso generadora de responsabilidad, si es causante de daños (artículo 36)

En cuanto a la tercera de las cuestiones suscitadas, caben dos opiniones:

i) se trata de conceptos incluidos en la remuneración de los administradores:

Debe el administrador concursal asumir su coste sin cargo al concurso, dando para ello dos argumentos: 1º) la regla de exclusividad consagrada en el art. 3 Real Decreto 1860/2004, de seis de septiembre, que fija el Arancel de los derechos de los administradores concursales, que impide cualquier otra reclamación pecuniaria y 2º) que los únicos gastos o suplidos, por emplear la terminología propia de otros profesionales jurídicos sujetos a Arancel (Procuradores) que expresamente contempla el Real Decreto son los gastos justificados por desplazamiento fuera del ámbito de la competencia territorial del juzgado en el que se tramita el concurso, que sí que son abonados al margen de la retribución arancelaria (artículo 3 RD). En la doctrina se muestra partidario de esta tesis Daniel Rodríguez Ruiz de la Villa.

ii) no considerar que se trate de conceptos incluidos en la remuneración de los administradores concursales prevista en el artículo 34 de la ley y desarrollada por el Real Decreto 1860/2004.

Y ello por al siguientes razones : 1º) evitar el riesgo de que no efectúe, si después no va a verse compensado ; 2º) el art. 34 tiene por finalidad fijar la retribución por el ejercicio de las funciones, al margen de los gastos que la tramitación del concurso acarrea; y 3º) en los criterios de determinación de esa retribución no se refleja en modo alguno los gastos derivados de la tramitación del procedimiento sino que atiende a la importancia cuantitativa de las masas activa y pasiva, a la complejidad del concurso y su duración. Si se opta por la segunda tesis, y descartamos su integración en la retribución por aranceles, habrá que entender que el importe de los gastos derivados de esas comunicaciones deben considerarse créditos contra la masa, bien por su catalogación como gastos judiciales ocasionados o inherentes a la declaración del concurso (artículo 84.2.2º) bien por resultar de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal (artículo 84.2.10º).

En cuanto a la último de las temas anunciados relativos a qué ocurre cuando la empresa concursal está cerrada y no tiene tesorería y quién atiende esos gastos de comunicaciones, hay que apuntar que el artículo 42 impone al deudor el deber de colaborar con la administración concursal en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Y este deber de cooperación puede interpretarse en el sentido de que el deudor ponga su infraestructura personal y material a disposición de la administración concursal para llevar a efecto la comunicación del concurso a los acreedores, siempre bajo la supervisión de aquella. Ahora bien si está cerrada y no se puede ni siquiera buscar esa vía para no encarecer el procedimiento, y existe una carencia de tesorería absoluta para sufragar ésos gastos, la solución pasa por la venta de bienes y derechos de la masa activa, previa autorización del juez (artículo 33) para

obtener liquidez suficiente para atender los gastos indispensables. En caso de inexistencia de activo nos encontraríamos ante la causa de conclusión del concurso prevista en el apartado cuarto el artículo 176, sin que podamos profundizar aquí en las dificultades que plantea su régimen jurídico, en especial, la exigencia de que la administración concursal en su informe favorable a la conclusión “afirme y razone inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas” cuando estamos aún en la fase inicial del procedimiento. En todo caso, ante esta disyuntiva, y a pesar de que no está previsto y para evitar la absoluta paralización del procedimiento, una solución podría ser que las comunicaciones preparadas por la administración concursal se entreguen al Juzgado para su remisión por conducto oficial. Los inconvenientes en este caso son, de una parte, el incremento de trabajo para la oficina judicial y de otro, que se hace repercutir en los fondos públicos unos gastos que no considera la ley que en principio deba soportar el Erario Público, con la consiguiente situación de desigualdad frente al resto de deudores y acreedores en los demás concursos, en los que es la masa activa la que asume dicha carga. Para evitar esa desigualdad habría que entender que siempre debe llevarse a cabo la comunicación por la oficina judicial, y ello no lo prevé la ley, que se limita a indicar que se notificara a las partes comparecidas (art. 21.5), la publicación edictal (art. 23) y registral (art. 24) y al FOGASA cuando pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones a los trabajadores (art. 184.1). “: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS, 1.

5. El auto se notificará a las partes que hubiesen comparecido. Si el deudor no hubiera comparecido, la publicación de los edictos a que se refiere el artículo 23 producirá, respecto de él, los efectos de notificación del auto.

Si el concursado fuera una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, el auto se notificará, en el mismo día de su fecha, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al gestor de los sistemas a los que pertenezca la entidad afectada, en los términos previstos en la legislación especial a que se refiere la disposición adicional segunda.

Asimismo, se notificará el auto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando el concursado sea una sociedad que hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado oficial.

Si el concursado fuera una entidad aseguradora, el auto se notificará, con la misma celeridad, a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y si fuera una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se notificará en los mismos términos al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Artículo 22. Concurso voluntario y concurso necesario.

1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

La fecha determinante es la de presentación de las solicitudes, no la de su admisión a trámite

“PRIMERO El iter cronológico seguido por las distintas solicitudes de concurso que finalmente convergen en el presente procedimiento viene a ser como sigue: Con fecha 20 mayo 2005 se presenta ante el Juzgado Decano de Oviedo la solicitud formulada por la representación procesal «Suministros a la Industria y Construcción, SA» y otros, quienes actuando en su condición de acreedores instan la declaración de concurso del deudor común «Promociones y Construcciones Pavidasa, SL». La referida solicitud tuvo entrada en este Juzgado en fecha 23 mayo 2005 y, constatada la ausencia del preceptivo documento de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil, mediante Diligencia de ordenación de fecha 26 mayo se requirió a la solicitante a fin de que en el plazo de diez días procediera a aportar aquella documentación tal y como dispone el art. 35 de la Ley 53/2002 de 30 diciembre, bajo apercibimiento de que de no hacerlo así no se dará curso a la solicitud. Paralelamente a lo anterior, se presentó ante el Juzgado Decano de Oviedo con fecha 25 mayo 2005 solicitud de declaración de concurso instada por la propia deudora «Promociones y Construcciones Pavidasa, SL», que tuvo entrada en este Juzgado con fecha 26 mayo 2005. Estando acompañada dicha solicitud de la preceptiva autoliquidación de la tasa judicial, se dictaron Providencias de fechas 31 mayo 2005 y 8 junio 2005 por las que se requería sucesivamente a la solicitante para la subsanación de los extremos que aparecían incompletos en la documentación adjunta (art. 13-2 y 14-2 LC), llegando finalmente al auto de fecha 9 junio 2005 por el que se acuerda la declaración de concurso voluntario. Por su parte la representación

procesal de los acreedores instantes, «Suministros a la Industria y Construcción, SA» y otros, presenta escrito de fecha 9 junio 2005 con el que se acompaña el documento de liquidación fiscal en su día requerido, dictándose seguidamente auto de fecha 13 junio 2005 por el que se acordaba la admisión a trámite de esta solicitud de concurso y su acumulación a los autos 244/05 del concurso voluntario ya declarado, todo ello en aplicación del principio de procedimiento único proclamado en el art. 15-2 LC.

SEGUNDO Partiendo de la descrita secuencia procesal, se pretende por la ahora recurrente «Suministros a la Industria y Construcción, SA» y otros se revoque la decisión contenida en el auto de fecha 13 junio 2005 para en su lugar acordar la acumulación inversa, esto es, de las actuaciones de concurso voluntario a las de concurso necesario por entender que es esta última declaración la que debe prevalecer en aplicación de la regla general sobre el carácter del concurso contenida en el art. 22-1 LC, de la regulación de la litispendencia del art. 410 LECiv y del mecanismo del allanamiento del deudor tras la solicitud del acreedor previsto en el art. 18-1 LC

Centrada la cuestión en tales términos, podemos reducir el debate a resolver acerca de si la circunstancia determinante para calificar el carácter que ha de revestir el concurso como necesario o como voluntario, cuando coincidan en el tiempo la solicitud formulada por el acreedor u otro legitimado y la formulada por el deudor, ha de venir determinada por la prioridad en la solicitud o, por el contrario, por la prioridad en la resolución judicial de admisión a trámite de una u otra, cuestión que ha merecido respuestas discrepantes por parte de la doctrina que se ha pronunciado hasta el momento.

En la práctica el problema surgirá en buena parte de las ocasiones cuando concurren, de un lado la premura con la que el Juez debe proveer la solicitud de concurso que le sea presentada (art. 13-1 LC), y de otro el tiempo de espera que habrá de transcurrir entre el momento de presentación de la solicitud de concurso y aquél en que sea aportada la justificación de la tasa fiscal, cuando ésta resulte preceptiva y no sea acompañada junto con la solicitud, pues hasta tal instante el Secretario judicial no dará curso a aquel escrito procesal como así ocurrió en el caso presente; o bien cuando el Juez aprecie cualquier defecto que deberá ser subsanado por el solicitante (art. 13-2 LC). Efectivamente, la calificación del carácter del concurso es una decisión que ha de adoptarse en el mismo auto que declare el concurso y como uno de los pronunciamientos que le son propios (art. 21-1-1º LC), siendo así que resulta muy posible que en ese momento el Juez desconozca la existencia de otras solicitudes que sin embargo fueron presentadas con antelación. Conforme al art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, preceptivamente se ha de acompañar a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible del tributo el justificante del pago de la tasa fiscal con arreglo al modelo oficial «sin el cual el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días», precepto que en una razonable hermenéutica no debe equipararse a una genuina sanción de inadmisión a trámite de tal escrito por un simple incumplimiento fiscal en el señalado plazo, sino que tal incumplimiento sólo determinará la paralización del proceso en ese mismo estado, situación reversible si después se justifica el abono -aún tardío- o irreversible si se deja transcurrir el plazo de caducidad, pero que en cualquiera de los casos, y esto es lo relevante a lo que aquí nos ocupa, impide que el Juez tenga a la vista el escrito de que se trate para poder acordar, en su caso, su admisión a trámite. De la misma manera, si el Juez aprecia que la solicitud o la documentación que le acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo no superior a cinco días para su justificación o subsanación, conforme dispone el art. 13-2 LC Por otra parte cabe reparar en la existencia de un mandato dirigido al Juez del concurso quien, por razones de la celeridad que se quiere imprimir al momento de la declaración del concurso en aras a evitar los perjuicios que un retraso puede irrogar tanto a los acreedores como al propio deudor, viene obligado por disposición del art. 13-1 LC a proveer sobre la solicitud de concurso para acordar ya su admisión a trámite, y en su caso la declaración de concurso si lo es a instancia del deudor, ya su inadmisión «en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente día hábil al de su reparto», expresión que integrada con la norma arriba comentada debe interpretarse tomando como día a quo de referencia aquél en que el Secretario de curso al escrito de solicitud por haber sido ya acompañado el justificante de la tasa fiscal. Como conclusión de todo ello encontramos que cuando el Juez del concurso resuelve decidiendo sobre el carácter que ha de revestir la declaración de concurso lo hará unas veces, no sobre la primera solicitud presentada en el tiempo, sino sobre la primera solicitud que venga acompañada del justificante de la tasa fiscal, existiendo un riesgo de cierto de que ignore la existencia de otras solicitudes anteriores instadas por otros legitimados, riesgo que se conjuraría si atendiéramos como criterio determinante a la fecha de la admisión a trámite y no a la de presentación de la solicitud, criterio empleado aparentemente en el art. 15-2 LC para atender al principio de proceso único y en el art. 18-2 LC para acceder a la declaración inmediata de concurso necesario. Y por lo que se refiere al supuesto de detección de defectos subsanables en la solicitud precedente en el tiempo, encontramos que cuando el Juez provee sobre la solicitud posterior y decide en ese instante acerca del carácter del concurso lo hará sin

conocer el curso que seguirá la primera y su eventual admisión a trámite en un momento ulterior.

TERCERO Sin embargo la regla general para determinar el carácter necesario o voluntario que ha de revestir el concurso viene dada por el art. 22 LC al disponer en su apartado 1º que «el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario». El criterio indubitado del que parte la norma es la prioridad en la solicitud.

No puede invocarse para mantener una solución contraria la excepción contenida en su apartado 2º al disponer que no obstante «el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado», pues este apartado contempla el supuesto de una solicitud presentada por el deudor cuando la anterior solicitud del acreedor o de otro legitimado, precedente en un lapso temporal máximo de tres meses, hubiera dado lugar a la incoación de un procedimiento de concurso necesario que sin embargo se encuentre ya archivado habida cuenta de la conducta ulterior del propio solicitante, de tal manera que la exigencia de que aquella primera solicitud de concurso necesario se hubiera «admitido a trámite» se erige simplemente como garantía para desterrar conductas abusivas o fraudulentas derivadas de la presentación de solicitudes de concurso infundadas o con el sólo ánimo de cerrar el paso a una posible decisión del deudor de solicitar más adelante su concurso voluntario.

Esta solución es la que, además, mejor se acomoda al principio general del comienzo de la litispendencia por el cual dicha situación procesal se genera con la sola presentación del escrito de demanda, de modo tal que su posterior admisión a trámite únicamente opera como condicionante de tal efecto, según la regulación contenida en el art. 410 LECiv y de aplicación supletoria al procedimiento concursal (Disposición final quinta LC).

CUARTO Procede en consecuencia estimar el recurso de reposición planteado y acordar la conversión del carácter del presente concurso que pasará a ser necesario, acordando igualmente la suspensión por el deudor del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, de conformidad con lo preceptuado por el art. 40 LC, debiendo dar a este pronunciamiento la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 LC para la declaración del concurso.

Del mismo modo y teniendo presente que ante la existencia de una pluralidad de solicitudes, la acumulación procedente resulta ser «a la primera repartida» conforme dispone el art. 15-2 LC, es por lo que los autos 244/05 deberán acumularse a los autos 235/05 por ser éstos últimos los correspondientes a la solicitud que primero tuvo entrada en este Juzgado.”: Auto JM-1 Asturias (Oviedo) 26.09.2005 (AC 2005/1235)

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

Artículo 23. Publicidad.

1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, podrá realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones.

No obstante lo anterior, la declaración del concurso se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado» y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él.

La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia.

2. En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados.

3. Los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes.

Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el juzgado a los medios de publicidad.

4. Las demás resoluciones que, conforme a esta ley, deban ser publicadas por medio de edictos lo serán en la forma que establece el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 236 de la ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 24. Publicidad registral.

1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, se inscribirán en éste las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, practicándose previamente la inscripción del sujeto cuando ésta no constase.

3. Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el juez mandará inscribir en éste las mismas circunstancias.

4. Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta ley.

5. El juez acordará expedir y entregar al procurador del solicitante del concurso los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo. En tanto no sea firme, el auto de declaración de concurso será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros.

Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio se realizará directamente por el juzgado a los correspondientes registros.

Artículo 25. Acumulación de concursos.

1. Trámite procesal

“Se estuvo de acuerdo en que, en lo que respecta a la acumulación del art. 25 de la Ley Concursal, los trámites para acordarla serán los previstos en el art. 74 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la acumulación de procesos –de aplicación subsidiaria en virtud de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal-, y no el incidente concursal, pero con especialidades que resultan de art. 25 de la Ley Concursal, concretamente que la legitimación para solicitarlo corresponde a los administradores concursales, estando previsto en la Ley Concursal que en sean en ciertos casos los de determinado concurso –los del concurso de la persona jurídica cuando se trata de acumular los concursos de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de sus deudas, o los del concurso de la sociedad dominante cuando se trata de acumular los concursos de las sociedades de su grupo-

Se planteó el problema de que fuera de los dos supuestos antes expresados, no está claro a cuál de los concursos ha de realizarse la acumulación. La regla del art. 10.4 de la Ley Concursal, que establece la competencia territorial del Juzgado donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor de mayor pasivo, podría servir de pauta de aplicación analógica, por lo que, de aceptar este criterio, la acumulación habría de realizarse al concurso del deudor con mayor pasivo.

Parece razonable que si hay discrepancia entre distintos Juzgados sobre la procedencia de la acumulación, decidirá el superior común (art. 94 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, puede entenderse que sólo cabe recurso de reposición y protesta contra el auto resolutorio de la petición de acumulación (art. 197.2 de la Ley Concursal). “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 1)

2. Efectos de la acumulación

“Asimismo, se entendió que la acumulación, sea inicial o sea sucesiva, no supone la tramitación de un único concurso, sino de varios tramitados coordinadamente, lo que explica la previsión del

art. 101.2 de la Ley Concursal –y a ser posible, con una sola administración concursal, aunque si la acumulación es sucesiva y ya hay nombrados administradores concursales distintos en los diversos concursos acumulados, no se encontró que existiera causa legal para cesar a los administradores de los concursos acumulados al “principal”-.

En los concursos acumulados de cónyuges, se entendió que conforme al art. 77 de la Ley Concursal, si el régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se entendió que puede formarse, además de la masa activa de bienes privativos de cada cónyuge, una tercera masa con los bienes gananciales o comunes de los cónyuges. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 1)

3. Una suspensión de pagos no es acumulable a un concurso

Admitida en el derecho vigente la posibilidad de acumulación de manera expresa por vez primera, el problema que se plantea es que la solicitud pretende la incorporación a este concurso de un procedimiento de Suspensión de Pagos, iniciado conforme a la anterior legislación y lógicamente con anterioridad a la incoación de este procedimiento, pues se considera que al tratarse de una sociedad que depende en su totalidad de otra declarada en concurso, que a su vez está participada por la sociedad holding, lo más conveniente para la tramitación de la situación concursal es que todos ellos se dirijan desde un mismo procedimiento.

Al respecto la Disposición Transitoria 1ª de la LC dispone que «los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior» con algunas excepciones.

Se constata así la necesidad de someter la tramitación de la Suspensión de Pagos a su tramitación específica, contenida en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, con las excepciones relativas a la directa aplicabilidad de la LC a esa situación concursal, lo que impide cumplir con la finalidad que conforme al art. 74 de la LECiv pretende la acumulación, es decir, seguir un solo procedimiento.

Aunque se defendiera que una cosa es el «procedimiento» y otra las normas de tramitación procesal, es muy difícil coordinar la actuación procesal que necesitará la Suspensión de Pagos con la que contiene la legislación vigente. Al coexistir dos normativas diferentes, y en algún caso incluso contradictorias, la eventual acumulación puede generar un importante conjunto de problemas difícilmente resolubles.

La tramitación conjunta en realidad será imposible, porque no hay razón para retrotraer las actuaciones que se siguen por la Suspensión de Pagos, a las que sólo parcialmente puede aplicársele la regulación actualmente vigente, ni forma de coordinar previsiones legales diferentes, contenidas en textos legales diversos.

Hay que tener en cuenta además que el procedimiento de Suspensión de Pagos es de naturaleza voluntaria. Es el deudor quien solicita este privilegio, y por lo tanto está en su mano renunciar a él. En consecuencia el dueño de la sociedad en suspensión de pagos, a que está declarada en concurso en el presente procedimiento, puede instar del órgano de administración social para que desista de tal situación y reclamar ulteriormente la declaración de concurso, evitando la duplicidad de regulaciones legales y los problemas que trae consigo.

Puede que no convenga al deudor actuar de esta manera, pero en su mano tiene esa posibilidad que además cabe sea planteada por la propia administración concursal, caso de considerar que es procedente. De esa forma se llega a una solución semejante a la reclamada pero evitando el conjunto de problemas que trae consigo la acumulación de un procedimiento de Suspensión de Pagos a otro concursal.

Todo ello conduce a rechazar la petición planteada, al no ser posible la acumulación de dos procedimientos de clase diferente, aunque de naturaleza similar, como son los de Suspensión de Pagos, regulado por su Ley de 1922 y el Concursal, sometido a la vigente Ley Concursal.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 30-12-2004 (AC 2005/34)

1. En los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo.

Art. 25. 1

1. Legitimación activa de los acreedores para solicitar la acumulación de concursos

“PRIMERO Legitimación para solicitar la acumulación de concursos.- Se solicita por la Agencia Estatal Tributaria, acreedora en este procedimiento concursal, que se acumule el procedimiento

de Suspensión de Pagos 251/2004, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Getxo (Bizkaia), que afecta a Nicosia Trade, SA, en el que también es acreedora, ya que se trata de una sociedad cuyo accionariado pertenece en un 100% a Raciones Naturales, SAU en liquidación, entidad que a su vez pertenece en un 100% a Grupo Carneus, SL en liquidación, estando ambas declaradas en concurso en el presente procedimiento.

Las partes personadas, el deudor y la administración concursal, niegan legitimación a la Agencia Estatal Tributaria, es decir, a un acreedor, para solicitar la acumulación de un procedimiento de suspensión de pagos previo a este procedimiento concursal.

Al respecto, el art. 25.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que «en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo».

Puede apreciarse que la norma parece limitar a la administración concursal de la sociedad dominante, la legitimación para solicitar la acumulación de concursos ya declarados de sociedades del mismo grupo, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la acumulación de solicitudes de concursos que contiene el art. 15.2 de la LC.

Como se desprende igualmente del art. 25, la legitimación para solicitar la acumulación de varios concursos se limita también a la administración concursal en los demás supuestos regulados en el precepto, pues así se declara en el apartado 2, para el caso de miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica, y en el apartado 3, para el concurso de cónyuges.

No obstante todo ello, el art. 3.5 de la Ley Concursal autoriza al acreedor a instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios de sus deudores, y si son personas jurídicas, será preciso que formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Si el acreedor está legitimado para instar el concurso de varios de sus deudores en esos supuestos, no se entiende la razón por la que no pueda instar ulteriormente la acumulación de los concursos declarados sucesivamente, cuando se trata de empresas que forman parte del mismo grupo.

Puede que la Ley haya pretendido facilitar la declaración concursal conjunta y dificultar la acumulación, restringiendo la legitimación a la administración concursal, limitando además dicha posibilidad a la administración concursal de la sociedad dominante, lo que impediría a la administración concursal de las sociedades participadas y declaradas en concurso la solicitud de acumulación al concurso de la sociedad dominante o de otras del mismo grupo. Esto supondría que, una vez declarados los distintos concursos, incluso a instancia del mismo acreedor que inicialmente no lo planteó de manera conjunta, sólo sería posible a los interesados reclamar de la administración concursal que proceda a tal solicitud, que no podrían plantear los acreedores.

Tal interpretación, sin embargo, pugna con la coherencia del texto legal. La declaración de concurso, para la que sí está legitimado el acreedor, es una posibilidad mucho más grave, y sus consecuencias mucho más importantes, que la eventual acumulación de dos concursos ya declarados, que al fin y al cabo sólo suponen la tramitación conjunta de ambos procedimientos, vistos los términos del art. 74 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECiv).

Porque si un acreedor puede instar una medida tan grave como la declaración conjunta de un grupo de sociedades (art. 3.5 LC), que trae consigo salvo decisión judicial la suspensión de la administración de las empresas del grupo (art. 40.2), y le permite solicitar al Juez del concurso que de oficio acuerde el embargo de los bienes de los administradores sociales por si incurrieran en responsabilidad concursal (art. 48.3), medidas todas que suponen una evidente limitación de los derechos de las personas jurídicas afectadas por la declaración de concurso y sus administradores, no hay fundamento para restringir la legitimación para acumular los concursos de sus deudores, que es una eventualidad mucho menos gravosa pues los concursos ya están declarados y la única consecuencia es la tramitación conjunta (pudiendo incluso condicionarse un convenio de una concursada a la aprobación judicial de otro, art. 101.2 LC) y no una mayor restricción de los derechos de los concursados.

La interpretación del art. 25 de la Ley Concursal debe ser coherente con el art. 3.5, y puesto que, como se decía, la declaración conjunta del concurso es mucho más importante y gravosa que la simple acumulación de concursos ya declarados, ha de admitirse también la legitimación de un acreedor, siempre que concurren los requisitos señalados en dicho art. 3.5, para solicitar la acumulación de concursos de dos de sus deudores pertenecientes al mismo grupo de sociedades, siempre que exista identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones, y ello incluso frente al parecer de la propia administración concursal.

Ésta puede no compartir los criterios que justifiquen la petición de un acreedor, como ha ocurrido en este caso. Pero si el juzgado entiende que las empresas forman un grupo y que dadas las identidades que dispone la Ley es más razonable que todos los concursos se tramiten de forma conjunta, incluso con una sola administración concursal, sería posible acceder a una petición semejante de acreedor, incluso frente al parecer de la administración,

que sin duda debe ser oída, pero cuyo parecer no puede ser vinculante en una cuestión que, además, es esencialmente procesal y no económica.

Por dichas razones se admite la legitimación activa de un acreedor, la Agencia Estatal Tributaria, para reclamar la acumulación de dos procedimientos concursales de entidades que pertenecen al mismo grupo de sociedades, ya que el accionariado de Nicosia Trade, SA, cuyo procedimiento concursal se reclama sea acumulado a este concurso, pertenece en un 100% a Raciones Naturales, SAU en liquidación, cuyo propietario en un 100% del capital social es Grupo Carneus, SL en liquidación, estando estas dos últimas empresas en situación de concurso declarado en este procedimiento, pues en todos los casos la Agencia Estatal Tributaria es acreedora de las sociedades y, en consecuencia, pudo instar el concurso del grupo de sociedades por concurrir los requisitos del art. 3.5 de la LC.” : Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 30-12-2004 (AC 2005/34)

2. Procedencia de la acumulación. Unidad de decisión. Pertenencia al grupo de sociedades

“Único.- 1. El artículo 25 de la Ley Concursal establece que “en los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo”. El párrafo 4 del mismo precepto advierte que la acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados.

2. Antes de entrar a analizar los motivos que llevan, en su caso, a solicitar o rechazar la acumulación solicitada debe tenerse en cuenta que el mencionado artículo 25 ha de complementarse con el contenido del artículo 3.5 de la propia Ley concursal que reconoce, respecto del concurso necesario, que el acreedor pueda instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o siendo personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

3. Como se indica en el párrafo anterior el artículo 25 y el 3.5 de la Ley Concursal deben considerarse preceptos complementarios en la medida en la que, entre ambos, se establece el marco legal en el que resulta posible la acumulación de procedimientos concursales. No tendría sentido ni procesal ni material que el legislador hubiera establecido un marco distinto para la acumulación según fuera el concurso necesario o voluntario.

4. Sentado lo anterior cuando el artículo 25.1 de la Ley Concursal hace referencia a sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo, el concepto de grupo de sociedades debe vincularse a la idea de identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.

5. La pregunta que debe contestarse es si la entidad mercantil MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. (IBERMAN) forma parte del grupo TRACOINSA y, por lo tanto, declarado el concurso de la sociedad matriz del grupo en octubre de 2004 deben acumularse a dicho procedimiento los concursos de las sociedades que, conforme a los criterios expresados en el ordinal 4 de este fundamento, forman parte del mismo grupo.

6. Puede resultar interesante hacer una recapitulación de algunos de los datos que aparecen en el procedimiento 36/2004:

6.1. TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES S.A. es una sociedad cuyo accionariado ha sido mayoritariamente dominado por los Sres. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES.- El Sr. LÓPEZ ALBA fue hasta meses antes de la declaración de concurso presidente del consejo de administración de la mencionada sociedad.

6.2. TRACOINSA era la cabecera de un grupo integrado por otras sociedades en las que bien la propia TRACOINSA, bien el Sr. LÓPEZ ALBA o bien su entorno familiar conformaban el accionariado mayoritario de las sociedades. De ese modo este mismo Juzgado ha declarado los concursos de TRACOINSA SERVICIOS S.A., TRACOIN S.A., TRACOINSA ASTURIAS S.L. y TRACOINSA NAVARRA S.L.; además el Juzgado mercantil 3 dentro del procedimiento concursal 36/2004 ha tenido conocimiento y ha realizado actuaciones respecto de otras sociedades vinculadas a TRACOINSA y domiciliadas fuera de España (TRACOINSA UK y TRACOINSA BRASIL, referidas en la pieza de liquidación de la matriz. También las filiales en Francia y Benelux que han seguido procesos de liquidación fuera de territorio español, el establecimiento en Portugal también ha sido objeto de algunas actuaciones). De “otras TRACOINSAS” ha habido alguna referencia en el procedimiento principal: TRACOINSA USA, TRACOINSA México, TRACOINSA Venezuela aunque respecto de estas sociedades no ha sido posible determinar la verdadera existencia como entidad jurídica independiente, el grado de vinculación, ni la estructura de las mismas, y mucho menos su actual estado.

6.3. En los autos de declaración de concurso de TRACOINSA SERVICIOS S.A., TRACOIN S.A., TRACOINSA ASTURIAS S.L. y TRACOINSA NAVARRA S.L. se indicaban las razones y argumentos para que la competencia respecto de dichos procedimientos se atrajera al Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona y se acumularan los procedimientos al seguido con el nº 36/2004, acumulación que en ningún caso suponía la “confusión” de masa activa y pasiva de los

concursos sino una tramitación coordinada que permitiera dar un impulso armonizado al complejo andar económico y jurídico de las distintas sociedades una vez declarados los concursos.

6.4. No puede decirse que IBERMAN sea un “desconocido” para el procedimiento concursal de TRACOINSA. De la acción de reintegración instada por la administración concursal y cuya sentencia es firme (autos 225/2005 sentencia de 20 de junio de 2005) se pueden reproducir los hechos considerados probados y reflejados en el fundamento segundo de la sentencia en los que se describe la situación de IBERMAN meses antes de la declaración del concurso de TRACOINSA:

1) la administración concursal articula su acción de reintegración a partir de la noticia de que los concursados habían transmitido al Sr. PARRAMÓN determinadas participaciones de MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. que habían determinado que la citada mercantil saliera de la esfera de disposición de los concursados y pasara a ser titularidad del Sr. PARRAMÓN, que había sido además designado administrador de la citada mercantil.

2) A falta de otros datos iniciales - que no aparecen del todo definidos en la solicitud de concurso necesario - la administración concursal asienta su criterio en la idea de considerar que el Sr. PARRAMÓN había recibido las participaciones como pago o compensación por los servicios y actividades que de modo directo o mediato había realizado para la mercantil TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES S.A. (TRACOINSA) declara en concurso por este mismo Juzgado. Se aporta un contrato de colaboración de la mercantil CAPADOCIA SISTEMAS S.L. con TRACOINSA así como otras sociedades administradas o participadas por el Sr. PARRAMÓN y con relaciones jurídicas con TRACOINSA.

3) Ya en fase de contestación tanto el Sr. PARRAMÓN como MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. aportan documentación en la que aparece:

a. Que el 27 de junio de 1997 don Josep PARRAMÓN LLAVET y su padre, don Josep Parramón Cauba, prestaron a don Adelardo LÓPEZ ALBA la suma de 299.000.000 de pesetas, firmándose 10 letras para articular el pago aplazado de la deuda. En el condicionante quinto se establece que don Adelardo LÓPEZ ALBA responde con todo su patrimonio y con todos los bienes presentes y futuros y, especialmente con el 100% de la empresa MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A..

b. El contrato se nova el 18 de diciembre de 2001 y de nuevo el Sr. PARRAMÓN LLAVET y su padre hacen constar la realidad del préstamo y se libran 8 nuevas letras andorranas, la última con vencimiento el 30 de octubre de 2004. De nuevo en el pacto quinto se pacta que tanto el Sr. Parramón cauba como el Sr. PARRAMÓN LLAVET podrán exigir a don Adelardo LÓPEZ ALBA la venta de la totalidad de las acciones de su propiedad o de su familia sobre la mercantil MONTAJES Y CONSERVACIONES IBERMAN S.A. en compensación de la deuda.

c. La documentación de los propios demandados permite acreditar que se realizaron algunos pagos al padre del Sr. PARRAMÓN.

d. La documentación aportada por el propio demandado permite acreditar que el 28 de julio de 2004 los hoy concursados otorgaron amplios poderes al Sr. PARRAMÓN para vender sin limitación alguna - a salvo el precio mínimo fijado en 1.360.000 euros - las participaciones de la citada mercantil.

e. El día 25 de noviembre de 2004 el Sr. PARRAMÓN en representación de sus poderdantes y en la suya propia adquiere las citadas participaciones por el precio de 1.370.000, en esta escritura se hace referencia a un mayor crédito que correspondía al Sr. PARRAMÓN frente a los vendedores y a que las acciones vendidas se encontraban pignoradas a favor del Sr. PARRAMÓN.

f. Durante el desarrollo del juicio se han aportado los apuntes bancarios que acreditan el ingreso del dinero en una cuenta andorrana en la fecha del contrato en 1997, así como la declaración tanto del Sr. LÓPEZ ALBA como de un testigo que acreditan la realidad del préstamo y la entrega de ese dinero en efectivo y su aplicación a diversos gastos que debía afrontar el Sr. LÓPEZ ALBA a favor de las sociedades que por aquellas fechas gestionaba y de las que disponía de modo directo o por medio de sus allegados el control de participaciones y acciones - fundamentalmente TRACOINSA, concursada desde el 27 de octubre de 2004 y sus filiales TRACOINSA SERVICIOS S.A. y TRACOIN S.A. en concurso desde noviembre de 2004, TRACOINSA ASTURIAS S.L., declarada en concurso en febrero de 2005, o TRACOINSA NAVARRA S.L., cuyo concurso ha sido presentado muy recientemente, así como otras empresas participadas en el extranjero también inmersas en situaciones de crisis o incluso proceso de insolvencia (Francia, Benelux, Alemania y Reino Unido)

6.5 La anterior sentencia se dicta como incidente derivado del procedimiento concursal 145/2005 - el de los Sres. LOPEZ ALBA y VICTORI AREALES -, concurso voluntario que se presenta por los instantes para su acumulación al concurso de TRACOINSA. Por lo tanto IBERMAN se reintegra al patrimonio de los Sres. LOPEZ ALBA y VICTORI AREALES y los Sres. LOPEZ ALBA y VICTORI AREALES estaban declarados en concurso por el Juzgado mercantil nº 3, concurso que sí se acumuló al concurso de TRACOINSA por expresa voluntad de los concursados que, en ese momento consideraron procesalmente posible y materialmente conveniente que se tramitara de modo acumulado el concurso personal de los principales accionistas de TRACOINSA y de su

presidente desde su fundación hasta pocas semanas antes de octubre de 2004, a la sociedad matriz del grupo.

6.6. La acción de reintegración no es la única referencia a IBERMAN en el conjunto de procedimientos seguidos a raíz del concurso de TRACOINSA. IBERMAN vuelve a aparecer en la propuesta de convenio que TRACOINSA presenta a consideración de los acreedores en el otoño de 2005, propuesta de convenio que en su preámbulo indica la vinculación de origen de IBERMAN y TRACOINSA, la conversión de IBERMAN en una empresa de servicios cuyo principal cliente fue TRACOINSA y el deseo por parte de IBERMAN de actuar como "tercero" dispuesto a asumir obligaciones en dicho convenio. En aquel momento la mercantil IBERMAN estaba bajo control judicial dado que se había nombrado un auxiliar delegado en el concurso personal de los Sres. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES, auxiliar delegado que tenía como única responsabilidad la de controlar la mencionada compañía IBERMAN.

6.7. Hay otras referencias en el procedimiento concursal de TRACOINSA a IBERMAN. Así en los 103/2005, incidente de reintegración planteado respecto de doña María José LÓPEZ VAZQUEZ, trabajadora de TRACOINSA y de IBERMAN, incidente dictado en el procedimiento de TRACOINSA. La sentencia de 20 de septiembre de 2005 (no firme puesto que fue apelada por la Sra. LÓPEZ VÁZQUEZ) en su fundamento tercero refleja como hechos probados:

1) Que doña M^a José LÓPEZ VÁZQUEZ estaba laboralmente vinculada a TRACOINSA desde hacía más de 20 años.- La hoja de vida laboral establece los períodos de altas y bajas y las dudas que pudieran generar algunos períodos profesionales deben quedar disipadas con el contenido de esta hoja de vida laboral.

2) Que doña M^a LÓPEZ VÁZQUEZ asumía funciones directivas inicialmente vinculadas al área financiera y finalmente circunscritas al asesoramiento y consejo al Presidente de la Compañía - el Sr. LÓPEZ ALBA -, hasta el punto de que en varios pasajes de la declaración la demandada indica que su último puesto fue de "adjunta al presidente".

3) La Sra. LÓPEZ VÁZQUEZ tanto en su contestación a la demanda como en la declaración ha advertido que para ella TRACOINSA articulaba a un grupo de empresas de las que TRANSPORTES CONTINUOS E INTERIORES S.A. era la sociedad principal y que TRACOINSA SYSTEMS S.A., TRACOINSA SERVICIOS S.A., TRACOIN S.A. y la propia IBERMAN eran integrantes del grupo. A nadie le escapa que el tratamiento de grupo de empresas en el ámbito civil y el laboral se fija conforme a diferentes parámetros pero lo reconocido por la demandada es que desde la empresa principal podía realizar trabajos para distintas sociedades vinculadas al patrimonio de la familia LÓPEZ ALBA e incluso compatibilizar la percepción de salarios por parte de una de las empresas de lo que ella consideraba grupo y los incentivos o primas de otra de las sociedades.

4) Igualmente reconoce la demandada no haber dejado de trabajar para el grupo en ningún momento.

5) El Sr. LÓPEZ ALBA hasta fechas inmediatamente anteriores a la declaración del concurso no sólo ha sido presidente del consejo de administración de TRACOINSA, sino que incluso miembros de su familia han formado parte de este consejo. Ha sido accionista mayoritario con facultades de decisión y ha podido incluso instar el cese de administradores de la compañía cuando lo ha considerado oportuno. En similar situación se encontraba y encuentra dentro de IBERMAN, en la que - salvedad hecha de una operación ya rescindida de transmisión a un tercero en septiembre de 2004 - ha dispuesto siempre de un porcentaje abrumadoramente mayoritario de acciones. En definitiva el Sr. LÓPEZ ALBA como TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES S.A. contrata a la demandada a principios de los años 80, como responsable de esta sociedad decide encomendar a la demandada actividades vinculadas a otras sociedades que se encontraban dentro de su esfera patrimonial, incluso desplaza físicamente el lugar de trabajo de la Sra. LÓPEZ a oficinas de distintas sociedades. En este punto debe advertirse que no ha sido requerido en el procedimiento concursal ningún pronunciamiento expreso respecto de la constitución como grupo de las distintas sociedades vinculadas al Sr. LÓPEZ ALBA y a su familia hasta el punto de que los diversos concursos de estas sociedades se han solicitado cuando han concurrido las causas legales para la declaración de concurso de cada sociedad y hay sociedades - como la propia IBERMAN - que no han solicitado el concurso.

Si la demandada considera que trabaja para un grupo de empresas, si considera que su responsabilidad se vincula a la confianza que en ella deposita quien controla el accionariado y los órganos de decisión de las distintas sociedades, si se trabaja sin solución de continuidad y con responsabilidades similares en una u otra empresa abstracción hecha de quien fuera quien formalmente satisficiera el salario, parece lógico y razonable considerar que la transacción del despido con una indemnización elevada tiene reflejos fraudulentos que se acentúan si se tiene en cuenta:

- Que como responsable del área financiera y como persona de confianza del principal accionista conocía la situación de las empresas,
- Que ha dispuesto de poderes generales de la sociedad,
- Que tanto de la contestación a la demanda como de la propia tacha de testigos presentada ha transmitido sus divergencias con otros ejecutivos de la sociedad,
- Que las discrepancias en cuanto a algunos datos de hojas de salario, el contenido de algunas

cartas aportadas como documentación y con el membrete de TRACOINSA e incluso las imprecisiones en cuanto a algunas fechas y cobros de prima se han imputado a simples errores materiales,

Que el Sr. LÓPEZ ALBA ha sido desde la constitución de TRACOINSA hasta la actualidad el principal accionista de la sociedad y, salvo el lapso de presidencia del Sr. García Nieto y la declaración del concurso, el presidente del consejo, igual que ha sido administrador de IBERMAN.

6.8. Al declararse el concurso de la mercantil TRACOINSA las acciones de IBERMAN eran propiedad de un tercero. Como consecuencia del incidente de reintegración articulado en el concurso del Sr. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES las acciones de la mencionada sociedad "regresan" al patrimonio ganancial del Sr. LÓPEZ ALBA y su esposa. De los datos que aparecen en el concurso personal el Sr. LÓPEZ ALBA no se ha desvinculado de IBERMAN en ningún momento, primero como administrador y colaborador de la sociedad, cuando entregó las acciones a un tercero siguió actuando como colaborador de la sociedad, al ser reintegrada la sociedad volvió a asumir la administración de la misma, al ser suspendido en sus facultades patrimoniales como consecuencia de la apertura de la liquidación de su concurso personal siguió como colaborador, hasta el punto de que una parte importante de los alimentos que debía percibir como consecuencia de su concurso personal se vinculaban a su trabajo en IBERMAN.

6.9. La decisión de que las acciones de IBERMAN pasen a ser titularidad de la Sra. VICTORI AREALES es consecuencia de la sentencia dictada en el concurso personal de los Sres. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES, sentencia que determina la disolución del régimen de gananciales del mencionado matrimonio y la atribución a la Sra. VICTORI de las acciones de la sociedad, decisión que tenía como finalidad la de preservar una parte del patrimonio de la familia y evitar que pudiera quedar afecto a posibles responsabilidades patrimoniales del Sr. LÓPEZ ALBA como administrador de TRACOINSA:

6.10 Concluyendo esta extensa recapitulación: IBERMAN ha estado directamente vinculado al patrimonio del matrimonio LÓPEZ ALBA/VICTORI AREALES desde su constitución. El Sr. LÓPEZ ALBA bien bajo administración directa, bien bajo colaboración y dirección de la actividad industrial ha mantenido la capacidad de decisión y gestión de la compañía desde su constitución hasta el momento de declaración de los sucesivos concursos. IBERMAN ha sido el embrión sobre el que arranca la actividad empresarial de la familia LÓPEZ y de IBERMAN surge TRACOINSA, hasta el punto de que IBERMAN llega a funcionar como una empresa auxiliar de la cabecera del grupo.

7. La interpretación efectuada por TRACOINSA para negar legitimación activa a los administradores del concurso de IBERMAN no tiene apoyo legal en la dicción literal del artículo 25. En ningún momento indica dicho precepto si es la administración de la sociedad dominante o la de cualquiera de las empresas vinculadas la que debe asumir ese impulso procesal. En este caso son dos de los administradores concursales de IBERMAN los que reclaman la acumulación y el propio artículo 25 reconoce en alguno de sus párrafos la legitimación para reclamar de los administradores de cualquiera de los concursos.

8. Se da además la circunstancia de que uno de los administradores designados en el concurso de IBERMAN por el Juzgado Mercantil nº 3 es auxiliar delegado designado para los concursos de TRACOINSA, TRACOIN S.A. y TRACOINSA SERVICIOS S.A.; como tal auxiliar delegado designado por el Juzgado el mencionado administrador se ha integrado en funciones de administración de todas y cada una de las sociedades cuyos concursos se han acumulado ante el Juzgado nº 3. Está integrado en la estructura jurídica de la administración concursal de las distintas sociedades que se tramitan acumuladamente ante el Juzgado mercantil 3 de Barcelona y, lo que resulta más importante, dispone de un conocimiento puntual de la situación, actuaciones, relaciones y estado de las sociedades TRACOINSA; TRACOINSA SERVICIOS, TRACOIN e IBERMAN. No parece que, por lo tanto, deban establecerse barreras procesales a su iniciativa.

9. La argumentación articulada por TRACOINSA para oponerse a la acumulación se basa en una interpretación literal del artículo 25 que omite o elude cualquier referencia al concepto de grupo que prevé el artículo 3.5 de la Ley concursal al hablar de identidad sustancial de miembros y unidad en la toma de decisiones. Esa interpretación literal, adaptada a la estrategia procesal que considera adecuada a su legítimo derecho de defensa en esta fase de los procedimientos, se aparta de la posición que los concursados en los distintos procedimientos ya acumulados ha seguido respecto de las posibilidades de acumulación en el procedimiento concursal y de la vinculación que IBERMAN tenía a TRACOINSA.

10. La concursada TRACOINSA se ampara en decisiones judiciales adoptadas en el seno del concurso del Sr. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES para defender la formal desafectación de IBERMAN a TRACOINSA por el hecho de que su actual accionista no sea el Sr. LÓPEZ sino su esposa y que la administración de la sociedad, después de haber sido nombrado durante algunos meses el hijo de los concursados, se haya atribuido ahora a una sociedad.

11. La pretendida desafectación producida en la tramitación del concurso personal del Sr. LÓPEZ y de su esposa no modifica el hecho de que la referencia temporal válida para conformar activos y pasivos en los procedimientos concursales sea la de declaración de concurso, en este

caso el de TRACOINSA y el de los Sres. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES, así como la fiscalización de las actuaciones de los dos años anteriores por medio de las acciones de reintegración. Es dicho momento y circunstancia el que debe determinar si concurren los elementos formales y materiales para acordar la acumulación.

12. El Código de comercio - artículo 42 - establece que existe grupo de sociedades cuando varias sociedades constituyan una "unidad de decisión". Estableciendo como presunción de la existencia de unidad en los 4 supuestos mencionados en el propio artículo 42, presunción que no determina la posibilidad de considerar la existencia de grupo de sociedades cuando esa unidad de decisión no se constate por el juego de presunciones del artículo 42 sino por la concurrencia de otros elementos de derecho.

13. En el caso de IBERMAN la unidad de decisión que da lugar a la existencia de un grupo de sociedades queda ampliamente constatada en los autos tanto del concurso de TRACOINSA como en el concurso personal (el ordinal 6 de este fundamento refleja los datos fundamentales de esta argumentación) en la medida en la que tanto en TRACOINSA como en las distintas sociedades a ella vinculadas y a la propia IBERMAN las decisiones las adoptaba el principal bloque accionario, bloque accionario mayoritario en todas las sociedades que se vinculaba a la familia LÓPEZ ALBA/VICTORI AREALES, asumiendo el Sr. LÓPEZ ALBA la representación y administración formal de todas las sociedades durante una parte sustancial de su vida y actividad y manteniendo incluso en la situación concursal de todas ellas el liderazgo en la actividad y gestión material de las misma, manteniendo la unidad formal y material de decisión al quedar la mayoría las acciones y participaciones de las distintas sociedades en sus propias manos o en las de su entorno familiar. Esa unidad de decisión es la que llevó a acumular - a instancias de los Sres. LÓPEZ ALBA y VICTORI AREALES - su concurso personal al concurso de TRACOINSA y es la que debe llevar a acumular el concurso de IBERMAN a los concursos ya acumulados.": Auto JM-3 Barcelona 21.03.2006 (JUR 2006/113976)

2. También podrán acumularse, a solicitud de la administración concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta.
3. Declarados los concursos de ambos cónyuges, la administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar del juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge.
4. La acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados, sin perjuicio del condicionamiento recíproco de los convenios, conforme a lo previsto en el artículo 101.

TÍTULO II - DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Artículo 26. Formación de la sección segunda.

Declarado el concurso conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez ordenará la formación de la sección segunda, que comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

CAPÍTULO I - Del nombramiento de los administradores concursales

Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.

1. La administración concursal estará integrada por los siguientes miembros:

- 1.º Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- 2.º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- 3.º Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. El juez procederá al nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurren esas condiciones.

Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, designará, conforme al procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.º anterior, el cual estará sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal.

En caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona natural en quien no concorra la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.º anterior, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, quedando sometido el profesional así designado al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneración que los demás miembros de la administración concursal.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1:

- 1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, en lugar del economista, auditor o titulado mercantil, será nombrado administrador concursal personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta de similar cualificación, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla. El abogado y el miembro de la administración concursal representante del acreedor serán nombrados por el juez a propuesta del fondo de garantía al que esté adherida la entidad o quien haya asumido la cobertura propia del sistema de indemnización de inversores.
- 2.º En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora será nombrado en lugar del acreedor el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, quienes deberán comunicar al juez de inmediato la identidad de la persona natural que haya de representarlos en el ejercicio del cargo. Por lo que se refiere a la designación del administrador abogado y al auditor, economista o titulado mercantil, el juez los nombrará de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.
- 3.º Cuando se aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191, la administración concursal podrá estar integrada por un único miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reúna los requisitos previstos en el apartado 1.

3. El nombramiento de los profesionales que hayan de integrar la administración concursal conforme a lo previsto en el apartado 1 se realizará por el juez del concurso entre quienes, reuniendo las condiciones legales, hayan manifestado su disponibilidad para el desempeño de tal función al Registro oficial de auditores de cuentas o al correspondiente colegio profesional, en el caso de los profesionales cuya

colegiación resulte obligatoria. A tal efecto, el referido registro y los colegios presentarán en el decanato de los juzgados competentes, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria se inscribirán en las listas que a tal efecto se elaborarán en el decanato de los juzgados competentes. La incorporación de los profesionales a las respectivas listas será gratuita. Los profesionales implicados acreditarán en todo caso su compromiso de formación en la materia concursal.

Art. 27.3

1. Nombramiento de los profesionales por el Juez

“**SEGUNDO.-** La regulación de la sindicatura en los procedimientos de insolvencia es la piedra angular de su sistema, en el plano de la eficacia y de su limpieza de gestión, según demuestra su polémica en el Derecho comparado europeo último.

El caso es que, en el campo del nombramiento, del mecanismo de entrada al cargo, y dejando aparte las materias de la salida -estatuto jurídico, cese, y responsabilidad-, el modelo de LECO, desde unos requerimientos fundados en los tres rasgos fundamentales que adornan a la administración concursal, a saber, su extraordinaria importancia, su carácter necesario, y su profesionalidad, auspicia un régimen con el objetivo patente de no profesionalizar el cargo de administrador concursal, no obstante reclutar tales administradores entre profesionales, excluyendo que se perpetúe un círculo cerrado de escasas personas que repitan los encargos judiciales, sin generar una confianza en acreedores y público en general de cara al nuevo concepto "solutorio" del concurso, y por ende, incapaz de superar el desuso y descrédito de las instituciones concursales en nuestro país. Claro que ello implica esfuerzos contradictorios en buena medida, ya que los administradores expertos no han sido foco de una praxis corrupta en la mayoría de demarcaciones, y los administradores inexpertos, por contra, pueden ser foco de praxis ineficiente. Ha de tenerse presente, en contra de pueriles inteligencias voluntaristas, que no compensa a ningún profesional lograr una capacitación adecuada para no poder utilizarla más que esporádicamente.

El punto legal final de equilibrio ha sido un determinado ejemplo, por una parte, de limitar la discrecionalidad judicial para el nombramiento sin eliminarla, con una selección libre del juez, aun de entre un listado proporcionado y depurado, a través de un compromiso de formación continuada, por las corporaciones (1), y por otra establecer un tupido entramado de causas que impiden, condicionan o expulsan del cargo de administrador concursal, el cual incluye un nivel de reiteración temporal para la elegibilidad (2). Se puede censurar que los nombramientos judiciales no están todavía regulados de modo que no reincidan los mismos profesionales, si se suma a la designación del administrador acreedor la arbitrada por el juez, y tomando en cuenta que no es el número de concursos tan alto en el lapso bianual que justifique la mencionada inegibilidad (tres concursos en dos años para cada uno de los dos juzgados de Bilbao). En el ámbito de esta circunscripción, precisamente se sigue la práctica -que no es una norma, y de la que se hace salvedad cuando la complejidad previsible del procedimiento aconseja depositar la confianza en alguien especialmente conocido-, de requerir al llamado Turno de Actuación Profesional, TAP, creado por el Colegio Vasco de Economistas, la Agrupación territorial del País Vasco del Instituto de Censores, Jurados de Cuentas, y el Colegio de Titulados mercantiles y empresariales del País Vasco-que funciona a otros objetos, como auditorías, periciales y administraciones de empresas-, la indicación del nombre del colegiado inscrito en el mismo a quien corresponde según el orden que lleva establecido, a fin de nombrarle para el procedimiento concursal. Por ello, de los sujetos pasivos de este incidente, Josu Bascones es economista auditor "apuntado" por el TAP y nombrado por este juzgado, mientras que Ricardo Ortuzar es economista auditor designado por un acreedor concursal nombrado al efecto, y que reunía las condiciones legales. Así, el juzgado se ha alineado con la predicha tesis legal, potenciándola en lo posible, persuadido de la ventaja de que el profesional indicado por el TAP aceptará el cargo si supera el predicho marco de prohibiciones, y previamente ya está advertido de las condiciones debidas de disponibilidad.”: Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

4. Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas. La intervención de estos profesionales no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso.

Artículo 28. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.

1. No podrán ser nombrados administradores concursales quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza. Tampoco podrán ser nombrados administradores

concursoales los que, reuniendo las condiciones subjetivas previstas en el apartado 1 del artículo 27, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.

Art. 28.1 "... quiénes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor ..."

"TERCERO.- Pues bien, en punto a la exégesis correcta de las causas de incompatibilidad absoluta de art. 28.1 y 4 LECO, debe defenderse, de un lado, la integración de estos dos mandatos normativos, dada la realidad del ejercicio profesional de los colegiados economistas auditores de este procedimiento (A); y de otro, negarse el empleo de un principio "ad restringenda", ya que no son prohibiciones o sanciones civiles (B).

A) En efecto, la práctica que se observa en los listados de colegiados de preparación económica es de ejercicio profesional como personas físicas, y en paralelo, asociándose en mercantiles cuya actividad es la misma, de manera que en unas ocasiones audita, administra, perita, o acepta el nombramiento de administrador concursal una persona natural, y en otras lo hace una persona jurídica que viene a ser representada por tal persona natural, siendo en todo caso el objeto material del trabajo uno idéntico.

Y debe sostenerse con claridad, a fin de que ello se advierta no sólo en este expediente, que LECO expulsa la posibilidad de que los profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional coincidente, sean administradores concursales del mismo concurso, en la medida que elimina la colegiabilidad por intereses coincidentes conforme art. 28.4 LECO. Y por lo menos, cuando como en el asunto, existe una indiferenciación de la prestación de servicios entre las personas físicas y la persona jurídica en que participan para la misma actividad, en cuanto a medios y práctica profesional, de manera que, a veces actúa formalmente una persona natural, a veces dos o más conjuntamente, y a veces, la sociedad en que se integran, sin que ello revista posibilidades de diferenciar materialmente el trabajo prestado, y al margen de quien es formalmente quien autoriza un documento, quien figura en la factura, etc., la incompatibilidad se transmite entre personas naturales y personas jurídicas. Toda inteligencia contraria supone burlar la vena ideológica del motivo de incompatibilidad por posibilidad de que se vislumbre un riesgo de resultar parcial, siquiera por el conocimiento previo de una realidad empresarial. Efectivamente, si se consigue demostrar que las personas naturales socias de personas jurídicas de la propia actividad profesional mantienen un alejamiento material arreglado al alejamiento formal, pudiera pensarse que quien ha prestado servicios al concursado, sea persona natural o jurídica, no transmite ese riesgo de parcialidad.

B) No hay ningún vector interpretativo de restricción en las causas de incapacidad y de incompatibilidad absoluta, como puede haberlo en cuanto a las prohibiciones o inelegibilidades, o incluso en cuanto a las condiciones para ejercer el cargo.

El administrador concursal tiene un carácter bifronte como perito o dictaminador, auxiliar del juez, y otro papel de administración y representación de las masas, como parte necesaria del procedimiento, actuando en defensa de los acreedores, y dinamizando el trámite. Pero es que, por añadidura, este carácter bifronte, tiene perfil de intereses tutelados diverso, puesto que, si el administrador concursal es un órgano/parte, no deja de ser una parte oficial defensora de la legalidad, asentada en móviles iuspúblicos de la tutela del crédito y la empresa. Ello se desvela a la hora de ponerse a oponer a un convenio aprobado ex art. 128.2 LECO, al promover resolución en el informe de calificación de art. 169.1 LECO, o cuando es parte facultada para impulsar el procedimiento y recurrir todos los actos judiciales. Y es por ello que se consagra un campo de arbitrio judicial para el nombramiento de administradores concursales, pero vedando la posibilidad de separación libérrima por pura pérdida de confianza del juez, y generándose un marco de competencias de la administración concursal inabordable para el juez, en el plano de gestión.

No hay un parecido más cercano de "parte imparcial" con dificultosa concepción, que la institución del Ministerio Fiscal, y de ahí que, en el plano de la imparcialidad objetiva y su tutela, por el contrario que en cuanto a prohibiciones de cara a evitar el enquistamiento de "profesionales de la insolvencia", la interpretación no puede ser restrictiva.

Una vez sentada la doctrina al objeto de la contienda, se han barajado por quien promueve el incidente varias líneas de establecer un vínculo material entre los recusados y el tercero Ricardo Cerdeiriña, quien efectuó la auditoría de las cuentas de Ostaila XXI S.L. pocos meses antes de la declaración del concurso.

Igualmente hay que esforzarse en ser cristalino en este punto. Tres ordenes elementos se ha señalado que unen a los Sres. Ortuzar, Bascones y Cerdeiriña: 1) Una ubicación física, compartiendo un local, unos servicios administrativos comunes, un teléfono y fax, una secretaria, etc.; 2) Unas determinadas formas "ad extra" como despacho profesional conjunto, de manera que se anuncia a los clientes y público en general como una comunidad de profesionales; 3) Un negocio común mediante sociedad mercantil de la profesión de economista auditor.

Pues bien, ni la localización física o unos servicios en comunidad de gastos, ni las puras formas aparentes "ad extra" de una proximidad de compañeros colegiados sirve para asentar el ligamen material que arraigue la incompatibilidad.

En cambio, casi siempre vendrá determinada por la relación de sociedad para el objeto social coincidente con la actividad profesional de los socios

Y de la relación de hechos probados cabe extraer que el Sr. Ortuzar no es incompatible con el cargo por razón de que el Sr. Cerderiña efectuara la auditoría de Otsaila XXI S.L., en tanto que sólo se han probado coincidencias físicas o de gastos compartidos.

En cambio, si aplicamos la inteligencia desenvuelta a la presente recusación es claro que el Sr. Bascones resulta incompatible con el cargo, por cuanto no sólo es socio de quien efectuó la auditoría en Loyola Auditores S.L., sino que se produce una indiferenciación en la prestación de servicios de estas dos personas naturales y la jurídica, el Sr. Bascones presta servicios de hecho en donde lo hace su socio, y precisamente a auxiliado a éste en la realización de la auditoría.

Efectivamente, la ayuda del Sr. Bascones en el caso de la auditoría que preocupa pudo ser ínfima o meramente instrumental, pero el caso es que, dadas las circunstancias del ejercicio profesional ya sentadas, no hay manera de fijarlo de cara a la "ratio legis" de la causa de incompatibilidad por posible sospecha de parcialidad de art. 28.1 LECO.

Por lo tanto, se estimará parcialmente la recusación, cesando al recusado en quien aparece causa de incompatibilidad no detectada en su día.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

2. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados 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 concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.

Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

3. El nombramiento del administrador concursal acreedor no podrá recaer en persona especialmente relacionada con el deudor, ni en acreedor que sea competidor del deudor o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora.

4. No podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93.

Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia.

Art. 28.4

1. Profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional

"La práctica que se observa en los listados de colegiados de preparación económica es de ejercicio profesional como personas físicas, y en paralelo, asociándose en mercantiles cuya actividad es la misma, de manera que en unas ocasiones audita, administra, perita, o acepta el nombramiento de administrador concursal una persona natural, y en otras lo hace una persona jurídica que viene a ser representada por tal persona natural, siendo en todo caso el objeto material del trabajo uno idéntico.

Y debe sostenerse con claridad, a fin de que ello se advierta no sólo en este expediente, que LECO expulsa la posibilidad de que los profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional coincidente, sean administradores concursales del mismo concurso, en la medida que elimina la colegiabilidad por intereses coincidentes conforme art. 28.4 LECO. Y por lo menos, cuando como en el asunto, existe una indiferenciación de la prestación de servicios entre las personas físicas y la persona jurídica en que participan para la misma actividad, en cuanto a medios y práctica profesional, de manera que, a veces actúa formalmente una persona natural, a veces dos o más conjuntamente, y a veces, la sociedad en que se integran, sin que ello revista posibilidades de diferenciar materialmente el trabajo prestado, y al margen de quien es formalmente quien autoriza un documento, quien figura en la factura, etc., la incompatibilidad se transmite entre personas naturales y personas jurídicas. Toda inteligencia contraria supone burlar la vena ideológica del motivo de incompatibilidad por posibilidad de que se vislumbre un riesgo de resultar parcial, siquiera por el conocimiento previo de una realidad empresarial. Efectivamente, si se consigue demostrar que las personas naturales socias de personas jurídicas de la propia actividad profesional mantienen un alejamiento material arreglado al alejamiento formal, pudiera pensarse que quien ha prestado servicios al concursado, sea persona natural o

5. Se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de los fondos de garantía de depósitos, del Consorcio de Compensación de Seguros y de cualesquiera Administraciones públicas acreedoras, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo o función pública, de las contenidas en el párrafo segundo del apartado 4 de este artículo y de las establecidas en el apartado 2.2.º del artículo 93.

Artículo 29. Aceptación.

1. El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para manifestar si acepta o no el encargo. De concurrir en él alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el juez mandará expedir y entregar al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.

Dicho documento acreditativo deberá ser devuelto al juzgado en el momento en el que se produzca el cese por cualquier causa del administrador concursal.

2. Si el designado no compareciese o no aceptase el cargo, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento. A quien sin justa causa no compareciese o no aceptase el cargo, no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años.

3. Aceptado el cargo, el designado sólo podrá renunciar por causa grave.

4. No será necesaria la aceptación cuando, en aplicación del artículo 27, el nombramiento recaiga en personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en un fondo de garantía de depósitos o en el Consorcio de Compensación de Seguros.

Artículo 30. Representación de las personas jurídicas administradores.

1. Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo.

2. Las personas jurídicas designadas se someterán al mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones previsto en el artículo 28. De igual modo, cuando haya sido designado un administrador persona natural, habrá de comunicar al juzgado si se encuentra integrado en alguna persona jurídica de carácter profesional al objeto de extender el mismo régimen de incompatibilidades a los restantes socios o colaboradores.

3. Será de aplicación al representante de la persona jurídica designada el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad y separación establecido para los administradores concursales. No podrá ser nombrado representante la persona que hubiera actuado en el mismo juzgado como administrador concursal o representante de éste en tres concursos dentro de los dos años anteriores, con las excepciones indicadas en el artículo 28.

4. Cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta deberá concurrir en la persona natural que designe como representante.

Artículo 31. Especialidades de la aceptación.

Al aceptar el cargo de administrador concursal, el abogado, el auditor, el economista o el titulado mercantil designados deberán señalar un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado.

Artículo 32. Auxiliares delegados.

1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquélla proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución.

Art. 32.1

1. Improcedencia de la figura cuando no se delegan funciones inherentes al cargo

“La dirección técnica de los pleitos que puedan afectar al concursado en los juicios que se ventilan extramuros del concurso en modo alguno compete con carácter necesario al letrado administrador concursal, sin que tampoco resulte de aplicación al caso la norma contenida en el art. 32 L.C. para la designación de auxiliares delegados dado que su prepuesto de aplicación es precisamente la delegación a terceros de “determinadas funciones” de entre aquellas que resulten propias o sean de la incumbencia exclusiva del órgano concursal. Conclusión de todo lo anterior es que la administración concursal es libre, dentro del ámbito de decisión en que se desenvuelve su actuación, para contratar los servicios de otro letrado que asuma la repetida tarea si entiende que concurren circunstancias -cualitativas como puede ser la complejidad técnica o la dispersión geográficas de los asuntos, o cuantitativas como su elevado número- que así lo aconsejan en interés de la masa. En el presente caso se informa por la Administración concursal que penden una serie de procedimientos civiles en los que es parte la concursada “Construcciones, Obras y Montajes del Principado, S.L.” y que se enumeran como 9 juicios cambiarios, 6 juicios monitorios, 18 juicios ordinarios, además de varias ejecuciones de títulos judiciales y no judiciales, a lo que hay que añadir la pendencia también de 12 juicios laborales y múltiples conciliaciones en UMAC, razón por la que se autorizó en la providencia ahora atacada la contratación por el órgano concursal de un letrado y su retribución por honorarios con cargo a la masa por 30.000 euros, argumentos que conducen en definitiva a la desestimación del recurso planteado. “:Auto JM-1 Oviedo (Asturias) 25.04.2006 (JUR 2006/147209)

2. Si el juez concediere la autorización, nombrará a los auxiliares, especificará sus funciones delegadas y determinará su retribución, la cual correrá a cargo de los administradores concursales y, salvo que expresamente acuerde otra cosa, en proporción a la correspondiente a cada uno de ellos. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la solicitud cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su denegación.

3. Será de aplicación a los auxiliares delegados el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes.

4. El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.

Artículo 33. Recusación.

1. Los administradores concursales podrán ser recusados por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

Art. 33.1

1. Legitimación de las asociaciones de consumidores

“PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil ha decidido no dar trámite al incidente de recusación planteado por la asociación URKOA contra uno de los miembros de la administración concursal de AFINSA al apreciar que aquélla carecería de legitimación activa para ese fin. Se entiende en la resolución recurrida que la apelante no podría defender los intereses particulares de determinados acreedores, sino que debería limitarse a la defensa de intereses colectivos de los consumidores, no cumpliendo entonces la premisa de ser acreedora de la entidad concursada, entendiendo restringida la facultad de recusar a la actuación individualizada del que sea acreedor de la concursada (además de al propio deudor). Sin embargo, URKOA no se conforma con tal decisión, insistiendo en que ostenta legitimación para instar el incidente de recusación, que debería ser admitido a trámite.

Para comprender la adecuada solución a este debate, no debe olvidarse que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación, conforme al artículo 11 de la LEC (en relación con el artículo 20 de la LGDCU), para defender en juicio: 1º) los derechos e intereses de la propia asociación; 2º) los derechos e intereses de sus asociados, actuando entonces en representación de éstos, debiendo en tal caso identificar a aquéllos afiliados por los que actúa, y ello sin perjuicio de la legitimación individual de cada uno de ellos; y 3º) los intereses generales de los consumidores y usuarios, actuando entonces a favor de la tutela de derechos ajenos merced a una expresa atribución legal, por lo que no se requerirá que los afectados sean precisamente afiliados suyos, pudiendo distinguirse dos supuestos: a) cuando se trate de un grupo de afectados perfectamente determinado o sea fácilmente determinable, aquélla podrá actuar en la defensa de sus intereses colectivos, compartiendo legitimación en ese

caso con las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como con los propios grupos de afectados; y b) cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación ostentarán, de modo exclusivo, siempre que fuesen representativas con arreglo a la ley, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos. Pues bien, la recurrente ASOCIACIÓN URIBE-KOSTA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (URKOA) está actuando en el ejercicio de la segunda de dichas facultades, pues está esgrimiendo la defensa de los derechos e intereses de un grupo de afiliados suyos (cuya identificación oferta mediante un listado) que serían acreedores de AFINSA. Cuando de lo que se trata es de defender en el seno del concurso de AFINSA los intereses de ese colectivo de acreedores que estén asociados a ella, la legitimación de URKOA para actuar en pro de aquéllos, no debería ser puesta en entredicho.

Es cierto, como se reseña en la resolución recurrida, que el nº 1 del artículo 33 de la Ley 22/2003 (L.C.) sólo atribuye la posibilidad de iniciar un incidente de recusación de un administrador concursal a las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso; ello obliga a acudir a lo previsto en el artículo 3 del mismo texto legal, que se la confiere al deudor y a cualquiera de sus acreedores. Lo que significa que es innegable que quién ostente la condición de acreedor (o al menos la de insinuado como tal, cuando se trata de las primeras fases en el concurso) podrá recusar a un administrador concursal. En consecuencia, si la entidad recurrente actúa precisamente en representación de algún o algunos acreedores no estaría justificado que se le opusiese obstáculo para promover la recusación.

SEGUNDO.- Si la ley ha querido conceder a cualquiera de los acreedores la posibilidad de recusar, no se advierte razón suficiente para interpretar el nº 1 del artículo 33 en el sentido tan restrictivo de que sólo pueda ponerse en marcha tal mecanismo mediante una actuación individualizada de alguno de ellos. Por el contrario, también debería tener cabida para promover la recusación tanto la iniciativa legalmente organizada y coordinada de un grupo de ellos, como la de una asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida que intervenga en el proceso en defensa de los derechos e intereses de determinados acreedores por ella representados, a fin de velar por la legalidad en la designación y por la garantía de independencia de la administración concursal. Es, desde luego, materia susceptible de común interés a dichos acreedores suscitar a través de su representante la existencia de una posible causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para el desempeño de su función por parte de un administrador concursal o poner de manifiesto una circunstancia que afecte a la imparcialidad de éste, todo lo cual tiene cabida precisamente en el incidente de recusación. (...)

CUARTO.- La consecuencia de los razonamientos precedentes es la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de la ASOCIACIÓN URIBE-KOSTA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (URKOA) contra el auto dictado el 27 de julio de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, debiendo declarar este tribunal que la apelante, en tanto que asociación de consumidores y usuarios, dispone de legitimación activa, en defensa de los intereses de sus asociados, que sean acreedores del concursado, para interponer un incidente de recusación contra un administrador concursal. Por lo que el juzgado debe tramitar dicho incidente con arreglo a lo previsto en el nº 4 del artículo 33 de la Ley Concursal, en cuyo marco procesal deberá decidirse, con las correspondientes garantías, si la recusación contra uno de los administradores concursales de AFINSA tiene o no justificación.”: SAP Madrid 17.05.2007 (Sección 28) (Rollo 124/2007)

2. Son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos.

Art. 33.2

1. Objeto del incidente

“Es de toda evidencia que SGOL persigue que se aparte del procedimiento a Josu Bascones y Ricardo Ortuzar por razón de que no les han parecido administradores concursales de su agrado, y es de suponer que ello derive de las posturas que se saben en el expediente de medidas colectivas de extinción de relaciones laborales tramitado, y de la sospecha que abriga de una especial sintonía con la dirección del grupo de empresas concursadas, de la que han sido despedidos personas proclives a las tesis de la representación sindical días antes de la solicitud de concurso, tanto de cara a dicho expediente como, en general, sobre el futuro de la actividad y el empleo. Pero lo sorprendente sería que un acreedor promoviera la recusación del administrador concursal que se le antojara favorable, lo mismo que nadie recusará al juez que percibe la favorezca, sino al que presume le es adverso. Al recusante no se le puede pedir un aséptico interés en la defensa de la legalidad o pureza del procedimiento, lo cual pertenece al interés público defendido por la legalidad y el juzgado, de modo que lo relevante no son las razones privadas, más o menos torcidas, para recusar, sino la constancia o no de la causa de recusación, lo mismo que no se cautela con este incidente la imparcialidad subjetiva de los recusados, de la que nadie debiera dudar, sino la objetiva conforme a los criterios prefijados por

la Ley. No se trata de indagar si los administradores concursales son venales, se inclinan irregularmente por alguno de los interesados en el concurso, o tienen intereses económicos en que el procedimiento circule en una u otra línea, lo cual pertenece al campo de sus responsabilidades, corporativas, civiles o incluso penales. Se trata de constatar si aparecen las causas que la norma ha preordenado como impeditivas del cargo, a fin de que no pueda abrigarse ninguna duda, en la ideología del legislador, de que hipotéticamente surgieran tal venalidad, inclinación o interés espurio.”: Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

2. Art. 219.9 LOPJ y administrador-acreedor

“TERCERO.- No es labor de este tribunal, en este momento procesal, enjuiciar la viabilidad de la recusación planteada por la ASOCIACIÓN URIBE-KOSTA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES (URKOA), ya que eso rebasaría el objeto de esta segunda instancia, a la que se ha accedido en la fase inicial de mero control de la admisión a trámite de la demanda incidental. Basta, por ahora, con dejar reseñado que cuando se pretenda aducir como causa de recusación la del nº 9 del artículo 219 de la LOPJ y el aludido sea el administrador concursal -acreedor, el interés en al asunto que se le pretenda reprochar deberá significar un plus relevante sobre el que necesariamente siempre ostentará todo aquél que reúna la condición de acreedor del concursado, pues de lo contrario el sistema legal de constitución de la administración concursal]. (artículo 27.1 de la LC) resultaría inaplicable.”: SAP Madrid 17.05.2007 (Sección 28) (Rollo 124/2007)

3. La recusación habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde.

Art. 33.3

“En cuanto a la tempestividad de la recusación, prevé art. 33.3 LECO que debe interponerse tan pronto se tenga conocimiento de la causa, pero, en principio, si no se trata de una causa objetiva, formal y simple, resulta difícil determinar el grado de conocimiento y el grado de la inmediatez, y además, siendo la causa de hecho, y con matices, no tiene sentido hacer bastante un conocimiento intuitivo, sino que deben acrisolarse para el recusante un mínimo de indicios que demuestren lo intuitivo. La recusación se prevé como mecanismo de revocación de nombramientos indebidos, apercibido el legislador de que la florida batería de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones no es fiscalizable por los jueces en el momento del nombramiento, y clama por su depuración a solicitud del interesado. Por ello, no se aprecia que la recusación pueda definitivamente repelerse por tardía, en tanto que el conocimiento con un mínimo éxito de acreditación no ha llegado ha adquirirse hasta dos meses después de que los recusados aceptaran sus cargos.”: Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

4. La recusación no tendrá efectos suspensivos y se sustanciará por los cauces del incidente concursal. El recusado seguirá actuando como administrador concursal, sin que la resolución que recaiga afecte a la validez de las actuaciones.

Art. 33.4

1. Consecuencias de la estimación de la recusación

“CUARTO.- En lo tocante a las consecuencias jurídicas de la estimación de la recusación, deben extraerse de las prevenidas en art. 127 LEC, en relación con su régimen legal específico de art. 33 LECO, teniendo en cuenta que la causa de recusación sea originaria o sobrevenida, y las concretas circunstancias de la aceptación del cargo, o del mantenimiento en el mismo, constatada aquélla.

Cuando se declara existente la causa de recusación no se trata de que el administrador concursal haya perdido la confianza del juez, lo que de suyo nunca justificaría, sin más, apartarle, pero tampoco que se haya producido un incumplimiento de su función o se desvele un motivo objetivo de inidoneidad funcional, y por ello se le separe. Por consiguiente, no resulta de aplicación la prohibición de art. 28.2 "in fine" LECO que supone una causa de ineligibilidad para el cargo durante dos años.

Por otro lado, estimar la recusación significa que el administrador no debió rectamente haber aceptado el nombramiento, pero esta institución dista de la contextura lógica tradicional del proceso civil, puesto que tiende a excluir la intervención procesal del sujeto, mientras que cuando la misma resulta inevitable, la causa de recusación no puede consistir más que en el objeto de una alegación para ser tenida en cuenta por el juez. De ahí, sus eventuales efectos suspensivos,

o la figura de la tacha. En cambio, la recusación del administrador concursal explícitamente preserva la eficaz función de éste, mientras no se declara. Por ello, no cabe, fuera de una imputación subjetiva, transmitir al cese derivado de la recusación ninguna privación de retribución contra la masa, que sólo existe cuando, como lo regulan arts. 74, 117 o 153 LECO, supone una sanción civil. Si se tiene en cuenta que el testigo Sr. Cerdeiriña manifestó que el propio TAP entendía, al objeto de proponer el nombramiento, compatibles como administradores concursales los auditores personas físicas que entre sí son socios de sociedad de auditores, "a fortiori" ha de considerarse de buena fe el aceptar el cargo en este asunto, como fruto de una praxis equivocada.

Así las cosas, el recusado consolida el derecho a la remuneración que ya ha podido cobrar conforme a lo resuelto por el Juzgado.

Como el administrador concursal recusado no tenía atribuidas individualmente determinadas funciones, carece de obligación de rendir cuentas.

Deberá, por aplicación combinado de arts. 33.4 y 38.1 LECO, mantenerse en el cargo el recusado hasta que el nombramiento de otro administrador concursal sea aceptado. Además deberá el recusado reintegrar al Juzgado la credencial como administrador concursal.

No se reputa exigible la comunicación al Registro de Resoluciones Concursales de la recusación, en tanto que no hay inhabilitación, ni cese por causa subjetiva.": Sentencia JM-2 Bilbao 25.01.2007 (Incidente Concursal 427/2006)

CAPÍTULO II - Estatuto jurídico de los administradores concursales

Artículo 34. Retribución.

1. Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 27.

2. Un arancel reglamentará la retribución correspondiente a la administración concursal, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso. Las participaciones de los profesionales designados administradores concursales en dicha retribución serán idénticas entre sí, y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27.

3. El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

1. El arancel determina la retribución de cada administrador individualmente considerado

"PRIMERO.- El auto recurrido, señala las retribuciones de cada uno de los administradores del Concurso de Acreedores nº 17/04. Decisión que es recurrida por la representación de Comercial Celdrán Siglo XXI S.L.U., alegando que existe error en la fijación de las retribuciones de los administradores del concurso, ya que la indemnización debe ser para todo el órgano de Administración del Concurso y no para cada uno de los administradores y, de otro lado, que existe error en la fijación de dicha cantidad.

SEGUNDO.- La primera cuestión planteada, relativa a si la fijación de las retribuciones de los administradores, debe ser de forma colegiada o individual para cada uno de los tres designados, debe solucionarse en el sentido que se recoge en el auto recurrido, pues el art. 34.1 de la LC, señala que los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa concursal; también la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se refiere a la retribución de los administradores concursales. Obedece, además, al principio de justicia de que, con independencia de que los administradores necesariamente deben actuar conjuntamente, las retribuciones deben ser independientes y la designación de su número no es arbitraria. Debe desestimarse este motivo de apelación. ":-Auto AP Murcia 07.11.2006 (245/2006)

2. No procede su cómputo en la masa pasiva a efectos de determinar la misma retribución

"PRIMERO Aun cuando la administración concursal ha optado por incluir su informe y solicitud de retribución en la lista de acreedores, que forma a su vez parte del informe que resume el trabajo de la administración en la fase común del concurso, su aprobación exige una resolución judicial independiente que debe dictarse en la sección de administración (artículos 34.3 y 183, 2º de la LC, en relación con el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de los administradores concursales).

SEGUNDO El informe de la administración concursal de la entidad SD Compostela, SAD. EN LIQUIDACIÓN, en lo que se refiere a la retribución a que tienen derecho sus miembros, atribuye a la masa pasiva el valor que resulta de la lista de acreedores elaborada por la propia administración concursal sin excluir la deuda de la masa que constituye la propia retribución de los administradores. De esta manera la retribución incrementa una de las bases legales establecidas para el cálculo de la retribución misma -el valor de la masa pasiva-, con lo que manifiestamente se desvirtúa el sentido de las disposiciones de la Ley (artículo 34) y del RD que la desarrolla en este punto. Es claro que a los efectos de servir de base para el cálculo de la retribución, el valor de la masa pasiva debe ser el de la lista de acreedores, excluidos los propios administradores concursales por sus derechos arancelarios.

TERCERO Por otra parte, en el momento procesal en que nos encontramos, aún pendiente de aprobación el inventario definitivo y la lista de acreedores definitiva, el artículo 4. 4 del RD regulador del Arancel obliga a considerar como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y como valor de la masa pasiva, el que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor. En este caso el valor de los activos cuantificados en la solicitud inicial asciende a 671.603,82 € y el del pasivo que resulta de la lista de acreedores inicial a 11.926.030,95 €. A partir de estas premisas -y rectificando el error padecido por la administración concursal en su informe en cuanto al porcentaje aplicable al resto de la masa pasiva, que no es del 0,50% sino del 0,050%- la retribución básica de cada administrador correspondiente a la fase común del concurso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del Arancel en relación con las tablas de su anexo, es la siguiente (...): Auto JM-2 La Coruña 7.01.2005 (AC 145/2005)

3. Sobre las cuantías a tomar como base

“PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia se dictó auto, con fecha 1 de Septiembre de 2.005, que fijaba la retribución de los administradores concursales para la tramitación de la fase común del concurso, a cargo de la masa del mismo, respecto de la entidad mercantil XXX S.L. partiendo de lo expresado en el artículo 34 de la Ley Concursal y de conformidad con lo previsto en el Real decreto 1860/04 de 6 de Septiembre, tomando el valor provisional de la masa activa y de la masa pasiva que especificaba, y frente a dicha resolución, tras alegaciones previas en el mismo sentido, formuló recurso de apelación la representación de uno de los acreedores, al que se adhirieron los dos que obran en las actuaciones, en el sentido de que los valores tenidos en cuenta no eran correctos, y conculcaban la norma expresada, habiéndose emitido informe previo por la administración concursal que establecía lo recogido en el auto impugnado, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- Se acepta la fundamentación jurídica del auto recurrido.

La determinación de la retribución de la administración concursal viene regulada por la norma invocada por el juzgador de primera Instancia, que, siguiendo el informe de los propios administradores, la fija de conformidad con el Real Decreto expresado, sin que ninguno de los recurrentes venga a cuestionar la corrección de la operación de cálculo efectuada, sino la cuantía de que se partía para tal cálculo, conforme regula el propio artículo 4,4 de aquel, esto es, teniendo en cuenta, respecto del activo, que ha de tomarse en consideración el valor indicado en inventario presentado por el deudor, y, con relación al pasivo, la relación de acreedores presentada por éste. En definitiva, la cuestión suscitada se limita a la valoración de la cuantía de que se parte para el cálculo, cuantía que, partiendo del testimonio aportado, resulta imposible comprobar, ni siquiera examinando las actuaciones, y testimoniando los documentos a que se refiere el recurrente, ya que este efectúa su propio cálculo considerando errónea la base tenida en cuenta por la administración concursal, sin otro soporte que la mera alegación y sin que la documental remitida, vía testimonio de particulares, aclare o despeje la misma, ni resulte, directamente, de un examen que, por otro lado, la Sala no puede efectuar más allá de aquello que por vía de remisión de actuaciones, el Juzgado viene obligado a remitir o las partes interesadas aporten o faciliten en la forma pertinente. Así la cuestión, forzoso será concluir que, tal y como resulta de aquello que puede ser examinado directamente por la Sala, no se aprecia error o incorrección alguna en la resolución impugnada, que, por ello, forzoso será confirmar, desestimando, en consecuencia, el recurso planteado. ”: Auto AP Valencia 11.09.2006 (Rollo 84/2006)

4. Sobre la sujeción, o no, a IVA de la retribución de los administradores concursales

“PRIMERO.- ES único motivo de impugnación del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil 8 de León, la no inclusión dentro de los honorarios de los administradores concursales del concepto de Iva que ellos también solicitan. Se alega en el recurso que la Ley 37/1992 que regula este impuesto no excluye a lo largo de su artículo a profesionales como son los administradores concursales, se dice también que otros como: procuradores, notarios o registradores que también perciben sus honorarios por arancel, aplican el Iva correspondiente.

El motivo no merece ser acogido porque presentándose minuta de honorarios por los administradores concursales y regulados los mismos conforme arancel, el art. 4, apartado uno, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (B.O.E. del 29), dispone que estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

Por su parte, en cuanto al concepto de empresario o profesional, el artículo 5, apartado uno, de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece en sus letras a) y b) de dicho precepto, lo siguiente: "Uno. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputaran empresarios o profesionales:

a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo. No obstante, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la letra siguiente.

b) Las sociedades mercantiles, en todo caso. De acuerdo con lo establecido en el artículo 5, apartado dos, de la Ley 37/1992 son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesionales liberales y artísticas.

De acuerdo con lo expuesto, ya se venía considerando que no constituye el desarrollo de una actividad empresarial o profesional el ejercicio de las funciones efectuadas por los interventores judiciales personas físicas, cuya contraprestación está constituida por las retribuciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, si dichas funciones son desarrolladas por una entidad mercantil se consideran, en todo caso efectuadas por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad estando, por tanto, sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por ello, si los administradores del concurso son personas físicas no procede el devengo del Iva en la forma que se ha expuesto, procediendo desestimar el recurso.": Auto de la Audiencia Provincial de León de 15/06/2006.

5. En caso de tramitación conjunta de los concursos de sociedades del grupo la retribución de los AC debe fijarse de forma independiente para cada una de las mercantiles afectadas.

"PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número 1 se dictó auto, con fecha 4 de Mayo pasado, que fijaba la retribución de cada uno de los administradores concursales por la tramitación de la fase común del concurso en las sumas que expresaba por las distintas sociedades que especificaba y con cargo a la masa, que será pagadera en dos fracciones del 50% cada una de ellas, devengándose la primera en los cinco primeros días siguientes a la firmeza de la presente resolución, lo que efectuaba de forma independiente para cada una de las entidades mercantiles, partiendo de las normas de aplicación, artículo 34 de la Ley Concursal y R.D 1860/04 de 6 de Septiembre, y frente a dicha resolución recurrió en apelación el Abogado del Estado, en la representación, que ostenta, de la AEAT, que entendía excesiva la cuantía fijada en la medida que para establecerla no se había tenido en cuenta que nos encontramos ante un único procedimiento seguido frente a varios deudores, por el contrario, con base en la resolución ahora impugnada los administradores concursales van a ser retribuidos como si hubieran intervenido en ocho procedimientos, uno frente a cada una de las entidades del grupo de sociedades declarada en concurso, y aunque reconoce que la cuestión no se encuentra expresamente resuelta en las normas reguladoras de la retribución de los administradores judiciales, que fundamentalmente son las ya citadas con anterioridad, considera que lo procedente sería aplicar las normas previstas para el concurso de una única persona jurídica, introduciendo los factores de corrección que se considerasen necesarios entre los previstos en el artículo 6 del RDA, y, en concreto, porque con el arancel se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento, debiendo evitarse aquellas interpretaciones que impliquen que no exista proporcionalidad en la retribución, por lo que puesto que para ponderar la complejidad sería necesario acreditar que concurre alguna de las circunstancias tasadas que enumera el artículo 6,1 del RD 1860/2004 que permite modular la aplicación del artículo 4 del arancel de retribuciones, debiendo aplicarse tal artículo teniendo en cuenta el valor de la masa activa y pasiva, debiendo sumarse las cantidades correspondientes a la masa activa y pasiva de cada una de las entidades en concurso y aplicarse sobre estas dos únicas magnitudes los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto citado, además de tenerse en cuenta las masas activa

y pasivas consolidadas que se reflejan en el inventario consolidado de bienes y derechos de las entidades integrantes del grupo, por lo que al aplicarse los porcentajes del arancel de retribuciones sobre las magnitudes consolidadas del Inventario a 30/04/05 el resultado sería acorde tanto al trabajo a desarrollar por la administración concursal como al legítimo interés de los acreedores de ser satisfechos sus créditos con cargo a la masa activa, solicitando, en consecuencia, se dictara resolución acorde con lo solicitado. Por la Administración concursal se opuso al recurso planteado, quedando la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- La Sala acepta y comparte la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en la que se incidirá, seguidamente, teniendo en cuenta las concretas alegaciones objeto de examen en esta alzada.

Partiendo de que, como en ambos escritos, de interposición de recurso y de oposición al mismo, se reconoce por ambas partes que no existe norma específica de aplicación al supuesto aquí examinado, en orden a la determinación de la retribución a la administración concursal en supuestos en que, como sucede en el que ahora nos ocupa, se trata de un único procedimiento en que existen distintos concursos puesto que se trata de sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas. Partiendo, por ello, de las normas genéricas de aplicación, que son las que expresa la resolución recurrida, entendemos que no existe argumento legal suficiente, más allá de unas alegaciones que vierte la parte recurrente, para revocar la resolución dictada, y ello, esencialmente, por las siguientes razones:

a) Porque el texto de la Ley concursal, como resalta la propia administración concursal en el escrito presentado, prevé la posibilidad de acumulación de varios concursos, y así se refiere en plural a los mismos, aunque se tramiten en el seno del mismo procedimiento, y, en tal sentido, el artículo 25 y especialmente, el 28,2, primer párrafo, in fine, al referirse a los nombramientos en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas, lo que abunda en la existencia plural de concursos, y no en un único concurso.

b) Los trámites que detalla la propia administración concursal se han de llevar a cabo de forma independiente y para cada una de las sociedades, tratándose de ocho concursos individualizados en que, en cada caso, se presentan listas de acreedores, impugnaciones y demás en forma particular, y pudiendo, en cada caso, presentarse un convenio distinto, que habrá de evaluarse particularmente, y concluir, en forma igualmente independiente, el concurso para cada una de las sociedades, pudiendo solicitarse liquidación desde el principio por algunas u otras no, y concluir de forma independiente, por lo que, evidentemente, no se trata de variar la tramitación de cada uno de los concursos, sino de utilizar el mismo procedimiento para todos aquellos relacionados o acumulados por alguno de los motivos que ello determinen.

c) Las expresiones contenidas en las normas jurídicas de aplicación, ya indicadas en el auto recurrido se refieren al activo y pasivo de cada uno de los concursos, sin que proceda la acumulación de unos y otros, como se pretende por la parte recurrente, ni la consideración del activo o pasivo vinculados al inventario consolidado ya que el artículo 4.4 del RDA establece con claridad que hasta que el inventario y la lista tengan carácter definitivo el juez aplicará el arancel considerando como valor de la masa activa el de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, y el de la masa pasiva de la relación de acreedores presentada por el deudor, lo que, además de haberse seguido en este caso literalmente impide, por no tener cabida en la redacción del precepto, entendemos, la acumulación de activos o pasivos que la norma no prevé y que haría, además, inviable adaptar las retribuciones a los avatares de cada uno de los concursos seguidos en el mismo procedimiento.

Procede, por lo expuesto, con desestimación del recurso, la confirmación de la resolución recurrida.”: Auto AP Valencia 20.12.2005 (Rollo 738/2005)

4. En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

5. El auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

Artículo 35. Ejercicio del cargo.

1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.

2. Cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Las decisiones se adoptarán por mayoría y, de no alcanzarse ésta, resolverá el juez.

El juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá atribuir competencias específicas a alguno de sus miembros.

3. Si por cualquier circunstancia sólo estuvieran en el ejercicio del cargo dos de los tres miembros de la administración concursal, y mientras se mantenga esta situación, la actuación de los administradores concursales habrá de ser mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez.

4. Las decisiones individuales, mancomunadas o colegiadas de la administración concursal que no sean de trámite o gestión ordinaria se consignarán en actas, que se extenderán o transcribirán en un libro legalizado por el secretario del juzgado.

5. Las resoluciones judiciales que se dicten para resolver las cuestiones a que se refiere este artículo revestirán la forma de auto, contra el que no cabrá recurso alguno. Tampoco podrá plantearse incidente concursal sobre la materia resuelta.

6. La administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso. En cualquier momento, el juez podrá requerir a todos o alguno de sus miembros una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

Artículo 36. Responsabilidad.

1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

2. Será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél.

3. Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

4. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso.

5. La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.

6. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

7. Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

Artículo 37. Separación.

1. Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

2. Si el cesado fuera representante de una persona jurídica administrador, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, a no ser que determine que el cese debe afectar a la misma persona jurídica que ostenta el cargo de administrador concursal, en cuyo caso procederá a un nuevo nombramiento.

3. La resolución judicial de cese revestirá forma de auto, en el que se consignarán los motivos en los que el juez funde su decisión.

4. Del contenido del auto a que se refiere el apartado anterior se dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198.

Artículo 38. Nuevo nombramiento.

1. En todos los casos de cese de un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento.
2. Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo.
3. Al cese y nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido.
4. En caso de cesar cualquiera de los administradores concursales antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación en las competencias que le hubieran sido atribuidas individualmente, en su caso. Cuando el cese afecte a todos los miembros de la administración concursal, el juez ordenará a ésta que rinda cuentas de su entera actuación colegiada hasta ese momento, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a cada uno de los administradores conforme a las reglas del artículo 36. Estas rendiciones de cuentas se presentarán por los citados administradores dentro del plazo de un mes, contado desde que les sea notificada la orden judicial, y serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso.

Artículo 39. Firmeza de las resoluciones.

Contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados no se dará recurso alguno.

TÍTULO III - DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

CAPÍTULO I - De los efectos sobre el deudor

Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.

1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.

Art. 40.1

1. Capacidad para ser interrogado en juicio

“PRIMERO: La declaración de concurso voluntario no priva al concursado de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio salvo que el Juez del concurso lo estableciera así expresamente (art. 41 de la Ley Concursal), pero en todo caso, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43). Por ello, no se entiende la postura de la recurrente, que tras insistir en la necesidad de que se admitiera el recibimiento a prueba en esta segunda instancia, acordando el interrogatorio de la misma, para poder combatir así uno de los argumentos de la sentencia que era precisamente que ante su incomparecencia injustificada al acto del interrogatorio se le tuvo por reconocido en los hechos que le eran desfavorables (la existencia de un acuerdo sobre devolución de las mercancías y compensación de la deuda), ahora en la apelación tras conseguir de la Sala que se acordara el interrogatorio señalando día y hora para la celebración del mismo, se desiste de dicha prueba con el insostenible argumento de que la parte ha sido declarada en concurso voluntario, declaración que no le inhabilita para ser interrogado en un procedimiento en el que se es parte, ni desde luego le impide ejercitar cuantos actos sean conducentes al ejercicio de sus créditos, no en beneficio propio, pero si evidentemente a favor de los intereses del concurso.

En definitiva, el demandante dejó de comparecer en la instancia al interrogatorio sin justa causa, y tras conseguir que en esta alzada se acuerde dicha prueba, manifiesta que no comparecerá alegando una causa que en modo alguno justifica su actitud, por lo que subsisten las mismas razones que se tuvieron en la instancia para tenerle por reconocido en la existencia del acuerdo de devolución de mercancías y compensación del importe de las mismas.”: Sentencia AP Toledo 06.06.2006 (JUR 2006/187429)

2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.

4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

Al cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y a la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se dará la misma publicidad que, conforme a los artículos 23 y 24, se hubiera dado a la declaración de concurso.

Art. 40.4

1. Cambio de mera intervención a suspensión

“Primero.- En el auto de declaración de concurso se recogía literalmente que “Dado que se trata de una solicitud de concurso voluntario la parte instante solicita que no se suspendan las facultades de los administradores de la sociedad y que únicamente queden intervenidas dichas facultades patrimoniales y de disposición, quedando sometido su ejercicio a la intervención y administración de los administradores concursales conforme dispone el artículo 40 de la Ley Concursal. Esta petición que parece, en principio, razonable, queda en cualquier caso sometida al cumplimiento por parte del concursado y de sus representantes de los deberes de colaboración e información previstos en el artículo 42 y 45 de la Ley Concursal. De igual modo esta situación en cuanto a la capacidad del concursado queda en cualquier caso sometida a

ulteriores modificaciones en función del desarrollo del procedimiento”.

El artículo 40.3 de la Ley concursal permite al Juez acordar la suspensión de facultades patrimoniales siempre y cuando se motive el acuerdo en los riesgos que se pretenda evitar y las ventajas que se quieran obtener. De Igual modo el párrafo cuarto del mencionado precepto permite a la administración concursal solicitar, oído el concursado, en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio, Este cambio de las facultades patrimoniales del concursado también se prevé en el artículo 48.1 respecto de las personas jurídicas.

Segundo.- Tal y como exige el artículo 40.3 la decisión de cambio e facultades del concursado exige motivación evaluando los riesgos que se pretende evitar y las ventajas que se quieran obtener. Cualquier modificación de los órganos de decisión, representación y gestión de una sociedad mercantil declarada en concurso genera cierta inquietud y abre un periodo de tiempo durante el “traspaso de poderes” que puede afectar a la gestión cotidiana de la sociedad.

Evidentemente la Ley concursal apuesta porque la declaración de concurso no interfiera en la actividad empresarial de la concursada, ni los administradores del concurso ni el juzgado puede interferir - en principio - en el normal desarrollo de las decisiones de los órganos societarios y de sus accionistas, ni pueden alterar el juego de mayorías y minorías que deben presidir el funcionamiento de una entidad jurídica.

Sin embargo Junto a la Incertidumbre apuntada en el primero de los párrafos de este fundamento concurren otras circunstancias especiales en el supuesto de autos que aconsejan la inmediata suspensión de las facultades del consejo de administración o cualquier otro órgano de representación o gestión de la sociedad:

1. Tal y como se ha indicado se han constatado serias discrepancias entre los miembros del consejo saliente y el entrante,

2. Hay una razonable duda jurídica - cuando menos temporal - respecto de la eficacia de los acuerdos adoptados:

a. No han sido inscritos en el registro mercantil,

b. Un accionista ha manifestado en la junta y ha reiterado en la comparecencia celebrada esta misma mañana su intención de impugnar el acuerdo.

3. Las manifestaciones vertidas en la comparecencia celebrada esa misma mañana por don Pablo generan inquietud respecto de una posible colisión de intereses entre la sociedad concursada y él Sr. Pablo derivadas de las cuantiosas deudas personales del Sr. Pablo que determinan que esté valorando solicitar la declaración de concurso de su persona y que, además, parte de estas deudas sean consecuencia de los avales o fianzas suscritos por el Sr. Pablo a título personal en garantía de deudas de TRACOINSA.

4. El Sr. Pablo ha puesto de manifiesto en la comparecencia que él no llevaba la gestión financiera de la empresa sino sólo la industrial. Hoy por hoy la mercantil concursada no tiene verdadera actividad industrial e la medida en la que los contratos de cesión de activos firmados por TRACOINSA y autorizados por el Juzgado el día 28 de diciembre determinan que esa actividad industrial la asuma un tercero, bajo la supervisión de los administradores del concurso. Sin embargo el análisis de la documentación financiera de la sociedad - imprescindible para la elaboración del informe - se convierte ahora en la tarea fundamental que garantiza una correcta tramitación del concurso, en esta tarea poco o nada puede aportar el Sr Pablo según ha manifestado al ignorar el detallada de las operaciones financieras abordadas durante los meses anteriores a la declaración de concurso.

5. El Sr. Pablo ha cuestionado en su comparecencia algunas de las decisiones del consejo cesante referidas a la viabilidad de la empresa, en concreto la cesión temporal de activos. Sin perjuicio de ese derecho a discrepar - que le corresponde como accionista de la sociedad - lo cierto es que su entrada en el consejo como la presencia de otras dos personas de su entorno familiar - dos hijos - puede interferir en el correcto y completo cumplimiento de las concretas obligaciones derivadas del cumplimiento de ese contrato. Ese periodo de transferencias es fundamental para la viabilidad del nuevo proyecto y, por lo tanto, para garantizar el trabajo al 25% de la plantilla de TRACOINSA que ha sido contratado por la nueva sociedad.

6 Nadie duda de la capacidad del Sr. Pablo para “levantar” la estructura empresarial de TRACOINSA y de las sociedades a ella vinculada, pero esa misma capacidad se le debe presumir para llevar a la sociedad a la situación que determinó la solicitud de concurso. Es cierto que no se ha elaborado todavía el informe de los administradores concursales pero ya existen datos como para ponderar la situación de insolvencia, la desconfianza que ha generado en las entidades financieras - que han cortado cualquier línea de crédito, descuento o financiación - y en los clientes que advierten importantes incumplimientos contractuales. Se asume un riesgo importante en el proceso concursal si se reconocen facultades al nuevo consejo en cuanto a generar una confianza en los mercados que había desaparecido y había provocado la situación de insolvencia.

7. La estructura de TRACOINSA y de las otras sociedades en las que era accionista determinan que la práctica totalidad de la gestión empresarial, laboral y financiera de TRACOINSA SERVICIOS S.A. y TRACOIN S.A. -declaradas ya en concurso por este mismo juzgado - se haya de coordinar desde TRACOINSA y por ello es necesario evitar discrepancias, enfrentamientos o

inseguridades en el seno de un accionariado dividido y de consejos - entrante y saliente - con claras discrepancias estratégicas, organizativas y empresariales- Se deben salarios a los trabajadores de TRACOINSA SERVICIOS S.A.- ya se ha presentado un expediente de extinción de contratos al amparo del artículo 64 de la ley Concursal - y la supervivencia de TRACOIN S.A. depende de la concreción del compromiso adquirido por la sociedad a la que se le cedieran temporalmente los activos. Por lo tanto es fundamental ofrecer claridad y transparencia en este momento y esa claridad y transparencia no la ofrece la actual situación de incertidumbre y enfrentamiento.

8. En la comparecencia se han apuntado cuestiones que ya constan en el procedimiento concursal respecto de la titularidad de TRACOINSA de Inmuebles propiedad de inmuebles en otras sociedades de Asturias y Navarra participadas por TRACOINSA en las que se tiene conocimiento en el procedimiento de serias dificultades financieras, Estas empresas - más otras situadas en el extranjero - exigen una actividad muy coordinada de la gestión de la empresa imposible ante el panorama derivado de la junta celebrada ayer y los cambios desencadenados por los acuerdos adoptados.

9. El propio Sr. Pablo ha manifestado que no se encuentra bien de salud y que está sometido a tratamiento como consecuencia de esta situación de estrés y ansiedad, no es por lo tanto adecuado reincorporarse a tareas de decisión y representación en una situación procesal y empresarial tan compleja como la que se presenta.

10. La administración concursal ha desplegado ya una importantísima actividad que ha ido más allá de la simple intervención, se han nombrado auxiliares delegados que abordan distintos ámbitos de la actividad concursal y empresarial y, por lo tanto, se encuentran en condiciones operativas de asumir dicha responsabilidad.

En definitiva hay argumentos de peso para suspender las facultades patrimoniales del órgano de representación, dirección y gestión de la concursada ya que los riesgos de la situación generada por el cambio de consejeros en pleno proceso concursal puede afectar al normal desarrollo del procedimiento concursal, interferir en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial desarrollada por TRACOINSA desde la declaración de concurso - en concreto la ejecución de los contratos de cesión de activos temporalmente - y bloquear la coordinación de las empresas concursadas y no concursadas vinculadas a TRACOINSA, en la que no se han producido hasta la fecha cambios en el consejo.”: Auto JM-3 Barcelona 30.12.2004 (JUR 2006/144884)

“SEGUNDO.- Del contenido del escrito presentado por los administradores concursales, así como de la continua y permanente información que este Juzgador ha recibido de aquéllos desde la fecha de inicio del procedimiento de concurso de la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D., resulta que en todo este tiempo (algo más de dos meses), la administración concursal ha venido observando una inadecuada gestión de la empresa, reflejada en hechos tales como:

- la no asistencia de todos los consejeros, a pesar de la gravísima situación patrimonial y económica por la que atraviesa la entidad, a los consejos de administración celebrados, poniendo énfasis en que se ven desbordados ante los acontecimientos que genera el concurso;

- la existencia de una total descoordinación entre ellos, siendo de enorme dificultad la toma de decisiones, ya que se denota una clara discrepancia entre los mismos;

- la celebración de escasos consejos de administración, lo cual es inusual en cualquier empresa en crisis, en el que o bien se convocan constantes consejos de administración o, se nombra un gabinete de crisis, lo que en ningún momento se ha verificado.

A todo ello se ha unido, para mayor énfasis, el dato de que en el consejo de administración celebrado en el día de ayer, día 12, se pusieron de manifiesto todas las premisas anteriores hasta el punto de haberse puesto de manifiesto el absoluto descontrol económico de la sociedad y no tratar o acordar temas relevantes para el concurso y sí abordar temas que en ningún momento son urgentes o que tuvieran que ver con la viabilidad de la concursada, lo que resulta definitivo para comprender la dimensión de una empresa sometida a concurso.

No es conveniente, por lo expuesto, que los componentes del Consejo de Administración de la sociedad concursada sigan en el ejercicio de sus funciones ya que está perjudicando notoriamente el desarrollo de la actividad del negocio”: (...)PARTE DISPOSITIVA.- Debo revocar y revoco las facultades del Consejo de Administración de la entidad concursada, Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D., cambiando la situación de mera intervención por la de suspensión, lo que conlleva la supresión en todos los miembros del Consejo de Administración de Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D. de sus facultades de administración, representación y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones de la entidad concursada.

Debo facultar y faculto a la Administración Concursal para llevar la gestión de la concursada y su representación, así como la disposición de sus bienes derechos y obligaciones en los términos previstos en la Ley Concursal.”: Auto JM-1 Las Palmas 13.01.2005 (Concurso 6/2004)

“UNICO.- Con carácter previo indicar que, en contra de lo manifestado por la concursada, la Ley Concursal, en el apartado 3 de su artículo 40, impone la obligación de motivar la excepción a la regla general contenida en sus apartados 1 y 2, “ señalando los riesgos que se pretenden evitar y

las ventajas que se quieran obtener”, cuando la alteración a la previsión legal de decretar la intervención en caso de concurso necesario y la suspensión en caso de concurso voluntario se adopte “ ab initio”, en el auto de declaración de concurso, pero no cuando se acuerde de forma sobrevenida durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso ha de considerarse o valorarse las razones esgrimidas por la Administración concursal para interesar esa modificación posterior, tras oír a la concursada a fin de conocer bien la justificación de la actividad o actitud que se pretende atajar con el cambio.

Pues bien, las razones apuntadas por la Administración concursal en sendos escritos presentados ante el Juzgado el día 27 de Abril de 2006, uno, en el que comunica al Juzgado que la concursada no le facilita la documentación precisa y que le ha sido requerida reiteradamente por la Administración concursal para conocer la situación económica de la misma y otro, en el que se solicita se acuerde el cierre de las actividades de sus instalaciones ante el abandono de sus funciones por parte del administrador de la sociedad, así como con la finalidad que apuntan en el escrito de fecha 4 del presente mes y año, para interesar el cambio de la medida acordada inicialmente en orden a las facultades patrimoniales de la concursada y tomando en consideración las ocasiones en las que por la Administración concursal se ha informado verbalmente al Juzgado de la falta de colaboración e información por parte de los administradores de Bioferma Murcia, S.A, conculcando lo preceptuado en el art. 42 de la LC, justifican que, a fin de proteger los intereses de la masa activa, y sobre todo atendiendo a que en fechas próximas habrá que decidir cual es la solución del concurso que más conviene a los intereses de los acreedores, incluido, por supuesto, a los trabajadores, es por lo que se estima que concurren razones más que suficientes para adoptar una medida más rigurosa en orden a la gestión de la actividad empresarial de la concursada y acceder a lo peticionado por la Administración concursal en su escrito de fecha 4 de Mayo de 2006.”: Auto JM-1 Murcia 12.05.2006 (concurso 158/2005)

5. En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.

6. La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal.

El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia.

7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta.

Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.

Art 40.7

1. Mera anulabilidad: validez, en tanto no se ejercite y resuelva la acción correspondiente

“Ciertamente, como apunta la Administración concursal, que dicho abono precisaba de su autorización o conformidad desde el momento en que fue decretada la intervención de sus facultades de administración y disposición, esto es desde el día 8 de Junio de 2005 (fecha del auto de declaración del concurso), pero la infracción a esa limitación de sus facultades patrimoniales no conlleva las consecuencias jurídicas, la nulidad del acto, pretendida por el órgano ejecutor o de gestión del concurso.

Efectivamente, los actos que infringen las limitaciones a las facultades de disposición y administración no son nulos, son válidos aunque viciados, ya que pueden ser anulados a instancias de la administración concursal- y sólo de ella-, si, como ocurre en el presente caso, no los ha convalidado o confirmado.

Quedan convalidados si no se impugnan dentro del plazo de caducidad- transcurrido un mes desde que un acreedor o la otra parte del contrato requieran a la Administración concursal para que se pronuncie y ésta no haya accionado- o al cumplimiento del convenio o fin de la liquidación.

En consecuencia, habiéndose acreditado por la actora que la factura por importe de 2.000.000 euros está contabilizada y tiene su soporte en un contrato autorizado por el Consejo de

Administración de la concursada debe ser incluida en su activo y en el pasivo a favor de Hebi Intressenter, en tanto no se ejercite y resuelva, en su caso, la acción de anulabilidad a tramitar por el cauce del incidente concursal (art. 40.7 de la LC).”: Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2006 (Incidente Concursal 322/2005)

2. Anulación: falta de prueba de ser la fecha anterior a la declaración de concurso

“PRIMERO.- En el presente incidente la administración concursal del concurso ordinario seguido ante este Juzgado con el número 158/05 ejercita la acción de anulabilidad prevista en el art. 40.7 de la Ley Concursal solicitando la anulación del adeudo en la contabilidad de la empresa de la cuenta de “Gastos de Investigación y Desarrollo” y el consiguiente reconocimiento de la deuda a favor de AB.

Alega como hechos en que fundamenta su solicitud básicamente que la factura que la concursada pretende asentar definitivamente en su contabilidad por importe de 2.000.000 euros fechada el 28 de Septiembre de 2005 se corresponde a unos servicios técnicos, según se recoge en la factura, prestados desde Junio de 2005 hasta Marzo de 2006, es decir, tras la intervención de las facultades patrimoniales de la concursada y por tanto requerían de la autorización o conformidad del órgano de administración del concurso, autorización que no fue solicitada. Además de que en la contabilidad de la empresa no se hizo constar en su día el contrato de 23 de Diciembre de 2004 y en el que la concursada pretende servir de soporte a la factura y que los trabajos que en ésta se recogen fueron realizados por una sociedad italiana ajena a AB.

SEGUNDO.- Frente a dicha pretensión se opusieron BIOFERMA MURCIA S.A y AB en sendos escritos con idéntico contenido en el que alegaron básicamente que la factura por importe de 2.000.000 euros se corresponde a la prestación por AB a BIOFERMA de unos trabajos de asistencia tecnológica lo que tuvo lugar desde el momento en que se firmó el contrato, en Diciembre del año 2004, coincidiendo con la compra por AB del 97% de las acciones de la concursada, prestación de servicios que se prolongó durante todo el año 2005 e insisten a lo largo de sus escritos de contestación en reiteradas ocasiones que en un anterior incidente, el número 322/05, ya quedó declarada la existencia y validez del contrato de fecha 23 de Diciembre de 2004 que sirve de soporte documental a la factura que la administración concursal pretende hacer excluir de la contabilidad de la empresa.

TERCERO.- Centrada en términos generales la cuestión suscitada de conformidad con lo reseñado en los fundamentos anteriores, y, con carácter previo, ha de precisarse que en el incidente número 322/05 en modo alguno se declara la validez del contrato de fecha 23 de Diciembre de 2004, no cuestionada en aquel incidente, sino únicamente que, constatada su existencia, se sugiere a la Administración concursal el ejercicio de la acción de anulabilidad a tenor de lo previsto en el art. 40.7 de la LC, para tratar la cuestión de la nulidad o validez del contrato y de su soporte contable.

Los demandados consideran que el acto de administración plasmado en el contrato no precisaba de la autorización de la administración concursal por ser anterior a la declaración del concurso, pues el contrato de prestación de servicios data de fecha 23 de Diciembre de 2004 y la declaración de concurso aconteció el día 8 de Junio de 2005.

De conformidad con el art. 1227 del Código Civil “ La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregare a un funcionario público por razón de su oficio”.

Este precepto se refiere al caso de que por un documento o documentos se pretenda justificar determinado hecho, tratando de evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien no hubiera intervenido en el mismo. Ahora bien, no impide que la fecha de un documento privado pueda tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas.

En el caso de autos es cierto que aquel contrato fue ratificado por el Consejo de Administración pero ello no corrobora la autenticidad de su fecha atendiendo básicamente a que los miembros del Consejo de Administración Don y Don son los mismos que suscribieron aquél, por tanto, y no pudiendo tenerse por cierta la fecha del contrato privado habrá que estar a la fecha en que la partida referente a gastos de investigación y desarrollo está asentada en las cuentas, esto es, el 28 de Septiembre de 2005 correspondiéndose a servicios técnicos prestados desde Junio de 2005 a Marzo de 2006, y por tanto se trata de un acto afectado por la limitación y realizado al margen de las previsiones del auto de declaración del concurso, para el que el legislador concursal establece la obligación inexcusable de recabar la autorización de la administración concursal, autorización que no pudo ser concedida al no haber sido siquiera solicitada por cuanto como aporta la administración concursal al final del hecho primero de su escrito de demanda “ nunca se le hizo entrega, ni tan siquiera mención, de la existencia de ese contrato de asistencia técnica”.

En consecuencia, procede acoger lo peticionado en la demanda y declarar la nulidad de la factura de fecha 28 de Septiembre de 2005 emitida por AB a BIOFERMA MURCIA S.A, contraviniendo lo dispuesto en el art. 40 de la Ley Concursal y por ende, la nulidad de los

asientos contables generados en la contabilidad de la concursada, como consecuencia de la emisión de dicha factura.”: Sentencia JM-1 Murcia 10.11.2006 (Concurso 158/2005)

3. Anulación de pago a la Aeat tras la delaración de concurso. No se requiere perjuicio, basta que se trate de una operación incontestada por la AC

“PRIMERO Ejercitada por la Administración concursal de «Primera Base, S.L». la acción de anulación «ex» art. 40-7 LC del pago llevado a cabo por la concursada con fecha 18 julio 2005 por importe de 8.149,31 euros a favor de la acreedora Agencia Estatal de Administración Tributaria, realizado con posterioridad a la fecha de declaración de concurso, que lo fue el 30 junio 2005, y prescindiendo de la autorización o conformidad de dicho órgano concursal pese a resultar preceptivo al hallarse sometida la concursada al régimen de intervención de las facultades de administración y disposición de su patrimonio (art. 40-1 LC), cabe señalar que el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, con independencia además de si el pago se ha llevado a cabo para satisfacer un crédito concursal o para satisfacer un crédito contra la masa pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación incontestada por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192-3 LC), lo que a su vez se plasma en que sólo a la voluntad de la Administración concursal le corresponde optar bien por el ejercicio de la acción de anulación cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por el art. 40-7 LC o bien por la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno.

Tampoco resulta obstáculo para el éxito de la acción de anulación aquí ejercitada el que la propia concursada «Primera Base, S.L». hubiera acudido el 3 octubre 2005 a solicitar por vía administrativa la devolución de ingresos indebidos mediante escrito presentado ante la AEAT, expediente que fue posteriormente resuelto con fecha 1 diciembre 2005 en el sentido de desestimar la petición, pues es el Juzgado del concurso el que asume y despliega su jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de la irregular salida de bienes y derechos del patrimonio de la concursada (art. 86 ter núm. 1 LOPJ).

Finalmente queda por añadir que la liquidación de la ineficacia así declarada conlleva la recíproca restitución de las prestaciones entregadas por aplicación del régimen general previsto en el art. 1303 CC, procediendo en consecuencia condenar a la AEAT a devolver a la masa del concurso la suma de 8.149,31 euros con los intereses legales desde la fecha del pago, no así a la concursada dado que la prestación reivindicada se encuentra en poder de la primera.”: SJM-1 Oviedo 04.07.2006 (AC 2006/1779)

Artículo 41. Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.

LORC art 1.2. Imposición de deber temporal de residencia al administrador de la sociedad concursada. Necesidad y proporcionalidad.

“PRIMERO.- Se recurre la medida acordada respecto al administrador único de la sociedad declarada en concurso, consistente en imponerle el deber de residencia en la Provincia de Barcelona o Tarragona durante un plazo, a fin de conseguir su colaboración para obtener la necesaria información sobre la situación patrimonial de la sociedad y otros datos precisos para tramitar el Concurso. Como motivos de recurso se alega la nulidad del Auto por incongruencia, infracción del principio de legalidad penal y falta de justificación y desproporcionalidad de la medida, impugnando las razones que han llevado a adoptar tal resolución.

La medida acordada viene prevista en el artículo primero de la L.O. 8/02 de 9 julio para la Reforma Concursal que establece los “Efectos del Concurso sobre los derechos Fundamentales del Concurrido”. En el apartado 2 extiende a los administradores de una sociedad las medidas previstas en el apartado 1 entre las cuales se encuentra la imposición del deber de residencia en la población de su domicilio.

Autoriza al Juez a acordar en cualquier estado del procedimiento diversas medidas que enumera expresando que puede ser “de oficio o a instancia de cualquier interesado” por lo cual no resulta

atendible la incongruencia que se denuncia como fundamento de nulidad, basada en la falta de petición de tal medida por parte de la Administración Concursal. La exigencia de petición de parte, no rige en esta materia, a tenor de lo establecido en el precepto reseñado.

SEGUNDO.- La imposición del deber de residencia previsto en el precepto citado con referencia al deudor cuando se trata de personal natural, al hacerse extensiva al administrador de una persona jurídica, como órgano de la sociedad, hay que entenderla referida al domicilio social.

No se exige al administrador de una sociedad un deber de residencia con carácter general, pero puede ser preciso imponerlo en la situación especial de concurso, cuando hay necesidad de localización del concursado para determinados trámites. Se trata de una medida que guarda conexión con los deberes del cargo de administrador cuyo ejercicio en particulares circunstancias precisa su presencia en las proximidades del domicilio social para realizar las gestiones necesarias, más concretamente cuando se requiere su colaboración.

Siendo que, en este caso, además se ha adoptado con un criterio más flexible, al ampliarse el ámbito territorial donde puede establecer la residencia, no son atendibles las alegaciones sobre la incorrecta interpretación de una norma limitativa de derechos. Sin perjuicio de indicar que no se trata de una "norma penal" como califica el recurso, y de recordar que las garantías y principios de derecho penal referidas a un régimen sancionador no son aplicables en el ámbito civil: S.T.S. 23 noviembre 2004, 8 febrero 2005.

TERCERO.- Resultan desestimables las alegaciones que expresa el recurso considerando desproporcionada e injustificada la medida porque la razón de la obligación impuesta al administrador es obtener la documentación e información necesaria para tramitar este proceso, que no puede conseguirse de otra forma, dadas las circunstancias concurrentes.

La permanencia en el extranjero del administrador único de la sociedad sin gestionar su situación patrimonial supone una dejación de las funciones propias del cargo asumido, especialmente grave en un estado de crisis como el que ha motivado el concurso. Lo que justifica su citación y, en su defecto, la medida acordada.

El administrador de la sociedad concursada ha incumplido la obligación de comparecer ante el Juzgado a los efectos de colaborar y dar información, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley Concursal, justificando su incomparecencia en causa de enfermedad en el extranjero; pero de los certificados presentados para acreditarlo no se desprende una imposibilidad definitiva para trasladarse a España.

La presentación de una documentación incompleta impide tramitar adecuadamente este Expediente y exige la colaboración por parte del administrador que se trata de conseguir mediante la imposición de una residencia próxima durante un tiempo limitado que permita requerirle, como representante y responsable de la sociedad, para que aporte los datos necesarios en este procedimiento.

CUARTO.- El auto apelado cumple las exigencias establecidas en el apartado 3 del artículo primero aludido, en cuanto adopta una medida específicamente prevista con observancia de los trámites necesarios, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal que así lo solicitó, y motivando tal decisión en el sentido de exponer el objetivo perseguido y las razones que llevan a considerar necesaria esta medida, frente a las cuales no ofrece el recurrente alternativa indicando otro medio que permitiera conseguir el mismo resultado.

Las anteriores consideraciones obligan a desestimar el recurso de apelación. Con imposición de costas, de conformidad con el art. 398 L.Enj.Civil.": Auto AP Tarragona 30.09.2005 (JUR 2006/81458)

Artículo 42. Colaboración e información del deudor.

1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

2. Los deberes a que se refiere el apartado anterior alcanzarán también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado.

Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa.

1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.

2. Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

1. Legitimación para la solicitud de actos de disposición

1.1 No corresponde al deudor sino a la administración concursal

“PRIMERO Para resolver sobre la autorización para la enajenación de determinados activos de los ramos del negocio «Dormilón» y «Dorwin», hay que tener en cuenta que se han formulado dos solicitudes. La primera, en fecha 2 de marzo de 2005, por la Administración concursal; y la segunda, mediante escrito presentado el 8 de abril de 2005 -y complementado por la «oferta de venta» presentada el 21 de abril de 2005- por la representación procesal de las entidades concursadas. Conviene recordar que, durante el concurso, las entidades concursadas carecen no sólo de las plenas facultades de administración y disposición de sus bienes y derechos (artículo 40.1 LC), sino también de legitimación para solicitar del órgano judicial autorización para la venta de bienes que se encuentran formando parte de la masa activa. Los preceptos de la Ley Concursal que contemplan la posibilidad de solicitar del órgano judicial la autorización para la enajenación de bienes y derechos del concurso, legitiman únicamente a la Administración concursal para cursar tal solicitud. De esta manera los apartados 3 y 4 del artículo 155 expresamente establecen que debe ser la Administración concursal la que, en los casos que proceda, solicite del órgano judicial la autorización para la enajenación de bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial; y el apartado 2 del artículo 43, que contempla la posibilidad de autorizar la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa, debe ponerse en relación con el artículo 188 LC que regula el régimen procesal para la concesión de tales autorizaciones y atribuye, en su apartado 1, la legitimación para presentar la solicitud a la Administración concursal y no a la entidad concursada, lo cual es plenamente acorde con la limitación de facultades a la que se encuentra sujeta esta última como consecuencia de la declaración del concurso. Por tal razón, y a pesar de que por la representación de las entidades concursadas se presentó solicitud de autorización para la venta de bienes y derechos de la masa activa, al haberse ratificado la Administración concursal, mediante escrito presentado el día 22 de abril de 2005, en su inicial solicitud, deberemos decidir la cuestión únicamente a la luz de la misma.”: Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

2. Tramitación: audiencia a las partes interesadas

“En principio la Ley no exige el conocimiento y mucho menos a aprobación de los acreedores personados pero, en función de la naturaleza y valor del bien no debe descartarse que, cuando menos, los acreedores personados puedan tener conocimiento de la solicitud, algunos autores, como la profesora Martínez Flórez, advierten de la aplicación del artículo 188.2 de la Ley que determina la necesidad de dar traslado a las partes “que deban ser oídas”, partes que no tienen porqué coincidir con las partes personadas, sino con aquellas que tengan un interés directo y específico en la operación objeto de fiscalización. En la normativa concursal no aparecen los efectos de la enajenación sin autorización del Juez aunque por la regulación que se establece en el artículo 40 no parece que haya un verdadero obstáculo para que en caso de situaciones urgentes la disposición se realice con anterioridad y posteriormente el Juez ratifique lo realizado por los administradores del concurso o por el propio concursado.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

“PRIMERO Sobre la necesidad de la audiencia.- La Procuradora Dª..., en nombre y representación de las concursadas, presentó al final de la mañana del día cinco de enero de este año una solicitud de autorización de venta de la cabaña propiedad de las concursadas, y al tiempo de autorización para la disposición de las cantidades que dispone en efectivo en los bancos Popular y Urquijo, que al parecer tenían pignorados sus saldos.

Al respecto, el art. 43.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (LC) establece que «hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez». Por otro lado el art. 188 de la misma dispone la forma en que puede procederse a conceder autorización judicial.

La concursada en su escrito sostiene que carece de liquidez para atender la alimentación de una importante cabaña de ganado, unas 4.500 cabezas en Cistierna (León), y que precisamente el día de hoy ya no podría alimentarlas, aunque en la audiencia reconoce que quizá pueda hacerlo hasta el próximo miércoles.

Tal petición, sin embargo, la plantea el día cinco de enero, víspera de fiesta, cuando el día seis es inhábil, el día siete no pueden realizarse notificaciones porque el Ilustre Colegio de Procuradores ha comunicado que no las realizará, el día ocho sábado y el nueve domingo. Y lo hace, además, a última hora de la mañana, de manera que se hace prácticamente imposible

resolver con audiencia de las partes, lógicamente interesadas en el destino de una parte importante del activo de las concursadas.

Es incomprensible que si esta situación existía, o si era previsible, se haya esperado a última hora de la víspera de una jornada consecutiva de fiestas para plantear una petición semejante, de manera urgente y casi sin posibilidad de comunicar a las partes la petición. Ahí queda el dato para cuando corresponda valorarlo, sin que el hecho de que ya se anunciara en octubre la dificultad de tesorería oscurezca que no se presentó un plan de liquidación con la solicitud, nunca se haya planteado la necesidad de venta anticipada con anterioridad, ni que aún se desconozca si las concursadas pretenden alcanzar un convenio o proceder a la liquidación.

Pese a todo, teniendo en cuenta las previsiones del art. 188 de la LC, se ha considerado más razonable convocar urgentemente, a través del fax remitido el mismo día cinco a los respectivos procuradores, a las partes que puedan comparecer, que decidir sin su audiencia. Aunque haya sido con muchísima premura todos han podido conocer la existencia de la audiencia y el contenido de las peticiones de la concursada y del Banco Popular Español, SA.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114)

3. Sentido y finalidad de la norma

“Como se ha indicado, el art. 43.2 de la LC dispone la imposibilidad de venta de activos del concursado salvo que concurra autorización judicial. Lo que la norma establece es que no puede anticiparse la enajenación de bienes hasta que no se produzca la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, debiendo aquéllos permanecer en poder del deudor, bajo la tutela de la administración concursal.

El precepto mencionado, que desarrolla las previsiones generales del art. 40, pretende mantener la actividad de la empresa, inspirándose en una voluntad que destila la norma a lo largo de todo su articulado, desde la propia Exposición de Motivos, que busca la continuidad empresarial y sólo como excepción autoriza la liquidación. La apuesta del legislador por la inalterabilidad del patrimonio persigue la conservación de bienes suficientes para la definitiva satisfacción de los acreedores.

Hay que partir del principio de que en el concurso voluntario, como dispone el art. 40.1 de la Ley Concursal, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la intervención de la administración concursal, a través de su autorización o conformidad. La regla es que todo deudor en concurso necesario puede administrar y disponer libremente de sus bienes cuando cuenta con la autorización o conformidad de la administración concursal.

El art. 43 por lo tanto dispone una excepción a esa posibilidad: antes del convenio o la liquidación, no es posible enajenar los bienes. La excepción se dirige a asegurar la conservación y administración de la masa activa. A su vez esta excepción se puede orillar, también excepcionalmente, permitiendo la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que la integran previa autorización del juez aun antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación. Por otro lado el art. 44 continúa inspirándose en la misma filosofía, pretendiendo la continuación de la actividad empresarial o profesional siempre que fuera posible, y sin perjuicio de los gastos de la masa.

Como se ha dicho, la imposibilidad de disposición no es absoluta, ni se constituye como una prohibición. Es posible que mediante autorización judicial se autorice la enajenación. Así lo dispone el art. 43.2 y se desprende igualmente de la exposición de motivos, que en el párrafo 7º del apartado IV indica «la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso».

En los casos de simple intervención de las facultades de administración y disposición del concursado, como ocurre como regla general en el caso del concurso voluntario (art. 40.1) y sucede en este concurso, será preciso que concurren tres voluntades. La primera, la del deudor, que pretende realizar un acto de administración o disposición. La segunda, la administración concursal, que tiene que prestar su autorización o conformidad a tal pretensión. La tercera, la del juez del concurso, puesto que antes de alcanzarse convenio o abrirse la fase de liquidación, la Ley exige su aquiescencia.

Pues bien, en ocasiones es necesario enajenar alguno de los bienes que componen la masa activa bien porque sea preciso obtener liquidez para garantizar la continuidad empresarial o atender los gastos de la propia masa, bien porque existan bienes consumibles, perecederos, que se devalúen rápidamente o puedan disminuir notoriamente de valor si no se enajenan en un momento concreto.

Se trata, en definitiva, no tanto de conservar a ultranza los elementos que integran el patrimonio del deudor, como de asegurar que se mantenga el valor de tal patrimonio, que es la garantía que tanto por lo dispuesto en el art. 1911 del Código Civil como por lo disciplinado en la Ley Concursal, en particular en su art. 76, tienen los acreedores para hacer efectivos sus respectivos créditos. Así se explica, en consecuencia, que el art. 43.3 autorice a realizar los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial, que no podrían

perfeccionarse válidamente si no se pretendiera, justamente, conservar el valor patrimonial de la empresa por encima de los elementos específicos que conformen su patrimonio. "Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114)

"TERCERO Entrando en la cuestión relativa a la posibilidad de autorizar la enajenación solicitada por la Administración concursal, debemos poner de relieve que a pesar de que en la Ley Concursal no se prevé un trámite de liquidación anticipada -que pudiera superponerse a la fase común del concurso-, es lo cierto que existen varios preceptos dispersos en la misma que contemplan la posibilidad de la enajenación de bienes de la masa activa con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación. El artículo 43.2 LC que establece la regla general consistente en la prohibición de enajenar bienes de la masa activa hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación, permite la excepción siempre y cuando concorra autorización del Juez. El artículo 155.3 LC prevé abiertamente que pueda procederse «incluso antes de la fase de liquidación» a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Y el apartado cuarto del mismo precepto, al encauzar el modo en que se debe proceder a la enajenación, admite que la realización de bienes afectos a privilegio especial se pueda llevar a cabo «en cualquier estado del concurso». Habida cuenta de lo anterior debemos concluir que la Ley prohíbe a la Administración concursal proceder a la enajenación de bienes y derechos de la masa activa durante la fase común, pero permite que para el caso en que concurren circunstancias que lo justifiquen - fundamentalmente el interés para el concurso-, pueda procederse a la enajenación de bienes y derechos del concurso, aunque en tal caso siempre con autorización judicial.": Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

"PRIMERO Según el art. 43-2 de la Ley Concursal, «... Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez...». Ahora bien, constatada la concurrencia de circunstancias que aconsejen el otorgamiento de esa clase de autorización, la parquedad relativa del precepto comentado plantea el dilema de determinar la forma en que la enajenación o gravamen -una vez autorizados- han de llevarse a cabo. En suma, lo que se trata de dilucidar es si la autorización judicial comporta un simple asentimiento o venia para que el concursado y la Administración Concursal (o solamente ésta en caso de suspensión) lleven a cabo el acto dispositivo en la forma que estimen más conveniente para los intereses de la masa, o si, por el contrario, dicho acto ha de ejecutarse con sujeción a las normas previstas en los arts. 148 y 149 de dicha Ley que disciplinan el régimen al que ha de someterse la liquidación de la masa activa del concurso una vez abierta la fase procesal del mismo nombre, y, más concretamente, si deben o no observarse las formalidades propias de la vía de apremio de la LECiv a las que remite el art. 149-1,3ª de la Ley Concursal. Dilema que -dicho sea de paso y hasta donde este juzgador conoce- no ha sido abordado en el terreno doctrinal, ámbito en el que los distintos tratadistas acometen, con mayor o menor grado de extensión, el estudio de la naturaleza, presupuestos y fines de la autorización judicial prevista en el referido art. 43-2, pero sin de analizar las implicaciones o consecuencias prácticas que de la misma derivan.

El silencio que al respecto guarda el precepto comentado obliga necesariamente a prescindir del análisis de su componente gramatical para pasar directamente a acometer su estudio sistemático y teleológico. En tal sentido, cabe efectuar las siguientes reflexiones:

1.-La enajenación «"ex" art. 43-2» no es una enajenación de finalidad liquidatoria sino conservativa y así se desprende tanto del epígrafe del precepto («Conservación y administración de la masa activa») como del contenido normativo de su apartado 1 («...1.-En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso»). En tal sentido, señala Colino Mediavilla, comentando el citado precepto, que «... las enajenaciones o gravámenes autorizados por el juez no suponen realización o liquidación de bienes o derechos, sino que sólo responden a una finalidad conservativa». («Comentarios a la Ley Concursal», coordinada por Pulgar Ezquerra y Alonso Ureba entre otros, pág. 614), e indica en similar sentido Martínez Florez que «... Para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien, debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien o su valor». («Comentario de la Ley Concursal», coordinada por Angel Rojo y Emilio Beltran, pág. 897). Se trata de un matiz que, aunque puramente académico en apariencia, incorpora una noción de evidente trascendencia práctica. En efecto, según resulta comúnmente admitido por la más autorizada doctrina, ante la necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, las circunstancias que ordinariamente se aducen como capaces de justificar la autorización judicial se caracterizan en general por la nota de la perentoriedad: necesidades de tesorería para atender gastos de administración del concurso, carácter perecedero de los bienes a enajenar, susceptibilidad de rápida depreciación de los mismos, conveniencia de eludir -atendido su escaso o incierto valor- gastos de conservación (depósito, almacenaje), necesidad de ahorrar rentas del local en que se encuentran bienes de inmovilizado material en los casos de falta de continuidad de la actividad empresarial, ofertas de compra que, revistiendo interés para la masa, se formulan con vigencia temporal limitada y resultan de incierta

o improbable reiteración futura, etc. En suma, circunstancias que, lejos de implicar un organizado proceso de apremio sobre conjuntos homogéneos de bienes como el que es propio del trámite liquidatorio (arts. 148 y 149 LC), generan necesidades estratégicas singulares caracterizadas por la premura o la urgencia.”: Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

“El artículo 43.2 prohíbe las enajenaciones salvo que cuenten con la autorización del Juez, lo que en la práctica ha supuesto que en muchas ocasiones bien el concursado bien la administración concursal reclamen del Juez esta autorización excepcional para hacer frente a situaciones que pueden parecer excepcionales desde una perspectiva legal pero que en la práctica cotidiana se dan con frecuencia. En estos casos el Juez debe actuar con ciertas cautelas y, entre ellas, la de evitar que la enajenación de activos sirva para hacer frente al pago de deudas contra la masa en una fase anterior a la liquidación – prohibición expresamente recogida en el artículo 154.2 de la Ley. Esta prohibición genera tensiones que incluso podrían llegar a comprometer el buen fin de un posible convenio ya que el convenio no puede adoptar disposición alguna respecto del pago de los créditos contra la masa, pago que debe hacerse conforme vayan venciendo los mismos y sin sometimiento ni a quitas ni a otras esperas que las derivadas de la existencia de tesorería en la concursada y, en su caso, activos realizables.- Estas deudas contra la masa en caso de continuidad de la actividad empresarial pueden comprometer seriamente el patrimonio de la concursada y los intereses de los acreedores concursales. Reproduciendo las palabras de la profesora Martínez Flórez con estas restricciones “se pretende evitar la liquidación paulatina de los bienes, puesto que la misma podría constituir un obstáculo para el convenio” [Aurora Martínez Flórez en la obra colectiva Comentario de la Ley Concursal, coordinado por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004.]. Siguiendo esta misma línea argumental si el concurso desde su arranque se configura como de liquidación los obstáculos para la enajenación de activos antes de la apertura de la fase de liquidación deben reducirse o, por lo menos, ponderarse con otros intereses del concurso. Este tipo de autorizaciones responden a uno de estos dos factores: a) Garantizar la conservación del bien.- Permitiendo la venta de género perecedero, de difícil o imposible conservación. b) Garantizar el valor del bien.- Autorizando bienes de rápida depreciación cuyo valor en fase de liquidación puede ser irrisorio. La profesora Martínez Flórez a modo de ejemplo enumera algunos casos en los que está justificada la enajenación:

- Cuando tras la realización de los actos necesarios para la conservación el valor del bien sería inferior a la suma de dicho valor antes de la conservación más los gastos efectuados para la misma,
- Cuando pueda adquirirse un bien nuevo similar por el precio de reparación del que se encuentra en la masa concursal,
- Bienes de lujo destinados al recreo del concursado cuyos mantenimientos supongan gastos y no produzcan ningún tipo de rendimiento o beneficio,
- Bienes cuyos gastos de depósito durante el concurso alcance casi el valor del propio bien,
- Bienes que se deprecien rápidamente con el paso del tiempo y que, además, exijan determinados gastos de mantenimiento o conservación – tales como automóviles, equipos informáticos.

Se observan en la práctica algunos supuestos de liquidación anticipada que generan serios problemas legales:

* La solicitud de venta de stocks de escaso valor en el mercado que plantean dificultades en su depósito porque pueden llegar a gravar en exceso la masa.- Si el Juzgado exige aguardar a la espera de la liquidación puede incrementarse la deuda contra la masa – pago de rentas de una nave en la que estén depositados los bienes -. Es habitual que se reclame la venta inmediata incluso por adjudicación directa de estos stocks de empresas en liquidación e incluso la venta de pequeño utillaje y chatarra o bienes en desuso y con poca salida en el mercado.- En estos casos deben ponderarse algunos factores para facilitar la autorización:

- La identificación efectiva de los bienes, incluso facilitando fotografías del estado de los mismos, complementadas en su caso por el informe de la administración concursal o de un perito,
- Valor real de los bienes.- para ello es imprescindible que la administración concursal anticipe el inventario – así lo permite el artículo 82.1 al hablar de que la Administración concursal a la mayor brevedad posible elaborará un inventario -, o cuando menos disponga de una valoración de los bienes que permita al juez fijar los parámetros para la venta,
- La habilitación de un proceso transparente y ágil de ventas por medio de la presentación de ofertas en el Juzgado,
- Efectos de la no enajenación en las deudas contra la masa – gastos de depósito – e impacto del incremento de estas deudas en las previsiones de pago a los acreedores concursales.

* Los mecanismos de resolución de contratos con obligaciones recíprocas y restitución de bienes, así como la asunción por la masa de algunas obligaciones derivadas de la resolución o del cumplimiento,

* El cese de la actividad y la extinción total o parcial de los contratos laborales antes de la presentación del informe también puede considerarse una operación liquidatoria.- En la práctica de los Juzgados mercantiles es habitual que en concursos de liquidación el concursado o la

administración concursal reclamen el anticipo de estas medidas al objeto de no cargar nuevos créditos a la masa del concurso – salarios devengados, retenciones e impuestos.”_ II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

4. Forma de enajenación

“En cuanto a los mecanismos de enajenación nada dice la ley en los preceptos citados lo que podría determinar que el Juez del concurso exigiera a los administradores concursales una propuesta de liquidación que avanzara algunos aspectos del plan de liquidación, a falta de esta propuesta de liquidación o venta por parte de los administradores del concurso al Juez no le quedan más opciones legales que las de la subasta, sin embargo las especiales circunstancias y necesidad que llevan a autorizar la venta en esta fase del concurso chocan con los formalismos del sistema de subasta, las publicaciones y la formalización de los requisitos de la subasta pueden demorar durante varias semanas la venta frustrando la celeridad y con grave riesgo de incrementar las deudas contra la masa. En la práctica del primer año de aplicación de la Ley las ventas realizadas en esta fase del procedimiento se han materializado bien por medio de adjudicación directa bien por medio de la presentación de plicas cerradas al Juez del concurso.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

“2.-Esa premura o urgencia a que acaba de hacerse alusión, como nota definitoria de la finalidad conservativa de valor inherente a las autorizaciones de venta de que tratamos, resulta difícil de conciliar con la necesaria observancia de preceptos como el art. 149-1, 3ª de la Ley Concursal a cuyo tenor «... Los bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio»: a) En unos casos, porque la obligada dilación de los trámites correspondientes al procedimiento de apremio es capaz de malograr de modo definitivo e irreversible la operación de venta (piénsese en el perecimiento natural de los productos, la depreciación considerable de las existencias, la pérdida definitiva -y de dudosa reproducción futura- de una oferta de compra aceptable, etc.); b) En otros casos, porque esa misma dilación comporta el mantenimiento en el tiempo de costes (depósitos, rentas, etc.) cuya importancia económica, unida a la de los gastos ineludibles del apremio judicial (peritaciones, publicaciones, etc.), es capaz de absorber y neutralizar plenamente cualquier virtual mejora de precio -en todo caso de probabilidad sumamente discutible- que el sistema de pública licitación pudiera propiciar.

3.-En tales circunstancias, la distinción entre finalidad liquidatoria y finalidad conservativa acarrea otro tipo de consecuencia que, aunque de importancia relativa si se considera de forma aislada, contiene implicaciones de entidad no desdeñable dentro del entramado de las consideraciones que preceden. En efecto, toda la disciplina relativa a la liquidación del patrimonio del concursado (arts. 148 y 149) está diseñada en torno al principio de enajenación unitaria (o, en su defecto, del menor número posible de enajenaciones de unidades productivas autónomas), lo que, en condiciones normales, supone la concentración de todos los gastos que genera el apremio en torno a un solo trámite (o, en el peor de los casos, en torno a un escaso número de trámites), por lo que, comparativamente, resultaría francamente antieconómico -y manifiestamente contrario a los intereses del concurso- asumir íntegramente el mismo o similar coste cuando de lo que se trata no es de la enajenación global sino de la venta singular de algún bien concreto como la que tiene lugar en aplicación del tantas veces citado art. 43-2 LC.

4.-También es importante destacar que, aún en el caso de que nos decantásemos por la tesis de la obligada observancia de la disciplina propia de la fase de liquidación para ejecutar las enajenaciones autorizadas al amparo del art. 43-2, nada autorizaría a aplicar prioritariamente la norma contenida en el art. 149-1,3º anteriormente transcrito (remisión al procedimiento de apremio de la LECiv) cuando lo que esa norma configura es un sistema que la propia Ley conceptúa como «supletorio» y solamente aplicable en defecto de aprobación del plan de liquidación que regula el art. 148. En efecto, la Ley Concursal prioriza sobre el sistema de pública licitación un mecanismo («plan de liquidación») caracterizado por la más amplia libertad de criterio imaginable en torno a la elección de las fórmulas o técnicas de realización de bienes que en cada caso puedan juzgarse convenientes. Sistema cuya aprobación por parte del juez solamente se condiciona a la observancia de un previo trámite contradictorio (puesta de manifiesto en la secretaría del juzgado del «plan de liquidación» elaborado por la Administración Concursal, posibilidad de que el deudor y/o los acreedores formulen observaciones o propuestas de modificación y nuevo informe, en este último caso, de la Administración Concursal) que, en esencia, no difiere excesivamente del que, con base en el art. 188 LC, debe preceder al otorgamiento de una autorización de venta «"ex" art. 43-2» (traslado de la solicitud de autorización formulada por la Administración Concursal a todas las partes a quienes concierna y posibilidad de alegaciones por parte de éstas). Pues bien, siendo ello así, no parecería consecuente sostener para estas enajenaciones perentorias de finalidad

conservativa la observancia a ultranza de las formalidades de realización reguladas en la LECiv cuando es el propio legislador quien, incluso en trámite de liquidación global, considera preferible la adopción de sistemas de enajenación alternativos y acompasados a las necesidades de cada caso de acuerdo con los intereses del concurso y las oportunidades de venta que coyunturalmente puedan suscitarse.

5.-Finalmente, destacar que en el terreno doctrinal parece unánime la consideración de que a los actos de enajenación o gravamen que, precisados de la autorización judicial prevista en el art. 43-2, se lleven a cabo prescindiendo de ella, no les resulta de aplicación el art. 6-3 del Código Civil y no pueden, por tal motivo, reputarse nulos de pleno derecho, de tal suerte que, si en un examen «ex post» el juez llega a la conclusión de que el acto dispositivo en cuestión resulta provechoso para la masa, cabe subsanar aquella falta de autorización mediante la convalidación judicial de lo ya ejecutado (obras citadas, págs. 615 y 898 respectivamente; en idéntico sentido, Tapia Hermida en «Comentarios a la Legislación Concursal», dirigida por Sanchez-Calero y Guilarte Gutierrez, pág. 831; también Zurilla Cariñana en «Comentarios a la Ley Concursal », dirigida por Bercovitz Rodriguez-Cano, págs. 379 y 380). Apreciación de la que, de manera indirecta, se extrae también la consecuencia de que no pertenece a la esencia de tales actos la observancia de ritos procedimentales específicos, toda vez que, si ha de considerarse jurídicamente eficaz un acto dispositivo llevado a cabo con el informalismo característico del mercado por el hecho de ser judicialmente convalidado con posterioridad, nada parece oponerse a que sea el propio juez quien, «ex ante» y atendidas las razones de conveniencia o premura concurrentes en cada caso, otorgue la autorización exigida por el art. 43-2 determinando al propio tiempo de manera discrecional, una vez oídos los interesados (art. 188 LC), las concretas condiciones en que la venta que autoriza haya de tener lugar.

SEGUNDO Llegados a este punto, obligado resulta concluir que el silencio que al respecto guarda el art. 43-2 LC, lejos de representar un olvido involuntario, constituye el fruto de una opción legislativa implícita con arreglo a la cual, en el trance de elegir entre -por un lado- el otorgamiento al solicitante de libertad absoluta para la enajenación y -por otro- la inexorable observancia de los trámites del apremio judicial previstos en la LECiv, se quiere que impere un sistema híbrido caracterizado por la discrecionalidad judicial donde sea el titular del órgano quien, a su prudente arbitrio y de manera en cierto modo paralela a la disciplina de liquidación configurada como prioritaria en el art. 148 LC, determine el precio, la forma y las condiciones bajo las que autoriza la realización del acto dispositivo de que se trate. Tarea sin duda delicada en cuyo desempeño cuenta el juez con el asesoramiento de la Administración Concursal, integrada por profesionales cualificados a los que no cabe suponer otra inclinación que no sea la defensa de los intereses del concurso y cuya actuación, tanto en éste como en otros aspectos, se encuentra limitada por un sistema de responsabilidad característico (art. 36 de la Ley Concursal). Lo que -huelga decirlo- tampoco excluye necesariamente la eventual adopción del sistema de pública licitación contemplado en la LECiv si las circunstancias de tiempo y la entidad del bien a enajenar o gravar así lo aconsejan, y todo ello sin perjuicio, desde luego, de la obligada observancia de trámites específicos en los supuestos en que la Ley así lo exige de manera expresa (v. gr. realización en cualquier estado del concurso de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, art. 155-4 LC).“: Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

4.1 Autorización para venta directa

“**OCTAVO** La opción para la venta directa abarca la totalidad de los bienes que relaciona la Administración concursal en relación con la rama de negocio «Dormilón», esto es derechos de propiedad industrial que permiten la fabricación y comercialización de los productos para el descanso que se distinguen con la marca «Dormilón» de los que es titular Dorlast, SL a las existencias, a las materias primas, a los productos semielaborados o productos terminados propiedad de Dorlast, SL correspondientes a productos para el descanso de la marca «Dormilón», así como a la maquinaria propiedad de Dorlast, SL con la que se realiza la fabricación de los productos para el descanso que se distinguen con la marca «Dormilón». La posibilidad de venta directa de un bien o derecho afecto a privilegio especial, se encuentra contemplada en el artículo 155.4 LC que prevé que el Juez la autorice a fin de que la Administración concursal proceda a la misma. Es cierto que el referido precepto hace referencia a la posibilidad de su autorización por el Juez a un oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado. En el presente caso debemos tener en cuenta que la solicitud de autorización se realizó sobre la base del precio total ofertado por Flex Equipos de Descanso, SA, que ascendía a 2.300.000 €. En tal oferta se especificaba que, del total del precio, 600.001 euros correspondían a la marca española «Dormilón» registrada con el núm. 771.181, correspondiente a la clase 20ª, con lo que se superaba el precio pactado en la escritura de constitución de hipoteca para que sirva de tipo de la subasta en caso de ejecución, según consta en la disposición 7.3 letra c) de la escritura pública de constitución de hipoteca sobre tal derecho de propiedad industrial. Ahora bien, no podemos olvidar que la oferta para la adquisición, de la entidad Flex Equipos de Descanso, SA englobaba otra clase de bienes, y que

a esa se han sobrepuesto otras correspondientes a diferentes entidades. Debe entenderse que es la Administración concursal la que puede valorar de manera más eficaz la conveniencia de que la enajenación de los bienes y derechos se haga mediante venta directa o a través de subasta. Ahora bien, al encontrarse integrado dentro de los bienes objeto de autorización el derecho de propiedad industrial gravado con hipoteca, la Administración judicial, en uso de la facultad que se le confiere, deberá observar los siguientes límites: 1) la autorización para la enajenación de tal derecho se otorga con la condición de que el precio de adquisición de tal derecho de propiedad industrial debe ser en todo caso superior a 600.000 euros; y 2) que para el caso de enajenación separada del derecho de propiedad industrial gravado con hipoteca mobiliaria, o de un lote de bienes entre los que se encuentre el referido derecho, la enajenación se deberá anunciar en todo caso en el tablón de anuncios del Juzgado según lo previsto en el apartado 4 del artículo 155 LC, y al concurrir -ya en este momento- diversas ofertas de adquisición sobre tal derecho se abrirá licitación, debiendo los interesados en participar consignar la cantidad del 10% del precio mínimo de enajenación de tal derecho, y adjudicándose al mejor postor que acepte las condiciones que en su día se publiquen.

En cuanto a los demás bienes, no podemos olvidar que, aunque la venta directa se encuentra prevista en el artículo 155.4 LC para los bienes y derechos afectos a privilegio especial, el hecho de que en el presente caso la autorización para la venta directa se haya promovido respecto de un conjunto de bienes entre los que se encuentra un derecho afecto a privilegio especial, y habida cuenta de la globalidad como se han configurado las distintas ofertas de adquisición, deberá autorizarse tal forma de venta respecto de todos los bienes que forman parte del conjunto propuesto por la Administración concursal -con las limitaciones antedichas para el caso del derecho sujeto a gravamen hipotecario-, sin que sea necesario respecto de los demás bienes referencia a precio pactado alguno que no se exige por parte de la Ley. La autorización a través del método de venta directa de los demás bienes debe entenderse posible a la luz de lo previsto en el artículo 43.2 LC.”: Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

“(…) Por último se afirma que la discrecionalidad concedida a la Administración concursal para determinar el procedimiento por el que se podrá proceder a la enajenación de los activos del ramo de negocio «Dormilón» titularidad de Dorlast, SL infringe el mandato contenido en el artículo 155.4 y 149.1.3º LC.

TERCERO 1. Debemos empezar el examen del recurso por el último de los motivos. A través del mismo se quiere combatir la discrecionalidad que el órgano judicial ha atribuido a la Administración concursal en relación con el procedimiento para la enajenación de los activos objeto de autorización. En la estructura de la parte dispositiva del Auto impugnado, se hacen varias referencias a las facultades de opción atribuidas a la Administración concursal en orden a la elección del método de la enajenación. En la parte dispositiva del Auto de 17 de abril de 2005 se atribuye a la Administración concursal la posibilidad de optar por la venta de los activos objeto de la resolución bien vía pública subasta, bien directamente, en los puntos 1 y 3, si bien respecto de la marca española «Dormilón» registrada con el núm. 771.181 correspondiente a la clase 20ª en la OEPM se matiza dicha opción en el punto 2 de la resolución. Debe decirse desde este momento que la facultad de opción atribuida a la Administración concursal para que pueda elegir entre la venta directa de los activos o la pública subasta, proviene de la solicitud que la misma realizó en el escrito presentado en fecha 2 de marzo de 2005. Es la Administración concursal la que después del análisis económico de la situación patrimonial de la concursada entendió que era adecuado para optimizar los ingresos derivados de la enajenación, que se le facultase para la citada opción. No debemos olvidar que la Administración concursal está integrada por un economista. El juicio que les llevó a tal solicitud fue en todo caso un juicio de oportunidad que excede a lo puramente jurídico. Y quien está en mejores condiciones para llevarlo a cabo es precisamente la Administración concursal o el empresario concursado. Debe resaltarse que la entidad concursada se mostró en este punto de acuerdo con la solicitud de la Administración concursal (escrito presentado en fecha 17 de marzo de 2005). Además, no podemos olvidar lo que se ha puesto de manifiesto en el primer fundamento jurídico de esta resolución. El Juez del concurso no gestiona el patrimonio del concursado, ni interviene sus facultades patrimoniales. Sólo se configura como órgano rector del procedimiento. Y en este papel que la Ley le asigna, ha autorizado la venta de determinados activos titularidad de Dorlast, SL en los términos expuestos en el Auto recurrido.

2. Por otro lado, debe tenerse en consideración que la venta directa de activos se contempla expresamente en el artículo 155.4 LC que regula la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial. El citado precepto establece que tal clase de bienes y derechos -afectos a privilegio especial- «se hará en subasta». Esta es la regla general. A continuación se instaura la excepción: «salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa». Pero hay que acotar dicho precepto a los bienes y derechos a los que se refiere. Por ello, no es válida la conclusión de que la venta directa sólo cabe en el caso de bienes y derechos afectos a privilegio especial. Al contrario. A pesar de que la Ley no se muestra partidaria de que tal clase de activos se enajenen a través de otro medio diferente al de subasta, se contempla la posibilidad de venta

directa de los mismos. Pero la contrariedad de la Ley para que en la enajenación de los bienes y derechos afectos a privilegio especial se haga un uso de un método distinto al de subasta deriva de sus especiales características. No podemos olvidar que el bien o derecho afecto sale del patrimonio del concursado permaneciendo el gravamen, y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor que se excluye de la masa pasiva. De ahí que si para los bienes afectos a privilegio especial se prevé la posibilidad de quebrar la regla general de subasta, para los bienes y derechos afectos que no están sometidos necesariamente a la regla general de subasta, con mayor motivo cabe la autorización de venta directa. Por esto no cabe extraer que respecto de lo demás bienes en los que no concurra la especialidad de encontrarse afectos a privilegio especial sólo quepa la enajenación mediante subasta. Respecto de éstos -y a falta de disposición expresa al respecto- deberá actuarse como si de la fase de liquidación se tratara. No obstante, no puede pasarse por alto que el artículo 149.1.3º LC que la parte recurrente estima infringido, a pesar de encontrarse en sede de liquidación, es una regla legal supletoria. Y precisamente por su supletoriedad no entra en juego caso de haberse aprobado un plan de liquidación. Y, en fase de liquidación, no existe ninguna prohibición para que en el referido plan se contemple la posibilidad de venta directa de bienes y derechos, quedando siempre a salvo las reglas -especiales, que no supletorias- del artículo 155 LC. Eso no significa que la autorización para la venta directa pueda llevarse a cabo sin ningún tipo de formalismo. Pero tales formalismos no podrán exceder de los contemplados en el artículo 188 LC que -es de advertir- coinciden prácticamente con los previstos en el artículo 148.2 LC. De ahí que no pueda estimarse que la posibilidad ofrecida a la Administración concursal para que elija a fin de enajenar bienes y derechos no afectos a privilegio especial bien por la subasta, bien por la venta directa, infrinja lo previsto en el artículo 149.1.3º LC porque este es un precepto que contiene una regla supletoria, aplicable únicamente en fase de liquidación y para el caso de inexistencia de un plan de liquidación, lo cual no es el supuesto de hecho objeto de discusión.”: Auto JM-1 Madrid 13.06.2005 (AC 2005/1130)

“**CUARTO** La autorización para venta directa es la pertinente en este caso [*vehículo usado no necesario para la actividad*], puesto que, aunque la Ley Concursal solo se refiere a ella a propósito de la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (artículo 155 núm. 4), es el cauce más adecuado cuando sea precisa una actuación ágil y que no grave con costes innecesarios a la masa. Porque el procedimiento de subasta o los demás previstos la LECiv sólo los contempla la Ley Concursal (art. 149) con carácter subsidiario a las propuestas que efectúe la administración en el plan de liquidación (art. 148), lo que no cierra las puertas a mecanismos más ágiles de realización de bienes en el marco del concurso en función de las circunstancias que concurran en cada caso.

QUINTO El otorgamiento de la autorización debe quedar sujeto, no obstante, a que se cumplan una serie de garantías que impone el juzgador para garantizar la transparencia de la operación. En concreto: 1º) la venta se realizará con la intervención de la administración concursal de HIDROPLASTIC SA.; 2º) el precio de la transmisión no podrá ser inferior a 4.000 euros, según la valoración mínima apuntada por la administración concursal para este tipo de vehículos industriales de segunda mano, y el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3º) las condiciones de la venta y el contenido de la presente autorización deberán publicarse en el tablón de anuncios de este juzgado, de modo que dentro del plazo de 10 días siguientes a dicha publicación puedan presentarse postores que ofrezcan una cantidad superior al mínimo fijado, lo que daría lugar, si existiese más de uno, a que se abriese licitación entre los oferentes. No resulta indispensable, atendiendo al reducido volumen de la operación, que se efectúe además una publicación ni en diarios oficiales ni en otros medios de comunicación que encarecerían y sobre todo dilatarían la realización de la misma.”: Auto JM-4 Madrid 14.06.2005 (AC 2005/966)

“**CUARTO** La autorización para venta directa es la pertinente en este caso [*muebles usados no necesarios para la actividad*] puesto que, aunque la Ley Concursal solo se refiere a ella a propósito de la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (artículo 155 núm. 4), es el cauce más adecuado cuando sea precisa una actuación ágil y que no grave con costes innecesarios a la masa. Porque el procedimiento de subasta o los demás previstos la LECiv sólo los contempla la Ley Concursal (art. 149) con carácter subsidiario a las propuestas que efectúe la administración en el plan de liquidación (art. 148), lo que no cierra las puertas a mecanismos más ágiles de realización de bienes en el marco del concurso en función de las circunstancias que concurran en cada caso.

QUINTO El otorgamiento de la autorización debe quedar sujeto, no obstante, a que se cumplan una serie de garantías que impone el juzgador para garantizar la transparencia de la operación. En concreto: 1º) la venta se realizará con la intervención de la administración concursal de Depuradoras Ecológicas Modulares SA; 2º) el precio de la transmisión no podrá ser inferior a 700 euros (más IVA), según la oferta recibida por la administración concursal, que está documentada en autos, y el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3º) las condiciones de la venta y el contenido de la presente autorización deberán publicarse en el tablón de

anuncios de este juzgado, de modo que dentro del plazo de 10 días siguientes a dicha publicación puedan presentarse postores que ofrezcan una cantidad superior al mínimo fijado, lo que daría lugar, si existiese más de uno, a que se abriese licitación entre los oferentes. No resulta indispensable, atendiendo al reducido volumen de la operación, que se efectúe además una publicación ni en diarios oficiales ni en otros medios de comunicación que encarecerían y sobre todo dilatarían la realización de la misma.”: Auto JM-4 Madrid 11.10.2005 (AC 2005/1712)

4.2 Faculta a la Administración Concursal para optar entre venta conjunta o separada

“**SÉPTIMO** En segundo lugar, debemos plantearnos la cuestión suscitada por la Administración concursal en relación con la autorización a la misma para determinar si la enajenación de los bienes y derechos relacionados debe realizarse conjuntamente, o por separado. No se suscita oposición a dicha facultad respecto del grupo de bienes correspondientes al ramo del negocio «Dormilón». Por ello, encontrándose la Administración concursal en mejor disposición de valorar en cada momento, y muy particularmente, en el momento de la venta, si es mejor la enajenación de tales activos como un todo o por separado, es conveniente atribuir esta facultad a la Administración concursal, tal y como se solicita. Por tanto deberá dejarse este punto a criterio de la Administración concursal la cual se encontrará siempre sujeta a la actuación en interés del concurso.”: Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

5. Supuestos concretos autorizados

5.1 Vehículo no necesario que se deprecia y causa gastos

“**PRIMERO** La entidad concursada es propietaria de un vehículo que, según se desprende del informe de la administración concursal, ha quedado sin utilidad alguna para la empresa en atención a la nueva dimensión de la plantilla de trabajadores que ha supuesto la reducción de las plazas de conductor. Dicho vehículo está suponiendo una carga para la concursada, pues le ocasiona costes de mantenimiento (seguro, ITV, reparaciones, etc.) que gravan a la masa sin reportarle expectativa de beneficio si no se realiza pronto, a tenor de la rápida depreciación que sufren este tipo de bienes.

SEGUNDO El artículo 43.2 de la Ley Concursal solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello. Ésta deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés.

TERCERO En el presente caso concurren dos circunstancias determinantes para la procedencia de la venta. En primer lugar, la rápida depreciación del vehículo con el paso del tiempo, por lo que resulta más rentable para el interés del concurso obtener en un momento determinado el valor en metálico del bien que permitir que siga bajando de precio con rapidez y de modo inevitable. Y en segundo lugar, que dicho vehículo es innecesario para continuar la actividad empresarial de la concursada, de modo que ya no le produce rendimiento alguno y sin embargo le ocasiona costes que gravan el patrimonio de aquélla.”: Auto JM-4 Madrid 14.06.2005 (AC 2005/966)

5.2 Mobiliario no necesario que se deprecia y causa gastos

“**PRIMERO** La entidad concursada es propietaria de unos bienes muebles, sitos en las oficinas de la calle Princesa núm. 1, Edificio España de Madrid, que, según se desprende del informe de la administración concursal, han quedado sin utilidad alguna para la empresa que carece de actividad y que además va a ser lanzada del mencionado local a instancia de su propietario por impago de las rentas. Dichos enseres, que consisten en muebles de oficina, pueden finalmente perderse si no se realizan pronto, a tenor de la rápida depreciación que sufren este tipo de bienes, y generarían, en su caso, costes de depósito si se pretendiera conservarlos.

SEGUNDO El artículo 43.2 de la Ley Concursal solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello. Ésta deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o

costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés.

TERCERO En el presente caso concurren dos circunstancias determinantes para la procedencia de la venta. En primer lugar, la rápida depreciación de esos bienes con el paso del tiempo, por lo que resulta más rentable para el interés del concurso obtener en un momento determinado el valor en metálico del bien que permitir que siga bajando de precio con rapidez y de modo inevitable. Y en segundo lugar, que dichos muebles resultan innecesarios para continuar la actividad empresarial de la concursada, de modo que ya no le producen rendimiento alguno y sin embargo sólo podrían ocasionar costes de almacenaje susceptibles de gravar el patrimonio de aquélla.”: Auto JM-4 Madrid 11.10.2005 (AC 2005/1712)

5.3 Participación en sociedad extranjera en dificultades económicas

“En el supuesto ahora examinado, encontrándonos en presencia de una endémica ausencia de liquidez que imposibilita atender a los más elementales gastos exigidos por el normal desarrollo del concurso, se solicita autorización para la venta de la participación -al parecer total- que la concursada ostenta en el capital de la venezolana Eurovips Operador Internacional de Turismo. Se trata de una mercantil que, disponiendo de escasos activos propios, ejerce la industria de agencia de viajes desde un local arrendado y de cuyo balance, examinado al efecto por la Administración Concursal, se extrae la conclusión de que, contando con la suma que adeuda a la concursada, se encontraría en la actualidad con fondos propios negativos, de manera que el incremento previsible de sus pérdidas incrementaría el riesgo de que en poco tiempo se malograse el 100% de su actual valor. Ante dicha situación, juzgándose satisfactorio por parte de la Administración Concursal el precio de 26.000 \$ ofertado por Don Javier para la adquisición de dicha empresa, ha de tenerse en cuenta que el virtual desarrollo en España de los trámites de subasta propios de la LECiv, además de comportar gastos y una considerable dilación temporal capaz de agravar el riesgo anunciado, no añadiría especiales ventajas al concurso en razón a la previsible ausencia de atractivo e interés en nuestro país por la adquisición de un lejano negocio, no especialmente pujante, situado en Caracas (Venezuela). Por tales motivos, teniendo en cuenta, además, que no se ha formulado por parte de ningún acreedor personado oposición expresa a que dicha operación sea judicialmente aprobada, se está en el caso, en vista de cuanto se ha razonado con anterioridad, de autorizar a la Administración Concursal a que proceda a la venta de dicho activo patrimonial en las condiciones propuestas.”: Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

5.4 Venta de activos del ramo de negocio en el que ha cesado la actividad para obtener liquidez destinada a la actividad que continúa

“**QUINTO** Ceñido el objeto de la solicitud de autorización a lo dicho en el anterior fundamento, en primer lugar, debemos examinar si concurre justa causa para autorizar la enajenación. La inexistencia en la Ley de los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para acceder a tal autorización pudiera conducir a entender que el órgano judicial tiene discrecionalidad absoluta en orden a decidir la procedencia o improcedencia de la autorización. Sin embargo, no entendemos que las cosas sean así. A fin de decidir sobre la procedencia de la autorización deberá tenerse en cuenta básicamente el interés del concurso. En este orden de cosas debe ponerse de relieve que la Administración concursal ha puesto en conocimiento del Juzgado que Dorlast, SL ha cesado definitivamente en la actividad empresarial del ramo del negocio «Dormilón». Asimismo, se evidencia la necesidad de conseguir liquidez a fin de afrontar los pagos correspondientes a las deudas que son a cargo de la masa y que permitirían, según afirma la Administración concursal, la continuación de la actividad empresarial en la rama de negocio «Dorwin» en la que -como se ha dicho- subsisten tanto la actividad productiva como las relaciones laborales. Con ello quedan puestas en evidencia las razones que aconsejan la necesidad de enajenar los bienes que integran el ramo del negocio «Dormilón», inactivo e improductivo para la concursada en estos momentos. No puede sostenerse la tesis de Banco de Vasconia, SA que mantiene que la autorización para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa sólo procede en supuestos en los que es inevitable -como ocurriría en el ejemplo que plasma en su escrito relativo a bienes percederos-, y ello porque si bien en el caso de bienes percederos puede ser aconsejable la solicitud de autorización para su enajenación, no pueden descartarse otros motivos como los aducidos en el presente caso en que el mantenimiento de determinados activos es una carga para la masa activa y que su enajenación, por el contrario, permite la continuidad de la actividad productiva en otro sector de la empresa que, sin la enajenación solicitada, podría verse seriamente comprometida. A mayor abundamiento debe decirse que también es apreciable como motivo que persuade para conceder la autorización para la enajenación de bienes, el relativo a la rápida depreciación de los mismos, depreciación que subyace en la limitación temporal que se plasma en las propuestas de ofertas para la adquisición de tales bienes y derechos. Por todo ello la autorización para la enajenación de los bienes y derechos del ramo del negocio «Dormilón»

debe ser concedida en los términos que se dirá.”: Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

5.5 Autorización venta ganado. Autorización disposición de cuentas pignoradas, para la alimentación del ganado

“TERCERO Sobre la necesidad de venta de la cabaña de la sociedad deudora.- El artículo 43 exige la conservación del patrimonio del deudor, pero la exigencia se supedita a que se verifique «del modo más conveniente para los intereses del concurso». No se trata de preservar la masa activa por encima de cualquier otra consideración, sino de asegurar la decisión económica más conveniente, según las circunstancias concurrentes, que lógicamente serán muy diferentes en cada caso.

En el que nos ocupa el problema es que la falta de liquidez impide la conservación de un activo, las reses, que precisa todos los días de alimentación para conservar e incrementar su valor. Si no se alimenta al ganado existe el evidente riesgo, que no precisa de prueba alguna, de que enferme o muera, con lo cual no una parte sino la totalidad de su valor se perdería.

No nos encontramos ante un elemento del patrimonio que pueda sufrir merma por la falta de conservación, como ocurriría con un inmueble o la maquinaria de una empresa. La especialidad con la que se enfrentan deudor, acreedores y administración concursal es que si no se conserva el ganado, las pérdidas serán totales y además puede generarse un importante problema sanitario.

El problema es que parece que con ello las entidades concursadas van a paralizar su actividad. Y lógicamente no es éste el momento, todavía, para determinar si procede abrir ya la vía liquidatoria. Pero que no sea el momento no significa que la realidad económica no sea palmaria: el objeto del negocio no puede mantenerse sin alimentar el ganado, y no hay liquidez para verificarlo.

Si se trata, como se decía en el anterior ordinal, de asegurar no tanto unos elementos individualizados del patrimonio, como son las respectivas cabezas de ganado que lo conforman, sino su valor patrimonial, lo que habrá que preservar es tal valor, que en definitiva sirve para satisfacer a los acreedores, a los trabajadores o incluso al deudor, que son los intereses del concurso a los que alude el art. 43.1 de la LC.

Hay que optar, en consecuencia, o por seguir atendiendo los gastos precisos para la conservación del ganado hasta que llegue el momento de su sacrificio, para lo cual se precisa tesorería de manera inmediata, o por enajenar el ganado evitando nuevos gastos, o por ambas cosas a la vez. Esto último, a la vista de las alegaciones de la entidad concursada, es de alguna forma lo que se ha pretendido por la empresa, que al parecer llegó a disponer de hasta cincuenta mil cabezas de ganado vacuno en su día, cuando ahora apenas llega a la décima parte.

Por otro lado de lo actuado hasta hoy se aprecia que las entidades deudoras no han adquirido nuevas cabezas de ganado para su engorde. El problema se tiene con las actuales, que todavía no han llegado a la edad o peso ideales para su sacrificio, y que si no se alimentan enfermarán o perecerán, perdiéndose todo su valor que no es irrelevante, teniendo en cuenta su número y que por cada una puede obtenerse entre novecientos a mil euros.

La deudora entiende que ese problema quizá pueda solucionarse en parte con la obtención de tesorería, por lo que solicita que se le autorice a disponer de las cuentas corrientes donde se ha ingresado el importe obtenido por el sacrificio de reses con anterioridad, a lo que se oponen las entidades financieras afirmando que disponen de un derecho de prenda sobre las mismas, que estarían dispuestas a transmutar si se reconociera un crédito sobre la masa.

La petición del Banco Popular Español, SA, en el sentido de que la administración concursal se pronuncie sobre si ha de entregarse o no cantidades que a su juicio tiene en prenda, entra de lleno en esta discusión sobre la forma más conveniente de actuar. Al respecto debe recordarse, en primer lugar, que todavía la administración concursal no ha emitido su informe, ya que dispone aún de plazo para elaborar la lista de acreedores con el importe de los respectivos créditos y para la calificación de la clase correspondiente.

Y además, como se ha puesto de relieve en la audiencia, a juicio de ésta es, cuando menos, discutible que pueda existir realmente la garantía pignoratícia que afirman las entidades financieras, al menos en la extensión pretendida, lo que hace que la calificación del crédito pueda ser polémica. Ciertamente el Banco Popular Español, SA y Banco Urquijo, SA disponen de documentos que podrían sostener su consideración del carácter de prenda sobre ciertas reses. Pero también es cierto que los términos de la garantía no son concluyentes, que el propio Banco Popular Español, SA ha solicitado en la audiencia de hoy que se constatará en escritura pública, y que por lo tanto habrá que estar al informe previsto en el art. 75 LC y en particular a la lista de acreedores del art. 75.2.2º y 94.I y al eventual incidente del art. 96 si existiera disconformidad.

Ante la petición del Banco Popular Español, SA, la administración concursal en la audiencia ha aceptado como única solución para solucionar el problema creado que se enajene el ganado, aunque no con la premura que se solicita, para evitar malbaratarlo, y que entretanto se disponga de los saldos que existen en Bancaja para atender las necesidades sanitarias y de

alimentación, saldos que consideran objeto de prenda ambos bancos, pues en aquélla se ingresa el importe de la venta del ganado pignorado. También los demás acreedores que se han manifestado en la audiencia de hoy son partidarios de esa solución, con las prevenciones que cada uno sugiere.

Todas las anteriores consideraciones determinan que haya de atenderse la petición de la deudora, que cuenta con la autorización de la administración concursal, manifestada en la misma audiencia. Se trata así de salvaguardar, en la medida de lo posible, el valor patrimonial del activo que se autoriza a enajenar, que de otro modo desaparecería totalmente o se vería disminuido de forma notablemente perjudicial para los intereses del concurso. Esa enajenación se realizará, en consecuencia, previa autorización de la administración concursal en cada caso.

CUARTO Sobre la disposición de los saldos al parecer pignorados.- Se polemiza por Banco Popular Español, SA y Banco Urquijo, SA sobre las consecuencias de la prenda que dicen ostentar sobre los saldos en Bancaja. Sobre si existe o no la prenda, y sobre su objeto, habrá que estar al informe de la administración concursal previsto en el citado art. 75.

Se discute que tenga que ser precisamente ese activo el que tenga que utilizarse para atender las necesidades de tesorería, pues constan otros activos, como los inmuebles, que también podrían realizarse con la misma finalidad. No obstante es más razonable que se recurra a un activo fácilmente disponible, pues son saldos en cuentas bancarias, que al eventual fruto de la realización de un inmueble que tardará semanas en poder ser vendido o nuevamente gravado.

Unos activos de gran valor, las reses, pueden perderse completamente o en un grado muy importante, si no son alimentadas, si no reciben los cuidados sanitarios y si no se sacrifican en su momento. La especialidad de tales activos es que, a diferencia de lo que ocurre con otros, como los inmuebles, precisan de una atención especial y diaria, que no puede posponerse si no se quiere que desaparezcan o minusvaloren de forma importante.

Por dicha razón, y sin perjuicio de la calificación que merezca el crédito de ambas entidades financieras, que se propondrá en su día por la administración concursal, ha de permitirse la disposición de los saldos existentes en Bancaja en la estricta medida en que sean necesarios para asegurar la indemnidad del ganado, al menos hasta el momento de su venta.

Será bajo la supervisión de la administración concursal, que estará autorizada a recortar la petición de la concursada si le parece excesiva, como se dispondrán de las cantidades necesarias para atender a las vacas, sin perjuicio de que con el resultado que se obtenga de la venta se repongan la misma cuenta o, con autorización expresa de la administración concursal, las necesidades alimenticias, sanitarias y de cuidado o sacrificio del resto de la cabaña.

No es posible atender la petición de los bancos de que se transforme el crédito concursal, aún no reconocido, en crédito contra la masa. Ese cambio no tiene fundamento legal, supone vulnerar el régimen de preferencias que dispone la Ley Concursal y modificar la calidad de la garantía que se sostiene existe.

En definitiva, bajo el control de la administración concursal se autoriza al deudor a disponer, en la estricta medida en que sea necesario, de los saldos que existen en la cuenta de Bancaja que figura en la parte dispositiva, a la que deberá reintegrarse el resultado de la venta de los animales a la que se ha autorizado en el anterior ordinal.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114)

6. No autorización de la venta desmembrada de una unidad productiva

"Antes de examinar si concurren circunstancias que justifiquen la concesión de la autorización para la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa, es menester delimitar el objeto que en su caso puede ser objeto de enajenación. Para ello, debemos dividir la solicitud en dos grandes grupos, el primero (...); el segundo, integrado por bienes y derechos que forman parte del ramo del negocio «Dorwin». Como bien dice la entidad concursada, estos últimos deben considerarse como unidad productiva en funcionamiento toda vez que la fábrica sita en la localidad de Agoncillo (La Rioja) se encuentra en funcionamiento, y precisamente la Administración concursal justifica en parte la necesidad de la venta de activos de las entidades concursadas en la continuidad del ejercicio de la actividad social en el ramo de negocio «Dorwin». No puede negarse que nos encontramos ante una unidad productiva en funcionamiento en la que existe una plantilla de trabajadores realizando las prestaciones para las que fueron contratados. Por ello, no se puede considerar adecuado el fraccionamiento que de dicha unidad productiva supondría la autorización de venta de los derechos de propiedad industrial que permiten la fabricación y comercialización de los productos para el descanso que se distinguen con la marca «Dorwin», de la maquinaria con la que se realiza dicha fabricación, y de las existencias de materias primas, productos semielaborados o productos terminados correspondientes a productos para el descanso de la marca «Dorwin». La enajenación de determinados activos del ramo del negocio «Dorwin» daría lugar sin duda, a una depreciación de lo que quede, con unas consecuencias previsiblemente perjudiciales para los puestos de trabajo. Por tanto, al no haberse contemplado su enajenación en su conjunto como unidad productiva, y por ello sin seguirse el cauce procesal previsto en el artículo 149.1 LC, no cabe autorizar su enajenación en los términos propuestos.": :Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

“QUINTO 1. El último de los motivos -en la sistemática seguida por esta resolución- se refiere a la denegación de la autorización solicitada por la Administración concursal para la enajenación de bienes y derechos del ramo del negocio «Dorwin». Al respecto la entidad recurrente afirma que la denegación de la autorización para enajenar bienes y derechos del ramo del negocio «Dorwin» es contraria a los intereses del concurso. Se sustenta tal afirmación en que el artículo 43.1 LC exige a la Administración concursal atender a la conservación de los bienes y derechos de la masa activa «del modo más conveniente para los intereses del concurso». Partiendo de lo anterior estima que no cabe mantener el ramo de negocio «Dorwin» en el patrimonio de Dorlast, SL por las dudas existentes sobre su viabilidad. Con independencia de que en tal alegato la entidad impugnante vierte juicios de carácter económico que en modo alguno quedan acreditados, la cuestión objeto de debate tiene mayor calado. La autorización para la enajenación de los bienes y derechos del ramo de negocio «Dorwin» fue denegada porque el órgano judicial entendió que el ramo de negocio «Dorwin» no estaba integrado sólo por bienes y derechos superpuestos, sino que los mismos forman parte de una organización, de tal modo que configuran lo que el artículo 149.1.1º LC califica como de unidad productiva. Y como tal unidad productiva no puede ser enajenada de manera desmembrada sino que, en este caso, al proceder como si se estuviera en la fase de liquidación, al no existir el plan previsto en el artículo 148 LC, debía procederse a su enajenación como un todo. Para ello debía encauzarse la solicitud de un modo determinado, exigiéndose la audiencia de los representantes de los trabajadores. Al no haberse solicitado la enajenación como un todo orgánico y por ello, al no haberse dado audiencia a los representantes de los trabajadores para que pudieran dar su parecer sobre la procedencia de esa clase de enajenación, no podía ser autorizada la solicitud.”: Auto JM-1 Madrid 13.06.2005 (AC 2005/1130)

7. Convalidabilidad de la falta de la autorización

“5.-Finalmente, destacar que en el terreno doctrinal parece unánime la consideración de que a los actos de enajenación o gravamen que, precisados de la autorización judicial prevista en el art. 43-2, se lleven a cabo prescindiendo de ella, no les resulta de aplicación el art. 6-3 del Código Civil y no pueden, por tal motivo, reputarse nulos de pleno derecho, de tal suerte que, si en un examen «ex post» el juez llega a la conclusión de que el acto dispositivo en cuestión resulta provechoso para la masa, cabe subsanar aquella falta de autorización mediante la convalidación judicial de lo ya ejecutado (obras citadas, págs. 615 y 898 respectivamente; en idéntico sentido, Tapia Hermida en «Comentarios a la Legislación Concursal», dirigida por Sanchez-Calero y Guilarte Gutierrez, pág. 831; también Zurilla Cariñana en «Comentarios a la Ley Concursal », dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 379 y 380). Apreciación de la que, de manera indirecta, se extrae también la consecuencia de que no pertenece a la esencia de tales actos la observancia de ritos procedimentales específicos, toda vez que, si ha de considerarse jurídicamente eficaz un acto dispositivo llevado a cabo con el informalismo característico del mercado por el hecho de ser judicialmente convalidado con posterioridad, nada parece oponerse a que sea el propio juez quien, «ex ante» y atendidas las razones de conveniencia o premura concurrentes en cada caso, otorgue la autorización exigida por el art. 43-2 determinando al propio tiempo de manera discrecional, una vez oídos los interesados (art. 188 LC), las concretas condiciones en que la venta que autoriza haya de tener lugar. Auto JM-2 Madrid 23.05.2005 (AC 2005/907)

8. Costas

“No consta razón alguna para acordar sobre su imposición a cualquiera de las partes. Como ya se ha dicho en otras resoluciones recaídas en este procedimiento, como los autos de quince de noviembre y treinta de diciembre, ni existe previsión legal en la LC o LECiv para imponerlas, ni hay fundamento para apreciar temeridad en quienes han planteado la solicitud. “Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 10.01.2005 (AC 2005/114)

3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

La excepción del art. 43.3

“El artículo 43.3 exceptúa los actos de disposición inherentes a la continuidad de la actividad empresarial o profesional.- Son los actos propios del giro o tráfico mercantil – venta de stock o mercancías, asunción de obligaciones derivadas de este giro.- La Ley establece dos requisitos expresos y otro implícito: a) Han de ser actividades imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial, b) Deben ajustarse a las condiciones normales de mercado. c) Además

será necesario que cuenten con el visto bueno implícito o explícito de la administración concursal. En este punto el legislador no ha tenido en cuenta que el inicio de un proceso concursal trae de suyo una desconfianza del mercado hacia el concursado, desconfianza que pese a los remedios que pone la propia Ley – por ejemplo en materia de contratación – hace imposible o, cuando menos muy difícil que el mercado reaccione de modo normalizado, así, por ejemplo es habitual que las ventas que realiza el concursado se efectúen con importantes descuentos o que se devalúen considerablemente algunas mercaderías que, con el paso de un breve plazo de tiempo, pueden llegar incluso a carecer de valor efectivo. El hecho de que estos actos no requieran de la autorización del Juez no determina que el Juez no pueda y deba tener un conocimiento del mismo y que tanto el Juez como los administradores del concurso ponderen la trascendencia de dichos actos en orden a mantener o cesar la actividad empresarial conforme permite el artículo 44.4 de la Ley Concursal. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 3

Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.

2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general. No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.

3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.

Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 8 y en el artículo 64.

Procedencia del cese de la actividad

“SEGUNDO.- En el presente caso, atendiendo a los argumentos sostenidos por la administración concursal y los documentos presentados junto a la solicitud, se considera que existe justa causa para acordar el cese de la actividad, por cuanto, tal y como se establece en el informe del administrador, la actividad, de facto, se encuentra ya cesada, sin pedido alguno, sin materia prima y sin medios, en definitiva, para la continuación de la actividad, mostrándose esa situación indiciariamente como irreversible.

Por estas razones, se estima más adecuado a los intereses del concurso, el cese de la actividad empresarial del concursado, evitando con ello el aumento de la masa pasiva que se produciría sin redundar con ello ningún beneficio en tanto que al no desarrollar actividad alguna en la práctica, se estarían aumentando los gastos sin obtención de beneficios, y por los datos obrantes en autos, aún incluso en el supuesto de que se recibiesen pedidos, la ausencia de medios para obtener materia prima impediría su cumplimiento.

A todo lo anterior no son óbice las alegaciones realizadas por parte del representante de los trabajadores, todas ellas relativas a la responsabilidad de los socios y administradores de la concursada. En primer lugar por cuanto esas alegaciones, en su caso, serán relevantes en orden a la sección de calificación, si se abre en un futuro y carecen de incidencia en lo que ahora nos ocupa. En segundo término, porque no se refieren a la conveniencia del mantenimiento de la actividad y a las razones existentes en contra. En todo caso, la apertura simultánea del expediente del artículo 64 de la Ley Concursal permite el amparo de los derechos e intereses de los trabajadores y la superación de la situación actual en que se encuentran.”: Auto JM Santander (Cantabria) 20.02.2004 (JUR 2005/141043)

“La regla en la Ley Concursal es la continuidad de la actividad y la excepción su cese. La finalidad, sin embargo, no es la supervivencia de la empresa, sino más bien la satisfacción del

interés de los acreedores, que en ocasiones y merced al mantenimiento de la actividad empresarial, pueden ver satisfechos en mayor medida sus respectivos créditos.

La excepción puede plantearse por la administración concursal. Así ha sucedido en este caso en el que, a la vista de lo argumentado en el auto de admisión del concurso, del informe que ha presentado y las vicisitudes que atraviesa la sociedad, se entiende conforme al art. 43.1 LC que lo más aconsejable es finalizar con la actividad empresarial, porque la actividad que se mantiene es deficitaria, y por lo tanto, sólo provoca un incremento de nuevos créditos que, de conformidad con el art. 84.2.5º LC, además serán contra la masa.

Para valorar la solicitud habrá que tener en cuenta que el cese solicitado es una medida excepcional, que debe ser interpretado con criterio restrictivo, y en todo caso, atendiendo los intereses del concurso.

SEGUNDO Justificación de la petición

No hay trabajadores empleados por Kupela, SLL., y sólo ha atendido el trámite de audiencia concedido a cuantos estaban personados la propia concursada, cuya representación procesal argumenta que los obstáculos para solucionar los problemas económicos provienen de las dificultades que dispone el administrador concursal, que se niega a verificar pagos o atender compromisos. Tal alegación poco se compadece con la situación concursal previa, a la que era ajena el administrador concursal hoy puesto en cuestión, y que desembocó en la imposibilidad de un acuerdo con los acreedores de la Suspensión de Pagos en la junta de diecisiete de junio de dos mil cinco.

Frente a los argumentos económicos del administrador concursal ninguna propuesta viable se opone. Se limita la concursada a indicar que fue la persistente voluntad de un acreedor de realizar un crédito al margen de la Suspensión de Pagos la que impidió el convenio, que los demás acreedores deseaban. Aunque así fuera, el acreedor se limitó a usar de una facultad legal, pues no estaba obligada a pasar por el convenio.

El administrador concursal pone de manifiesto cómo se comprometió con el administrador social un plan de negocio que debía suponer para el mes de noviembre de 2005, unas ventas de 46.000 euros, y para diciembre, de 250.000 euros, ya que en este último caso la campaña de navidad facilitaría ingresos superiores. Se operaría además con un margen neto del 25 %. Sin embargo tales expectativas se han reducido a 22000 euros en noviembre y de 22000 euros en diciembre.

A ello se une que las cuentas no se han formulado en los últimos tres ejercicios, y que el administrador teme que no todos los ingresos en metálico que se producen en el establecimiento puedan estar siendo depositados en la cuenta bancaria abierta con tal fin, según manifiesta en las conclusiones de su informe (folio 20).

Los datos con los que se opera, en consecuencia, son una situación económica que impide atender pagos, el sometimiento a un procedimiento de suspensión de éstos, la imposibilidad de acuerdo con los acreedores, la presentación de un consecuente concurso voluntario en el que el Juzgado el que, dadas tales circunstancias, se decide privar de las facultades de administración a sus gestores, encomendándoselas al administrador concursal, la gestión durante tres meses sin que se haya logrado resultado positivo, la presentación del informe de la administración concursal que plasma la inviabilidad económica del proyecto y la insistente petición del concursado de mantener abierto el establecimiento incurriendo en gastos sin remontar su situación patrimonial.

Con tales datos la petición del administrador concursal debe considerarse ajustada a los intereses del concurso a los que alude el art. 43.1 LC, que tiene que tratar de mantener la continuidad de la actividad empresarial del concursado, pero sin que ello suponga una merma insostenible de los ya de por sí escasos recursos de los que dispone, razones por las que haciendo uso de las «amplias potestades» que la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III, pfo. 4º) reconoce al Juez del concurso en esta materia, procede el cese solicitado en interés del concurso.

Se evitará de esta forma que los escasos recursos existentes se consuman en un proyecto empresarial económicamente inviable, pues sigue siendo deficitario pese a la declaración de la situación concursal, y en consecuencia, que se frustren las legítimas expectativas de los acreedores que se han visto abocados a dos procedimientos concursales sucesivos, el de Suspensión de Pagos y éste, en los que no se vislumbra una solución razonable para sus intereses.": Auto JM Vizcaya (Bilbao) 25.01.2006 (AC 2006\249)

Artículo 45. Libros y documentos del deudor.

1. El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial.

2. A solicitud de la administración concursal, el juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 46. Cuentas anuales del deudor.

1. Declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales. No obstante, se exime a la sociedad concursada de realizar la auditoría de las primeras cuentas anuales que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal, excepto que esta sociedad tenga sus valores admitidos a negociación en mercados secundarios de valores o esté sometida a supervisión pública por el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
2. La formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión.

Artículo 47. Derecho a alimentos.

1. Durante la tramitación del concurso, el deudor persona natural tendrá derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo lo dispuesto para el caso de liquidación. Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.
2. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se satisfará con cargo a la masa activa.
3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de las cuales el concursado tuviese deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por auto sobre su procedencia y cuantía.

Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica.

1. Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados.
2. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior. La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.
3. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.

1. Art. 48.3. Sobre el sujeto pasivo del embargo

1.1 Administrador cesado antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal. Irretroactividad.

“SEGUNDO En el presente caso la administración concursal dirige su petición de embargo preventivo contra la administradora actual de la concursada, Doña Montserrat, y contra quien ostentó el cargo hasta el día 13 de abril de 2004 -Doña Catalina -. La petición obliga a analizar si el nuevo régimen jurídico instaurado con la Ley Concursal en materia de calificación del concurso y, en concreto, la posibilidad de condenar a quienes hubieran tenido la condición de

administradores dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (artículo 172.3º de la Ley), es aplicable o no a quienes cesaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Debe recordarse que, conforme al artículo 2.3º del Código civil, las Leyes no tienen efecto retroactivo salvo que dispusieren lo contrario, irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 la Constitución Española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La irretroactividad de la Leyes se asienta en el principio de seguridad jurídica y en el respeto a los derechos adquiridos y «a las situaciones jurídicas beneficiosas» (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984). Ahora bien, la retroactividad absoluta que prohíben los preceptos citados alcanza solo a los efectos jurídicos agotados o ya producidos de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley. De ahí que el Tribunal Supremo, en ocasiones, aluda a una retroactividad débil o de primer grado (sentencias de 24 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7635] y 23 de mayo de 1989, entre otras muchas), que puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en este sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de la Ley. Las disposiciones transitorias del Código civil, aplicables a problemas de derecho transitorio suscitados por la entrada en vigor de otras normas (artículo 4.3º del CC), también permiten sostener la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones o relaciones jurídicas cuyos efectos no se hayan consumado o agotado. Pues bien, a la vista de cuanto antecede, entiendo que no puede mantenerse la aplicación de la nueva Ley a la administradora que lo fue y que cesó mucho antes de la entrada en vigor. El respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas actúa como límite de la retroactividad tácita, media o de primer grado. La administración concursal funda la petición de embargo en irregularidades graves en la llevanza de los Libros de contabilidad y en la falta de depósito de las cuentas anuales -además de la falta de colaboración, durante el concurso, que sólo puede imputarse a la administradora actual-; y aun cuando los hechos determinantes del concurso culpable tuvieran lugar, al menos en parte, durante la gestión de Doña Catalina, conforme a la Legislación vigente mientras ejerció el cargo, el administrador cesado en ningún caso respondía personalmente, dentro de un proceso concursal, de la parte no cubierta con el producto de la liquidación del activo. Ese marco jurídico más beneficioso para el administrador, por razones de seguridad jurídica, no puede verse alterado por una nueva Ley que agrava sustancialmente su posición. Por todo ello, debe descartarse el embargo preventivo de sus bienes, pues no parece que pueda ser condenada en la pieza de calificación. “:Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

1.2 Embargo contra los bienes del Consejo de Administración vigente en el Registro

“El art. 48.3 de la LC permite, desde la declaración de concurso de persona jurídica, que el juez de oficio acuerde el embargo de bienes y derechos de los administradores de hecho o derecho, y de quienes hubieran tenido dicha cualidad en los dos años anteriores, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante.

En este caso hay fundadas razones para hacer uso de dicha facultad respecto de D. Alberto de D. C., presidente del Consejo de Administración, y de los dos solicitantes D. Antonio C. V. y D. Juan Carlos V. L., Vocal y Secretario del mismo Consejo de Administración.

El primero es el presidente del Consejo de Administración de la sociedad, pues pese a que alega que nunca se inscribió su nombramiento y que fue renunciado en forma expresa e inequívoca, los datos registrales que constan en autos evidencian que sigue ostentando tal cualidad. Como consta en la inscripción 1ª de la hoja de Akidne Construcciones, SL en el Registro Mercantil (folio 19), fue designado como tal y no hay constancia de su cese.

D. Antonio C. V. y D. Juan Carlos V. L. son, respectivamente, Vocal y Secretario del citado Consejo de Administración, y como tales siguen figurando en el Registro Mercantil de Bizkaia, en la misma inscripción y el folio citados. En cuanto al Sr. V. L., únicamente consta su renuncia a la condición de gerente, que se había asentado en la inscripción 2ª (folio 20) y que se constata en la inscripción 3ª (folio 21), dimisión que no afecta a su condición de Secretario del Consejo de Administración.

Todos ellos son, por lo tanto, administradores de Akidne Construcciones, SL, al menos según los datos que constan en los autos.

No es admisible, como mantienen los solicitantes, oponer como excusa que ulteriormente se acordó que se nombrara como administrador único a D. Alberto de D. C.. Este afirma que no aceptó el cargo, y no hay constancia ni de la inscripción del mismo, ni de su cese, por lo que a lo único que este Juzgado puede estar es a lo que consta inscrito, ante la falta de datos fehacientes sobre si se aceptó o no la designación como administrador único.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

1.3 Responsabilidad formal y material del vicepresidente y director financiero

“En el supuesto de autos don Ángel G. T. consta que ha sido primero asesor del presidente de la mercantil concursada y posteriormente vice-presidente de la citada mercantil hasta el día 7 de octubre de 2004 -días antes de la presentación del concurso-.

Consta también acreditado que en su condición de miembro del consejo de administración de Tracoinsa ha desempeñado funciones similares en otras empresas del grupo.

A la vista del sistema de funcionamiento del grupo de empresas, en el cual la matriz Tracoinsa centralizaba la totalidad de pedidos y toda la financiación de las empresas debe considerarse que el centro de decisiones de las empresas del grupo recaía en la matriz.

Hay elementos en los autos que permiten considerar que el Sr. G. T. era el responsable máximo de todo el departamento financiero -así consta en las declaraciones del director financiero de la empresa y en las del propio Sr. G. T.- así como en los datos aportados por los auditores y por distintos ejecutivos de la empresa.

Consta en autos que la mercantil concursada presentaba a negociación a distintas entidades financieras las mismas facturas o pedidos produciéndose la circunstancia de que un mismo instrumento de cobro era financiado a la vez por varias entidades financieras generando con ello una deuda sensiblemente superior a los cobros pendientes de percepción que por esta vía se financiaban.

Sin perjuicio de los datos que puedan surgir en el informe y, en su caso, en la sección de calificación, lo cierto es que tanto en las comparencias celebradas como en un detenido examen de la contabilidad efectuado por los administradores del concurso y sus auxiliares delegados se detectan facturaciones a sociedades y personas en conceptos «extraños», pagos sobre los que hasta la fecha no se ha dado justificada cuenta al Juzgado o a los administradores del concurso.

Consta por las diligencias practicadas que el Sr. G. T. asumía funciones de dirección respecto de empresas vinculadas que se encontraban fuera de territorio español, concretamente las que se localizan en Hispanoamérica, que aparecen como integrantes del grupo en la documentación corporativa editada por la propia concursada. Respecto de dichas sociedades no existen elementos de conocimiento fiables ni respecto del grado de participación de TRACOINSA en las mismas ni de las operaciones efectuadas entre las empresas del grupo.

Consta en autos que el Sr. G. T. ha firmado documentos privados frente a terceros comprometiendo el patrimonio de Tracoinsa, así aparece, por ejemplo en las operaciones que dieron lugar a la constitución de Tracoinsa Asturias, SL -actualmente en concurso y en liquidación-.

En definitiva junto a las responsabilidades formales que el Sr. G. T. asumió en su condición primero de «asesor» y luego de vicepresidente del grupo durante los dos años en los que se genera una parte importantísima de la deuda, deben imputársele también responsabilidades materiales en cuanto a la gestión cotidiana de las decisiones financieras de Tracoinsa y de las empresas a ella vinculada.

Junto con estos factores aparece un elemento adicional en la medida en la que consta que el Sr. G. T. por medio de una sociedad limitada que responde casualmente a las iniciales de su nombre y apellidos y que está constituida por él mismo y por personas de su entorno familiar, ha actuado como administrador de otra pequeña, SL, constituida por los directivos de la concursada, que supuestamente adquirió un porcentaje de participaciones de Tracoinsa -sobre un 5%- . El Sr. G. T. ha actuado como administrador del administrador de esta sociedad (ADA, SL que a su vez es administrada por AGT, SL).

En definitiva el Sr. G. T. tanto de modo directo como por medio de sociedades interpuestas ha jugado un papel capital en la situación financiera de la empresa en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, su condición de administrador de hecho resulta en esta fase del procedimiento indudable como indudable es que al ser el vicepresidente y asesor del presidente del consejo de administración se le deba considerar como elemento fundamental en los mecanismos de funcionamiento financiero y contable de la concursada.”: Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243)

1.4 Responsabilidad solidaria de los integrantes del Consejo de Administración

“Aunque el citado precepto requiere la identificación e individualización de la responsabilidad a efectos de la medida cautelar a adoptar procede en este caso realizarla de forma solidaria pues se entiende que los mismos participan en igual medida de la posible responsabilidad y por la cuantía decretada.”: Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

1.5 Administrador de hecho

“**TERCERO** El art. 48.3 LC permite el embargo de bienes de administradores de hecho y de derecho. En el presente caso, no plantea duda el cargo de administrador de derecho, que recae en la persona de D. Eusebio, procediendo el embargo de sus bienes. Ahora bien, mayores

dificultades prácticas plantea en estos supuestos la determinación del administrador de hecho. Como señala la STS 22 de marzo de 2004 (RJ 2004\ 1661), «la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiéndose por tales además los que refiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los factores generales o singulares (artículo 286 del Código de Comercio) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho, que aparece mas clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas (Sentencia de 24-9-2001 [RJ 2001\ 7489])».

En el presente caso, conforme manifiesta la administración concursal, de la documentación obrante en el expediente y presentada a dicha administración, se desprende que D. Carlos Alberto viene realizando a gestión o administración de hecho de la sociedad, por lo que igualmente resulta procedente el embargo de sus bienes y derechos.”: Auto JM-1 Cádiz 05.05.2006 (AC 2006/844)

2. Presupuestos objetivos

2.1 Bastan los requisitos específicos del art. 48.3LC

“**TERCERO** El art. 48.3 LC da al Juez la posibilidad, que deja en gran parte a su libre arbitrio, de fijar como medida cautelar el embargo de bienes y derecho de los administradores de la entidad concursada tendente a garantizar la efectividad de la sentencia de calificación en su posible pronunciamiento previsto en el art. 172.3 LC, consistente en condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Requisitos de la medida son:

a) Que se haya dictado auto declaratorio del concurso, momento que constituye el inicio de la posibilidad de adoptar la medida.

b) Que se de la posibilidad fundada de que el concurso se califique como culpable, lo que implica que el Juez a de fundamentar adecuadamente la referida posibilidad, lo que, en parte, viene a restringir su libre arbitrio en consonancia con el carácter restrictivo de la medida.

c) Que exista posibilidad fundada de que la masa activa no sea suficiente para pagar las deudas, lo que implica que la responsabilidad que trata de garantizarse es de naturaleza subsidiaria.

La fundamentación se ha de extender, pues, a la calificación de culpabilidad del concurso y a la insuficiencia de la masa activa.

d) Que las personas contra quienes se dicte la medida sean administradores o liquidadores, de hecho o de derecho de lo concursado, o lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La referida medida ha sido criticada por parte de la doctrina, que la califica de una de las más polémicas previsiones de la LC en cuya Exposición de Motivos se la considera como el efecto más severo que la Ley establece de los derivados de la declaración de concurso, lo que lleva a la conclusión de su prudente y restrictiva aplicación. Asimismo se reprocha que no se requiera para la adopción del embargo prueba alguna de que quien va a ser sometida a él haya observado una conducta irregular o negligente, permitiendo por igual el embargo respecto de los administradores culpables de la insolvencia como de los que no sean, ya se trate de administradores actuales como de esos administradores que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, posibilidad que ha sido calificada de especialmente severa; defendiéndose una interpretación teológica que, en estos casos, limite la posibilidad de la medida a aquellos que hubieran contribuido a la insolvencia culpable de la concursada, lo cual, sin embargo, no exige la literalidad de la norma.

En el supuesto de autos el Juez a quo fundamentó la insuficiencia de la masa activa en razón a la carencia de activos de la sociedad concursada, en su falta de domicilio social y en su falta de actividad.

Respecto a la fundamentación de la calificación del concurso como culpable, lo ha amparado en la presencia de los supuestos de los arts. 164.2.1, 165.2 y 165.3 LC, en razón al silencio y a la pasividad del actual administrador, Sr. Vicente, en comparecer para aportar la información y documentación necesaria para la correcta tramitación del concurso así como por la falta de documentos y cuentas anuales de la sociedad.”: Auto AP Tarragona 21.02.2006 (AC 2006/1168)

2.1.1 Por no ser aplicables los generales de la LEC

“El artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando «de lo actuado resulte

fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas». Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 172.3º, por el que «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Por tanto, aun cuando el embargo preventivo tiene naturaleza cautelar, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, la Ley establece en el artículo 48 unos requisitos específicos. Basta, en definitiva, para que pueda adoptarse la medida, conque se constate la insuficiencia de la masa para responder de todas las deudas sociales y la posibilidad de que el concurso se declare como culpable.”: Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

“**PRIMERO** Que el artículo 48.3º de la Ley Concursal permite al Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordenar el embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho de la concursada, y de quienes hubieran tenido dicha condición dentro de los dos años anteriores a la declaración, cuando «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas». Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 172.3º, por el que «si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa». Por tanto, aun cuando el embargo preventivo tiene naturaleza cautelar, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, la Ley establece en el artículo 48 unos requisitos específicos. Basta, en definitiva, para que pueda adoptarse la medida, conque se constate la insuficiencia de la masa para responder de todas las deudas sociales y la posibilidad de que el concurso se declare como culpable.”: Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

Decretan también el embargo sin examinar el periculum in mora: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248); Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243); Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

2.1.1.1 No necesidad de nexo causal entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y la situación de insolvencia.

“El precepto transcrito [art. 48.3 LC] permite interpretar la responsabilidad del artículo 172.3º de la Ley Concursal como una responsabilidad por deudas, esto es, no parece que la Ley exija un nexo causal entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y la situación de insolvencia. En efecto, el embargo preventivo es instrumental de la sentencia de calificación y el artículo 48.3º sólo exige que el tribunal aprecie, provisional e indiciariamente, la posibilidad de que el concurso se califique como culpable.”Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

2.1.2 Por estar implícitos los generales en los específicos del art. 48.3

“Dada la naturaleza cautelar del embargo previsto en el artículo 48.3 de la L.C., su adopción exige la concurrencia de los tradicionales requisitos, propios de toda medida cautelar, del "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho y del "periculum in mora" o peligro de retardo procesal (artículo 728 de la L.E.C.)

Con esta medida cautelar se trata de asegurar la efectividad de la sentencia que pueda recaer en la sección de calificación y, más concretamente, la condena de los administradores o liquidadores de la persona jurídica deudora, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, esto es, a la denominada por la doctrina cobertura del déficit.

Dada la vinculación de esta medida cautelar a la finalidad señalada, el propio artículo 48.3 de la L.C., requiere que: a) resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y, b) que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, fijando de este modo la norma los elementos que integran el fumus boni iuris.

(...) el hecho de que el artículo 48.3 silencie el requisito del peligro por la mora procesal no significa que se prescinda del mismo, lo que implicaría desnaturalizar la medida cautelar (artículos 726 y 728 de la L.E.C.), pero aquél está implícito en la posibilidad de que el concurso

se califique como culpable. Esto es, en el supuesto tan particular analizado, si hay apariencia de buen derecho concurre el peligro por la mora procesal, pues la posibilidad de que el concurso se califique como culpable implica que el administrador o liquidador ha actuado con dolo o culpa grave determinante de la generación o agravación del estado de insolvencia, por lo que cabe entender que ante una eventual condena a la cobertura del déficit podría intentar eludir la efectividad de la sentencia.”: **Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)**

“**PRIMERO** El art. 48.3 LC, atribuye competencia al juez del concurso, desde la misma declaración, para acordar de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, el embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores de derecho o de hecho del concursado persona jurídica, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración. Los presupuestos para el embargo según el citado precepto son dos:

Que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y
Que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

Dicho precepto que autoriza al juez del concurso para la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ha de ser completado con lo establecido en la LECiv en sede de medidas cautelares. La Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en los arts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en los arts. 730 y siguientes; recogiendo expresamente en el art. 727.1ª, como medida cautelar específica «el embargo preventivo de bienes». Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son:

A) Fumus boni iuris o «apariencia de buen derecho». El art. 728.2 LECiv preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.

B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El art. 728.1 LECiv, establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendencia del proceso, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no al daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 de mayo de 1990, «puede ser entendido como peligro de que con el trascurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución».

El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad. Pues bien, el art. 48 LC viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa insuficiente, de donde se podrá derivar conforme al art. 172.3 LC, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, que podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. De otra parte, el periculum in mora estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer conforme al citado art. 172.3 LC.

SEGUNDO En el presente caso, concurren los presupuestos del citado art. 48.3 LC para acordar el embargo preventivo de bienes de los administradores de la sociedad. En primer lugar, del informe de la administración concursal se colige que la masa activa habrá de ser insuficiente para satisfacer todas las deudas. De otra parte, se ha solicitado por el deudor la liquidación, lo que determinará la apertura de la sección de calificación, y según consta en la solicitud de la medida cautelar, se aprecian las siguientes anomalías reflejadas en el informe de la administración concursal:

Haber cometido incumplimiento sustanciales en la llevanza de la contabilidad por parte de la empresa concursada.

Haber cometido irregularidades relevantes para la comprensión de su situación financiera o patrimonial.

Inexactitud grave en documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso y presentados durante la tramitación del mismo.

Anomalías en la baja del inmovilizado reflejado en la contabilidad de la empresa.

De las anteriores circunstancias se colige la presumible calificación del concurso como culpable, conforme al art. 164.2 apartados 1º y 2º LC.”: “Auto JM-1 Cádiz 05.05.2006 (AC 2006/844)

2.1.2.1 Además, previsible apertura de la liquidación

“También, aunque lo omite el artículo 48.3, debe tenerse en cuenta que solo podrá decretarse el embargo cuando exista algún indicio de que, en su momento, podría llegar a abrirse la fase de liquidación, pues sólo en este caso, es posible la condena a la cobertura del déficit (artículo 172.3 de la L.C.). Ahora bien, dicha exigencia debe interpretarse, a juicio de este órgano judicial, de forma muy amplia, en el sentido de que no conste con un mínimo de seriedad la posibilidad de que pueda resultar aprobado un convenio, como por ejemplo, si ya se ha admitido a trámite una propuesta anticipada, en cuyo caso no parece que pudiera decretarse el embargo so pretexto de una ulterior no aprobación del mismo e incluso del futuro incumplimiento en caso de que llegara a aprobarse, al no concurrir el necesario *fumus boni iuris*”: **Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)**

2.2 Tesis contraria. Integración con las normas generales de las medidas cautelares. Accesoriedad. Responsabilidad por culpa. *Fumus boni iuris* y *periculum in mora*

“La medida cautelar de embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada -prevista en el art. 48.3 LC- es accesoria de la pretensión principal que deberá ejercitarse en la sección de calificación, cuando proceda la calificación culpable del concurso de una persona jurídica, de condena de dicho administrador de la sociedad -de derecho o de hecho- o de quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación (art. 172.3 LC).

Es cierto que, como argumenta el auto recurrido, esta medida cautelar goza de una regulación específica en el art. 48.3 LC, que la singulariza frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en los arts. 722 y ss. LEC, pero también lo es que la regulación específica es insuficiente y que debe ser integrada con el referido régimen general -especialmente con el art. 728 LEC- e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (art. 163 y ss. LC)

Una de las peculiaridades de esta medida cautelar es que puede ser apreciada de oficio por el Juez o a instancia del administrador concursal, como ocurrió en el caso enjuiciado. Otra se refiere al momento de su adopción, pues no es preciso esperar al informe de la calificación del concurso del art. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC), si no que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso. Además, se exime de la obligación de aportar caución a la administración concursal, sin perjuicio de que el embargo pueda ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC).

Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, analizados siempre en relación con dicha acción principal.

De este modo, el embargo puede adoptarse desde que surge la apariencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores, que presupone también la previsión de que se optará por la liquidación y que ésta resultará insuficiente para el pago de los créditos. El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de ineffectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.”: **Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)**

2.2.1 Responsabilidad por daño y culpa. Se requiere la imputabilidad de la conducta que determina la calificación de culpable y que tal conducta haya generado o agravado la insolvencia

“Lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC.

Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es,

cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: "la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...". Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización.

De este modo, aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas", ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.

En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1º El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales; 2º La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3º Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4º En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación. (...) sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.": Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

2.2.1.1 Conductas susceptibles de generar o agravar la insolvencia

"En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la

calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia”:

Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

2.2.1.1.1 Inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso: no es susceptible de generar o agravar la insolvencia

“En este caso, no se discute que el concurso se encaminaba hacia la liquidación ni que Sr. Antonio Pérez Lausalesa sea el administrador de la sociedad concursada. Sí que se discute la concurrencia de indicios de los dos motivos que podrían justificar la calificación culpable del concurso: haber cometido el deudor una inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso (art. 164.2.2° LC) y (...)

En la vista de medidas cautelares, la representación procesal de Antonio Pérez Lausalesa reconoció que en la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso se omitió la deuda que la sociedad tenía con la Seguridad Social (24.443'05 euros) y con la Agencia Tributaria (27.202'1 8 euros), aunque también argumentó que ello fue debido a un simple error, pues ambos créditos se reflejan en la contabilidad aportada también con al solicitud. El art. 6.2.4° LC menciona, entre los documentos que el deudor debe aportar con su solicitud de concurso voluntario, una relación de acreedores, y aunque la omisión de un acreedor, si el crédito no es muy significativo, podría carecer de relevancia, no ocurre lo mismo cuando se trata de dos créditos públicos, que sumados (51.645'23 euros) representan casi una cuarta parte del total del pasivo concursal (233.452,02 euros). Esta omisión, por sí sola, en principio constituiría un indicio suficiente en el que apoyar un juicio provisional de que nos hallamos ante una inexactitud grave en la lista de acreedores aportada por el deudor instante del concurso, y por lo tanto ante la conducta tipificada por el art. 164.2.2° LC. Los motivos aducidos por el deudor, de que ello responde a un simple error, pues quien elaboró la lista mencionó todos los acreedores comerciales y financieros, pero no los acreedores públicos, debería en todo caso valorarse en el incidente concursal que resuelva la oposición a la calificación culpable basada en esta causa, para apreciar si ello resta gravedad al error e impide la subsunción de estos hechos en el supuesto de hecho descrito en el art. 164.3.2° LC. (...)

Hasta aquí se advierte la existencia de apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso y de que la persona afectada por esta calificación sería el administrador único de esta entidad, Antonio Pérez Lausalesa, pero ello no es suficiente, pues para que dicho administrador fuera condenado a pagar la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el

sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión

que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.

En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia. Así ocurre en el presente caso con la inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso, que conforme al art. 164.2.2º LC dará lugar a una calificación culpable y, sin embargo, por tratarse de una conducta concurrente a la solicitud y declaración de concurso, es imposible que haya generado o agravado la situación de insolvencia. Es por ello que, aunque no es necesario en esta fase cautelar la acreditación indiciaria de la relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador de la sociedad -tipificada en los arts. 164.2 o 165 LC- y la generación o agravación de la insolvencia, sí es imprescindible que por las características de dicha conducta sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia, de modo que en supuestos en los que no lo sea cabrá apreciar la ausencia de *fumus boni iuris*.”: Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

2.2.1.1.2 Retraso en la solicitud del concurso voluntario: la agravación de la insolvencia vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento

“En este caso, no se discute que el concurso se encaminaba hacia la liquidación ni que Sr. Antonio Pérez Lausalesa sea el administrador de la sociedad concursada. Sí que se discute la concurrencia de indicios de los dos motivos que podrían justificar la calificación culpable del concurso: (...) el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso a tiempo (art. 165.1º LC). (...)

Por otra parte, el art. 5 LC impone al deudor el deber de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que hubiere conocido y debido conocer su estado de insolvencia. El certificado de la TGSS aportado con su petición de medidas cautelares (folio 5) prueba que la sociedad concursada había dejado de pagar las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los meses de agosto, septiembre, y octubre de 2004, por lo que desde primeros de noviembre de aquel año comenzaba a contarse el plazo de dos meses para presentar la solicitud de concurso, cumpliéndose a primeros de enero de 2005. El auto de ocho de marzo de 2005, por el que se declaró el concurso (aportado a los autos -folio 34-), deja constancia de que la solicitud fue presentada al juzgado el 2 de febrero de 2005. Si esto es así, puede decirse que el deudor se habría retrasado un mes en presentar el concurso. Este retraso es uno de los hechos

tipificados en el art. 165.1º LC, que por sí solo permite también la calificación culpable del concurso porque presume el dolo o la culpa grave del deudor concursado o, tratándose de una persona jurídica, de sus administradores (o liquidadores). Y aunque esta presunción es *iuris tantum*, y por lo tanto admite prueba en contrario, resulta suficiente para, a través de un juicio provisional e indiciario, apreciar el *fumus boni iuris* respecto de la calificación culpable del concurso. De modo que quedaría para el incidente concursal que resuelva la oposición a la calificación la valoración de las razones y hechos que negarían la concurrencia del dolo o la culpa grave.

Hasta aquí se advierte la existencia de apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso y de que la persona afectada por esta calificación sería el administrador único de esta entidad, Antonio Pérez Lausalesa, pero ello no es suficiente, pues para que dicho administrador fuera condenado a pagar la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el

sentido de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.

En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable, pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.

(...)

La segunda de las conductas imputadas al administrador de la sociedad -no haber presentado a tiempo la solicitud de concurso (art. 165.1º LC)- presupone ya la existencia del estado de insolvencia, por lo que no podríamos atribuirle su generación, pero sí su agravación. Y sería en la medida en que lo hubiera agravado en la que debería, a la postre -al dictar la sentencia de calificación-, condenarse al administrador de la sociedad, que se demoró en el cumplimiento de este deber legal, a pagar los créditos concursales no satisfechos con la liquidación.

Si esto es así, resulta lógico advertir que la agravación de la insolvencia provocada por retraso en la solicitud de concurso vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento (en este caso, desde el 1 de enero de 2005) y antes de la solicitud de concurso (1 de febrero de 2005), y en concreto por el importe total de dichos créditos. Como quiera que la administración concursal tenía que elaborar la lista de acreedores (junto con el inventario y el preceptivo informe), podía conocer cuales eran estos créditos y la suma total de los mismos, y consiguientemente debía haberlo indicado en su solicitud de embargo. No habiéndolo hecho, se desconoce si existió algún crédito nacido en el mes en que se retrasó el deudor en presentarse en concurso. En consecuencia, no se aprecia en este momento, y en el curso de un juicio provisional, ningún indicio de en que medida la conducta del deudor -se retrasarse en la solicitud de concurso- pudo agravar su estado de insolvencia.”: Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

2.3 “Cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad ...”

“SEGUNDO Argumentan también D. Alberto y D. Oscar que al decretarse la medida cautelar se ha prejuzgado sobre su responsabilidad (...)sin que hubiese proporcionado la administración concursal prueba alguna al respecto. Estas afirmaciones de índole procesal carecen de fundamento, puesto que: (...) no tiene sentido que se hable de prejuzgar y al mismo tiempo se reproche la falta de pruebas, pues precisamente en este incidente cautelar lo que no procede es entrar a enjuiciar lo que está reservado al incidente de calificación del concurso. Es en ese cauce procesal donde deberán practicarse las correspondientes pruebas y entrar al análisis detallado del comportamiento de D. Alberto y D. Oscar. El trámite cautelar no es el apropiado para exigir tales pruebas, bastando con la mera posibilidad fundada (así lo expresa el artículo 48.3 de la Ley Concursal) de que el concurso se califique como culpable para la procedencia de la medida cautelar; es decir, basta en esta fase con la existencia de indicios de actuaciones dolosas o culpadas de los administradores, estando fuera de lugar, en este momento procesal, la exigencia de prueba concluyente sobre la que fundar la condena al administrador. ” Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

2.4 “Cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y...”

“SEGUNDO La calificación como culpable se determina en la norma por la concurrencia de determinadas circunstancias previstas en los artículos 164 a 166 LC. En el primero establece una serie de supuestos iuris et de iure y en el segundo (artículo 165) una serie de presunciones de dolo o culpa grave. Entre estas se encuentra la referida a la llevanza de contabilidad y en el segundo el incumplimiento del deber de solicitar declaración de concurso, deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o formulación de cuentas anuales.

En el presente supuesto el deudor no se ha personado en debida forma y a requerimiento judicial ha presentado parcialmente las cuentas. La sociedad no tiene domicilio de facto y el concurso se ha solicitado a instancias de un tercero mucho tiempo después del cierre efectivo y de facto de la sociedad que permanecía inactiva pero con deudas. Es imposible determinar quienes son los acreedores, los deudores y la masa activa del concurso debido a la falta de colaboración del administrador y liquidador.

A razón de esto existe también, de las parciales cuentas presentadas, razones fundadas, por el pasivo de la misma dos años antes de la declaración, de que la masa activa es insuficiente para satisfacer en principio incluso al propio crédito del solicitantes.

Todo ello nos muestra un fumus bonis iuris suficiente para acordar el embargo.” Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

“TERCERO En lo que a la administradora actual se refiere -Doña Montserrat -, el juicio provisional e indiciario que necesariamente ha de realizarse en sede cautelar (artículo 728 de la LECiv) ha de recaer sobre los presupuestos de la condena en la sentencia de calificación, de la que el embargo preventivo es instrumental. Pues bien, es la propia concursada la que ha solicitado la apertura de liquidación, y, según el informe de la administración concursal, el desfase patrimonial alcanza la cantidad de 1.083.203,26 euros. La demandada es administradora con cargo vigente e, incluso, ha llegado a admitir que lleva la gestión, de facto, de la sociedad, como apoderada, desde muchos años antes. Por otro lado, la demandada admitió, ante la administración concursal, que Alexan 23 SL carece de libros de contabilidad;

sólo dispone de listados de ordenador sin encuadernar ni legalizar. A todo ello debe añadirse que no se han depositado las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios en el Registro Mercantil. En fin, el buen derecho de la solicitante es incuestionable, pues todo hace indicar que el concurso se calificará como culpable de conformidad con lo dispuesto en los artículos 164.1, primero y 165.3ª de la Ley Concursal. Por todo ello, debe decretarse el embargo preventivo de sus bienes, en cuantía suficiente para cubrir el 75% del desfase patrimonial -812.402 euros-, dada la gravedad de los hechos denunciados y el hecho de figurar, en principio, como única responsable.”: Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

“De lo actuado se infiere, además, fundada posibilidad de que el concurso sea declarado como culpable. Como puede deducirse de la documentación presentada por los solicitantes, la sociedad Akidne Construcciones, SL ha sido condenada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Bilbao, en procedimiento de ejecución instado por Excavaciones Imar, SL al abono de 32.845,04 euros, que resultaron insatisfechos como evidencia la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Bilbao, recaída en Juicio Ordinario 442/2003, que condena a los tres integrantes del Consejo de Administración a abonar solidariamente dicha deuda impagada (doc. núm. 6 de la solicitud, folios 160 y ss.). Otro tanto sucede con la sentencia recaída en juicio ordinario 453/2003 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 de Bilbao, que condena solidariamente a la sociedad y sus administradores por impago a un tercero, por la cantidad de 11.823,25 euros. E igualmente con la Jura de cuentas 537/2000 seguida en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Bilbao frente a la misma sociedad.

Pese a la existencia de dichas reclamaciones judiciales, que no fueron satisfechas, no se han decidido los administradores a proceder a la liquidación ordenada de la entidad, o a plantear un procedimiento concursal (de manera voluntaria) u operación de ampliación o disminución de capital que permitiera solucionar la evidente situación de insolvencia en que se encuentra. Pueden concurrir, en consecuencia, las circunstancias previstas en los arts.164.2.6º, 165.1º y 165.3º de la Ley Concursal, lo que determinaría la calificación del concurso como culpable.

(...) A todo ello se añade que este procedimiento está siendo utilizado por los propios administradores para discutir su posición dentro de la sociedad. Las acusaciones de responsabilidad mutua sólo pueden perjudicar a la propia sociedad y a los terceros acreedores. Se ha instado de forma inusual el concurso necesario de la sociedad de la que son partícipes y administradores, valiéndose de su condición de acreedores de la sociedad derivada de una condena solidaria que han atendido en parte, lo que les confiere también la cualidad de acreedores de la propia sociedad limitada.

En lugar de reunir al Consejo de Administración y conducir a la sociedad a la liquidación o a una situación concursal, su incapacidad de reconocerse como integrantes de tal órgano de administración, pues los tres niegan que lo sean, persiguiendo a todas luces verse apartados de eventuales responsabilidades pretendidas por terceros, han ideado un alambicado proceder para tratar de sustraerse de tal posibilidad.

Por lo tanto, las eventuales consecuencias perjudiciales que puedan ocasionarse a terceros, si resultara declarado el concurso culpable y fuera insuficiente el patrimonio social, deben ser atendidas por todos los administradores eventualmente responsables de haber conducido a la sociedad, debido a sus discrepancias, a la situación actual. ”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

“TERCERO Alegan igualmente D. Alberto y D. Oscar que no concurre en este caso el presupuesto de que pueda estimarse fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable. Sin embargo, los indicios señalados por la administración concursal resultan suficientes para justificar la medida de embargo, puesto que: 1º) los administradores concursales han detectado operaciones de apariencia irregular entre sociedades entre las que existen vinculaciones -por razón de sus gestores o de sus accionistas- y que resultan, cuando menos, sospechosas (entre ellas, pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, el reparto de reservas sin previo acuerdo de junta del que se beneficia PJ Anagris Limited, entidad socia de la concursada y domiciliada en Gibraltar, de la que es apoderado el Sr. Alberto, que afirma que quién le apoderó fue el Sr. Oscar; las operaciones cruzadas, sin que conste la causa que las justifique, con Canary Islands Enterprises Development SA, entidad que gira en la documentación comercial con el mismo domicilio de la concursada y en la que participan familiares del Sr. Alberto; las facturaciones por arrendamiento de maquinaria y de local pendientes de aclarar por parte Promoción de Negocios Inmobiliarios del Centro SA, en la que el Sr. Alberto también figura como administrador y el Sr. Oscar como socio fundador); 2º) existe el precedente de una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Madrid que aprecia la existencia de un entramado de empresas relacionadas con la concursada Aviosystem SA, a las que el juzgador fuerza a responder de modo solidario ante los trabajadores para que no resulten defraudados los derechos de éstos, y precisamente entre ellas aparecen algunas de las mencionadas anteriormente, cuyos flujos de dinero ha sido puestos en entredicho por parte de la administración concursal; y 3º) están documentadas en autos las quejas de la administración concursal por la falta de colaboración de los administradores de Aviosystem SA a la hora de

proporcionarles documentación e información, pese a que la Ley Concursal es rigurosa en la imposición de obligaciones y sanciones a este respecto. Basta por ahora con la presencia de los enunciados indicios, que permiten entrever cierto fundamento racional a la exigencia de responsabilidad que anuncia la administración concursal, para sustentar la medida solicitada por ésta, no siendo objeto de este incidente cautelar, pues lo contrario entrañaría el riesgo de prejuzgar, ni profundizar en tales comportamientos ni realizar una calificación precisa de los mismos a tenor de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal. ”: Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

“Precisado lo anterior, en el supuesto de autos debe afirmarse la apariencia de buen derecho en tanto que el activo es inferior al pasivo y el activo realizable manifiestamente inferior al pasivo declarado y, además, resulta fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable, pues sin prejuzgar sobre el fondo de esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el administrador inició la liquidación de la sociedad sin previa disolución en el año 2004, enajenando la maquinaria y la nave sin que ahora disponga de ningún tipo de inmovilizado con valor estimable.

Además, la memoria acompañada a la solicitud de concurso se redactó en febrero de 2005, según se admite expresamente en la misma, y la solicitud no se presentó hasta el mes de julio, por lo que, al menos, a los solos efectos de esta resolución, cabe apreciar la presunción de dolo o culpa grave contenida en el artículo 165.1º de la L.C. en relación con el artículo 5 del mismo texto legal.

Por otra parte, no existe el menor atisbo de que pueda alcanzarse convenio alguno, siendo patente que el concurso está abocado a la liquidación. Es más, de hecho, se ha liquidado extraconcursalmente por el administrador de la sociedad que ha dado maquinaria en pago de deudas y enajenado la nave para con su producto pagar otras deudas.”: **Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)**

“La prueba practicada permite presumir que el concurso será declarado culpable por concurrir, cuando menos, dos de las conductas contempladas en los artículos 164 de la Ley Concursal. En efecto, la solicitud del concurso tuvo entrada en este Juzgado el día 25 de enero del presente año 2005. A ella se acompañaba como documento cuatro un inventario de bienes que incluía buena parte de aquellos que se dieron en pago a los trabajadores en el acto de conciliación celebrada el día 17 de enero (folio 127); ello obligó a la concursada a presentar, a instancias de la administración concursal, un segundo inventario (folio 169). Tal conducta, en principio, podría incardinarse dentro del artículo 164.2º, apartado segundo, que sanciona «la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso». Por otro lado, el informe de auditoría, fechado en mayo de 2004, correspondiente al ejercicio 2003 (documento 6, al folio 98) indica que las pérdidas correspondientes a dicho ejercicio (999.805 euros) había reducido el haber social por debajo del 50% del capital social y, en consecuencia, que la sociedad se encontraba en causa de disolución. Sin perjuicio de lo que pueda resultar en la pieza de calificación, los criterios contables del auditor han de prevalecer sobre los de la empresa. El deterioro patrimonial se vio agravado con ocasión de la suspensión de pagos, también en mayo de 2004., de una empresa del grupo (TUPANEL S.A), según declaración del asesor fiscal Javier (minuto 54), que provocó una «asfixia financiera galopante». Por tanto, provisional e indiciariamente cabe concluir que un año antes de la solicitud del concurso, la situación patrimonial de la concursada era tal que sus administradores estaban obligados a promover su disolución o, alternativamente, a instar la suspensión de pagos o la quiebra voluntaria y, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, a solicitar de inmediato la declaración de concurso. Existe, por tanto, la «posibilidad fundada» de que el concurso se declare culpable conforme a lo previsto en los artículos 165.1º y 5 de la Ley Concursal. Y esta conducta omisiva puede vincularse causalmente con la generación o agravación del estado de insolvencia, a los efectos establecidos en el artículo 164.1º de la Ley Concursal, máxime cuando en el interín, es decir, en el período de tiempo que medió entre el momento en que la concursada debió recurrir al expediente concursal y cuando efectivamente se solicitó el concurso, la deudora, posiblemente en perjuicio de sus acreedores, cedió la maquinaria y buena parte de sus bienes a los trabajadores. Por todo ello, debe accederse a la petición de la administración concursal, acordando el embargo de los bienes del demandado en la cantidad de dos millones de euros, para cubrir, siquiera parcialmente, el desfase patrimonial. ”: Auto JM-2 Barcelona 18.07.2005 (JUR 2005/185572)

2.5 “ Cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que (...)y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas

“En el presente supuesto el deudor no se ha personado en debida forma y a requerimiento judicial ha presentado parcialmente las cuentas. La sociedad no tiene domicilio de facto y el concurso se ha solicitado a instancias de un tercero mucho tiempo después del cierre efectivo y

de facto de la sociedad que permanecía inactiva pero con deudas. Es imposible determinar quienes son los acreedores, los deudores y la masa activa del concurso debido a la falta de colaboración del administrador y liquidador.

A razón de esto existe también, de las parciales cuentas presentadas, razones fundadas, por el pasivo de la misma dos años antes de la declaración, de que la masa activa es insuficiente para satisfacer en principio incluso al propio crédito del solicitantes.

Todo ello nos muestra un *fumus bonis iuris* suficiente para acordar el embargo.” Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

“es la propia concursada la que ha solicitado la apertura de liquidación, y, según el informe de la administración concursal, el desfase patrimonial alcanza la cantidad de 1.083.203,26 euros..”: Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

“Por último, la evidencia de que la masa puede ser insuficiente para atender las obligaciones de la sociedad se deduce de las condenas a los administradores, que no se hubieran producido de haber existido recursos suficientes en la sociedad para atender las condenas judiciales.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

“El pasivo reconocido en la solicitud inicial era sensiblemente superior a los 70 millones de € y de los datos facilitados hasta la fecha, datos que sin duda se reflejarán en el informe que en pocas fechas presentarán los administradores concursales, el desequilibrio patrimonial es muy grande ya que el activo que hasta la fecha se ha conocido apenas podrá cubrir un 30% de las deudas pendiente.

Hay, por lo tanto, elementos de juicio que permiten adoptar las cautelas reclamadas tanto por la insuficiencia de la masa activa como por las perspectivas de la sección de calificación.

Por lo tanto parece razonable y ajustada la medida reclamada.”: Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243)

“CUARTO El requisito de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas, que también contempla el núm. 3 del artículo 48 de la Ley Concursal para que el juez del concurso pueda decretar el embargo de bienes y derechos de los administradores de la persona jurídica concursada, no ha sido objeto de controversia, por lo que basta con la simple remisión al desbalance cuantificado en el precedente auto que acordó tal medida. El valor de los activos de la concursada es muy inferior al de su pasivo, según se desprende del informe emitido por la administración concursal, por lo que ni hay posibilidad de plantear un convenio ni en la fase de liquidación, que sería la otra salida, se podrán satisfacer con cargo a los bienes de la masa activa las deudas contraídas por dicha sociedad. ”: Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006/109)

3. Cuantía del embargo

3.1 Setenta y cinco por ciento del desfase patrimonial dada la gravedad de los hechos

“**TERCERO** En lo que a la administradora actual se refiere -Doña Montserrat -, el juicio provisional e indiciario que necesariamente ha de realizarse en sede cautelar (artículo 728 de la LECiv) ha de recaer sobre los presupuestos de la condena en la sentencia de calificación, de la que el embargo preventivo es instrumental. Pues bien, es la propia concursada la que ha solicitado la apertura de liquidación, y, según el informe de la administración concursal, el desfase patrimonial alcanza la cantidad de 1.083.203,26 euros. La demandada es administradora con cargo vigente e, incluso, ha llegado a admitir que lleva la gestión, de facto, de la sociedad, como apoderada, desde muchos años antes. Por otro lado, la demandada admitió, ante la administración concursal, que Alexan 23 SL carece de libros de contabilidad; sólo dispone de listados de ordenador sin encuadernar ni legalizar. A todo ello debe añadirse que no se han depositado las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios en el Registro Mercantil. En fin, el buen derecho de la solicitante es incuestionable, pues todo hace indicar que el concurso se calificará como culpable de conformidad con lo dispuesto en los artículos 164.1, primero y 165.3ª de la Ley Concursal. Por todo ello, debe decretarse el embargo preventivo de sus bienes, en cuantía suficiente para cubrir el 75% del desfase patrimonial -812.402 euros-, dada la gravedad de los hechos denunciados y el hecho de figurar, en principio, como única responsable.”: Auto JM-2 Barcelona 5.05.2005 (JUR 2005/126664)

3.2 Importe del pasivo más gastos del concurso

“**TERCERO** Respecto de la cuantía se ha solicitado que se embargue por la cantidad de 60.000 euros. Dicha cantidad se considera suficiente a los efectos de la totalidad de las deudas inicialmente señaladas por el solicitante (cerca de los treinta mil euros) y los gastos derivados de la declaración del concurso y administración concursal.”: Auto JM Málaga 25.01.2005 (AC 2005/273)

“La evidencia de que la masa puede ser insuficiente para atender las obligaciones de la sociedad se deduce de las condenas a los administradores, que no se hubieran producido de haber existido recursos suficientes en la sociedad para atender las condenas judiciales. (...). Concurriendo por lo tanto las exigencias legales se acordará el embargo, que atendidos los datos facilitados por los solicitantes en los docs. de la solicitud núm. 9, que refleja un pasivo de 48.411,99 euros, y doc. núm. 12, que recoge que además de acreedores por dicha cantidad existe un cuarto proveedor, Alcansa, cuyo crédito se sabe existente pero se desconoce en qué cuantía, se estima prudente y razonable fijarlo por el momento en 60.000 euros, con el fin de atender los créditos existentes y los gastos que el propio concurso generará, y que será necesario atender.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

3.3 Importe del desbalance

“El artículo 48.3 establece que el Juez debe establecer la cuantía que estime bastante, que en este caso se fija en 50 millones de euros, cantidad que responde a los datos que obran hasta la fecha en la que se constata que la concursada debe hacer frente a una deuda que incluso podría alcanzar los 100 millones de euros y el patrimonio y activo no va a llegar a 50 millones de euros.”: Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243)

“**CUARTO** En cuanto a la cuantía del embargo, el art. 48.3 LC establece que será la que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito. El importe de los créditos de los acreedores incluidos en la lista asciende a 112.823,50 euros, y el de los créditos contra la masa devengados pendientes de pago, a 22.704,90 euros. Los bienes y derechos integrados en la masa activa están valorados en 62.843,08 euros. Por ello, tomando por base dichos importes, y la posibilidad de otros gastos posteriores, se estima oportuno fijar como cuantía del embargo la cantidad de 75.000 euros.”: Auto JM-1 Cádiz 05.05.2006 (AC 2006/844)

3.4 Importe del pasivo menos el activo realizable

“Siendo procedente la medida cautelar, debe acordarse el embargo de bienes y derechos del administrador único de la sociedad concursada don Carlos Manuel, con DNI ..., designado en Junta General Extraordinaria de 15 de enero de 2001, para responder de la cantidad de 2.963.138,96 euros, al fijar el propio deudor su pasivo en 2.973.882,96 euros y el activo realizable en 10.744 euros, consistiendo el resto de activo declarado en créditos frente a terceros de dudoso cobro (1.448.939,47 euros), que están provisionados como tales en las cuentas del deudor.”: Auto JM-5 Madrid 10.10.2005 (Concurso 307/2005)

4. Tramitación del embargo y de la oposición al mismo

“SEGUNDO Argumentan también D. Alberto y D. Oscar que al decretarse la medida cautelar se ha prejuzgado sobre su responsabilidad sin haberse garantizado su derecho a ser oídos previamente y sin que hubiese proporcionado la administración concursal prueba alguna al respecto. Estas afirmaciones de índole procesal carecen de fundamento, puesto que:

1º) la adopción de las medidas cautelares «inaudita parte» no priva de posibilidades de defensa al afectado, que quedan garantizadas merced a la facultad que le asiste de suscitar el trámite de oposición que contemplan los artículos 739 a 742 de la LECiv. Por lo que el alegato relativo a la queja por la falta de audiencia resulta gratuito, pues como se explicó en el precedente auto las irregularidades advertidas por la administración concursal en la gestión desempeñada por los administradores de Aviosystem SA y la necesidad de preservar el interés del concurso, en el que están implicados una pluralidad de acreedores insatisfechos, exigían que con celeridad y eficacia se previniese cualquier posible comportamiento de los gestores de la concursada que en ciernes de serles exigidas responsabilidades por su actuación podrían tener la tentación de tratar de desprenderse de bienes o de ponerlos a salvo de una posible ejecución, lo que pudiera comprometer el buen fin de la medida cautelar, que no es otro que asegurar la posible condena que pudiera recaer contra aquéllos. Lo cual justificaba que, en interés del concurso, la tramitación procesal de la solicitud de medidas se recondujese al cauce excepcional del artículo 733.2 de la LECiv, que permite prescindir de la previa audiencia a los demandados, sin que ello suponga privar de garantías al proceso cautelar al respetarse la efectividad del principio de contradicción con la posterior posibilidad de oponerse a la cautela acordada; y

2º) no tiene sentido que se hable de prejuzgar y al mismo tiempo se reproche la falta de pruebas, pues precisamente en este incidente cautelar lo que no procede es entrar a enjuiciar lo que está reservado al incidente de calificación del concurso. Es en ese cauce procesal donde deberán practicarse las correspondientes pruebas y entrar al análisis detallado del comportamiento de D. Alberto y D. Oscar. El trámite cautelar no es el apropiado para exigir tales pruebas, bastando con la mera posibilidad fundada (así lo expresa el artículo 48.3 de la

Ley Concursal) de que el concurso se califique como culpable para la procedencia de la medida cautelar; es decir, basta en esta fase con la existencia de indicios de actuaciones dolosas o culposas de los administradores, estando fuera de lugar, en este momento procesal, la exigencia de prueba concluyente sobre la que fundar la condena al administrador. " Auto JM-4 Madrid 24.10.2005 (JUR 2006\109)

"dándose cumplimiento a las previsiones de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en tanto aplicables supletoriamente a lo previsto en la LC según su Disposición Final Quinta, de modo que cabrá oposición por los trámites de ésta (arts. 739 y ss. LECiv), será notificado a sus respectivos cónyuges para que dispongan de la oportunidad procesal de usar de sus derechos si los bienes que puedan ser objeto de traba pertenecen al patrimonio común (art. 541 LECiv) y averiguación de los que puedan disponer (art. 590 LECiv).

Sin embargo, no se hará requerimiento de manifestación de bienes conforme al art. 589.1 LECiv por el carácter preventivo que tiene este embargo, lo que excluye esa eventualidad conforme al art. 738.2 LECiv.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

"La adopción de esta medida cautelar debe realizarse aplicando las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil, que determinan:

1) la necesidad de que se notifique esta resolución al Sr. G. T. al objeto de que pueda, si así le interesa, oponerse a la misma en los términos previstos en el artículo 739 y siguientes de la LECiv;

2) la necesidad de remitir los oficios reclamados por la administración concursal al amparo del artículo 590 de la LECiv al objeto de determinar el patrimonio del que dispone el Sr. G. T.;

3) la necesidad de notificar la vertencia de este incidente a la esposa del Sr. G. T. por si los bienes susceptibles de traba pudieran integrar el patrimonio común del matrimonio.": Auto JM-3 Barcelona 18.02.2005 (AC 2005/243)

5. Alzamiento del embargo al no subsistir los fundamentos por los que se decretó

"PRIMERO En el presente procedimiento se dictó auto acordando, de conformidad con el artículo 48.3 de la Ley Concursal el embargo preventivo de bienes y derechos de administradores actuales y pretéritos, de hecho y de derecho, de la concursada. A tal efecto, dicho precepto exige como requisitos para la adopción del embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de la concursada, de hecho o de derecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, que de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. De este modo articula la Ley la posibilidad de adoptar inaudita parte una medida, de naturaleza eminentemente cautelar, cuyo objeto es el aseguramiento de las posibles responsabilidades que puedan recaer frente a los administradores de hecho o de derecho de la concursada que exige para su adopción la concurrencia de los requisitos establecidos en dicho precepto y que, en definitiva, equivalen conjuntamente a la apariencia de buen derecho y al periculum in mora, y se encuentran íntimamente relacionada con el posible contenido de la sentencia de calificación condenado a dichos administradores o liquidadores a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa, en los supuestos de apertura de la fase de liquidación, supuesto que integra necesariamente la insuficiencia del activo para hacer frente al pasivo.

Por la propia naturaleza de dicha medida, como se ha dicho eminentemente cautelar, dichos requisitos resultan igualmente exigibles para su mantenimiento, de manera que cuando cesan o desaparecen, resulta adecuado su alzamiento, respecto al cual, dada la facultad concedida al Juez y a la administración concursal en el artículo 48.3 LC en orden a su adopción, que no se adecua a los trámites establecidos con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las medidas cautelares con las cuales se encuentra íntimamente relacionada, no es preciso acudir al procedimiento establecido en los artículos 734 y siguientes LECiv por remisión efectuada por el artículo 743 LECiv, siendo posible su alzamiento sin necesidad de dicho trámite contradictorio, en el momento en que cesen sus presupuestos.

SEGUNDO En el presente caso, tras la adopción de dicha medida se han modificado las circunstancias que la motivaron a la vista del informe presentado por la administración concursal en el que se refleja una situación patrimonial diferente a la inicialmente extraída en el momento de la adopción de la medida de embargo a la vista de la documentación obrante en autos y de lo actuado hasta ese momento, puesto que a fecha de hoy, atendiendo al inventario y a la lista de acreedores, el activo resulta suficiente para cubrir el pasivo.

Por todo lo anterior y atendiendo a los argumentos expuestos por la administración concursal en el escrito presentado en el día de hoy en el que consideraba adecuado el alzamiento de los embargos, al extraerse de ello que han cesado en este momento parte de los presupuestos que dieron lugar a la adopción de la medida de embargo, ha de ser dejada sin efecto, levantando la totalidad de los embargos acordados en el presente procedimiento.": Auto JM-1 Santander

4. Corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.

5. De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso corresponderá a la administración concursal y, subsidiariamente, en el supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 54, a los acreedores, no pudiendo ejercitarla hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social. El juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de los referidos socios en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito.

CAPÍTULO II - De los efectos sobre los acreedores

0. Procedencia de la acción directa ex 1597 CC del subcontratista ex 1597 CC frente al dueño de la obra, pese a hallarse el contratista en concurso

“Segundo.- El artículo 1.597 del Código civil establece que “los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”. Este escueto precepto es el que habilita las acciones directas del subcontratado contra el contratista principal.

En el primero de los hechos recogidos en el escrito de la administración concursal reconoce la deuda que SERRA SOLDADURA S.A. tiene insinuada en el concurso, deuda que tiene el tratamiento de crédito ordinario según el informe. Se advierte en el escrito de alegaciones que se ignora el momento en el que se requirió a KUKA para el pago de las cantidades ahora consignadas en el Juzgado. En el acto de la vista la parte demandante aporta el requerimiento notarial de 13 de octubre de 2004 y el testimonio de las diligencias preliminares seguidas ante el Juzgado de Vilanova y la Geltrú. Ambos documentos deben disipar las dudas que respecto de ambas actuaciones tenía la administración concursal.

En el hecho segundo de las alegaciones de la administración mercantil se hace mención a que las cantidades consignadas por KUKA se encuentran en principio inmovilizadas a las resultas de este incidente, reclamando en cualquier caso la fuerza atractiva del procedimiento concursal frente a las acciones directas que pudieran plantearse contra la concursada.

Las dudas que la concursada TRACOINSA plantea en sus hechos respecto de la naturaleza de las actuaciones que SERRA SOLDADURA S.A. efectúa frente a KUKA deben quedar también resueltas a la vista de los documentos aportados en la vista en los que, sin ningún tipo de duda, se advierte que SERRA SOLDADURA S.A. en todo momento puso de manifiesto a KUKA que la reclamación se hacía al amparo del artículo 1.597 del Código civil, reproducido en este mismo fundamento,

Tercero.- Entrando ya en el análisis jurídico de las pretensiones de las partes tres son los planos que se superponen en el presente incidente:

- 1) Plano procesal, que tiene por objeto determinar qué tipo de acción ejercita SERRA SOLDADURA S.A. en este proceso concursal,
- 2) Plano material, que tiene por objeto determinar si concurren los requisitos legales para que SERRA SOLDADURA S.A. plantee una acción directa frente a quien subcontrató con TRACOINSA la ejecución de determinadas obras,
- 3) Plano concursal, que tiene por objeto determinar el encaje de las pretensiones de pago de SERRA SOLDADURA S.A. en un proceso concursal en el que todavía no se ha abierto la fase de liquidación y no se ha presentado convenio.

Cuarto.- Plano procesal.

No puede considerarse que la pretensión de SERRA SOLDADURA S.A. presentando el presente incidente haya de tener la consideración “del ejercicio de una acción directa”, dado que ni es parte del procedimiento ni ha sido reclamada la presencia en este incidente de la representación de la mercantil KUKA para que realizara alegación de ningún tipo. Ciertamente KUKA comparece en el Juzgado mercantil el día 11 de marzo de 2005 al objeto de comunicar dos circunstancias:

- Que de común acuerdo con TRACOINSA y con el visto bueno de la administración concursal había resuelto las relaciones contractuales que unían a KUKA con TRACOINSA;
- Que fruto de esa resolución se consignaban en el Juzgado las cantidades que KUKA adeudaba a TRACOINSA, concretadas en la suma de 810.191,56 ingresadas el mismo día 11 de marzo de 2005, reclamando expresamente que el Juzgado mercantil se pronunciara sobre el destino que

debiera darse a la mencionada cantidad.

No se trata, por lo tanto, del ejercicio de una acción directa contra un tercero no concursado, las pretensiones de SERRA SOLDADURA S.A. interponiendo el presente incidente, se circunscriben a reclamar de la administración concursal y, en último término del juez del concurso, que se le haga entrega de una suma que le adeuda TRACOINSA y que considera que le adeuda también KUKA, como consecuencia del derecho a accionar directamente que le reconoce el artículo 1.597 del Código civil, y que ha sido consignado en el Juzgado que tramita el concurso después de que SERRA SOLDADURA S.A. realizara un previo requerimiento notarial a KUKA anterior a la declaración de concurso, y unas diligencias preliminares incoadas con anterioridad a la declaración del concurso y cuya vista se celebró con posterioridad a dicha declaración de concurso, sin que la concursada fuera llamada o requerida en ninguna de estas actuaciones.

En definitiva, la cuestión a resolver es la de determinar el destino que debe darse a la cantidad consignada por KUKA en el Juzgado y, específicamente, si le corresponde a SERRA SOLDADURA S.A. la suma de 400.103,62 respecto de las cantidades consignadas.

Cinco.- Plano material. Acciones directas.

Ya se ha reproducido el artículo 1.597 en fundamentos anteriores, precepto en el que se ampara el ejercicio de acciones directas de reclamación de cantidad del subcontratado contra el contratista principal, sin necesidad de reclamar al subcontratante.

En los presentes autos la cadena de contratos se realiza del modo siguiente: Ford contrata con KUKA la realización de un determinado proyecto, KUKA subcontrata parte de dichas obras con TRACOINSA y TRACOINSA, a su vez, subcontrata con SERRA SOLDADURA S.A.

La construcción de las acciones directas se efectúa fundamentalmente por la jurisprudencia a partir de los contratos de obra efectuados en el ámbito de la construcción inmobiliaria.

La jurisprudencia clásica sobre esta cuestión considera que la acción directa es una “verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor que otorga un derecho de preferencia al acreedor favorecido y hace inoponible las excepciones, ?, pues de ser de otra forma, ?, sería inútil en muchos caso la acción directa, que se concede a los que han puesto trabajo y materiales en la obra” (STS de 22 de junio de 1920, citada por la STS de 31 de diciembre de 2002). La Sentencia de 11 de octubre de 2002 refiriéndose a otra sentencia de 12 de mayo de 1994, indica que “el citado precepto [1.597 del Código civil] convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra”

Conforme jurisprudencia reiterada (STS de 6 de junio de 2000, que, a su vez, hace referencia a la STS de 11 de octubre de 1994 o a la de 22 de diciembre de 1999) cualquiera de los subcontratistas tiene acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior, subrogación general derivada del principio: el deudor de mi deudor es también deudor mío.

En cuanto a la justificación de esta acción la jurisprudencia bascula entre la consideración de razones de equidad para evitar el enriquecimiento injusto (STS de 29 de junio de 1936) y las que acuden a criterios de responsabilidad solidaria del dueño de la obra y el contratista frente a posibles subcontratistas (STS de 11 de octubre de 1994, por citar alguna de las más recientes).

Del escrito de alegaciones de la administración concursal se plantea una cuestión de cierta trascendencia que afecta a la naturaleza jurídica de las relaciones que unían a la mercantil SERRA SOLDADURA S.A. con TRACOINSA, relación que la parte demandante califica de contrato de obra - de arrendamiento de obra a precio alzado - y que la administración concursal califica o considera como un mero contrato de suministro. La cuestión es fundamental para determinar si es posible reconocer a SERRA SOLDADURA S.A. la facultad de realizar acciones directas contra quienes contrataron con TRACOINSA. En este punto la administración concursal en su escrito de alegaciones plantea las siguientes interrogantes:

¿ Cual es el cometido de SERRA SOLDADURA S.A. ? El suministro de trabajo y materiales.

¿ Quién era propietario de los trabajos y materiales? Considera la administración concursal que el propietario era TRACOINSA que, a su vez, suministraba el producto a KUKA para que lo vendiera al cliente final.

¿ Qué tipo de bienes se fabricaban ? Bienes muebles, líneas de producción.

¿Qué tipo de relación existía entre TRACOINSA, KUKA y el cliente final? Es un contrato de compraventa mercantil por el cual el cliente final adquiría el producto terminado.

¿Cuál era el sistema de precio? No se establecía un precio alzado sino que el precio quedaba sometido a revisiones, las cuales dependían de cómo se finalizaran los trabajos.

¿Ha existido o puede existir fraude de ley o enriquecimiento injusto en la actuación de la concursada? Considera la administración concursal que no.

Estas cuestiones planteadas por la administración concursal obligan a replantearse la naturaleza jurídica de las relaciones que unen a TRACOINSA con SERRA SOLDADURA S.A., relaciones que SERRA SOLDADURA S.A. califica como arrendamiento de obra y que la administración concursal circunscribe única y exclusivamente al contrato de suministro de material o, por establecer una categoría jurídica más identificable, la de la compraventa de material.

En los documentos aportados por la propia parte demandante aparecen algunos elementos de

interés:

- La definición de las relaciones que unían a TRACOINSA con SERRA SOLDADURA S.A. no vienen recogidas en un contrato escrito. SERRA SOLDADURA S.A. aporta unas facturas pero no un contrato con un clausulado por escrito.

- El contrato escrito de arrendamiento de obra aparece en las diligencias preliminares aportado por KUKA, dicho arrendamiento de obra es el que une a Ford con KUKA fechado el día 9 de enero de 2004, con fecha de entrega el 1 de marzo de 2004, por un precio unitario de 13.000.000 de.- En las cláusulas adicionales del contrato se identifica lo que debe hacer KUKA: "Manufacturing, delivery, installation and commissioning of C-307" es decir, manufactura, entrega, instalación y comisionamiento del proyecto. Es decir, el contrato que una a KUKA con Ford aparecen los elementos de un contrato de arrendamiento de obra.

- Cuando KUKA acude al procedimiento de diligencias preliminares aporta documentación que permite identificar las relaciones que unían a KUKA con TRACOINSA, no aporta contrato escrito pero sí aporta pedidos y facturas en las que se observa:

En cuanto al precio se fija en 5.740.000,01 (Pedido 002/45007062).

Lugar de suministro: Valencia/Almussafes.

Hay un pago el 15 de enero de 2004 vinculado a la existencia del contrato y a partir de ese momento se factura en función del progreso del trabajo, de modo que el último pago, el consignado en el Juzgado, debe considerarse vinculado al final de la obra.- Los pagos se efectúan por facturas de:

15 de enero de 2004,

15 de enero de 2004,

4 de mayo de 2004,

19 de mayo de 2004

28 de julio de 2004,

4 de agosto de 2004,

16 de agosto de 2004,

Y la liquidación final de 15 de marzo de 2005.

- como se ha indicado no hay un contrato por escrito entre TRACOINSA y SERRA SOLDADURA, únicamente las facturas libradas donde se constata la entrega del material pero también la realización de trabajos de instalación (así aparece en la factura de 19 de marzo de 2004, en la que se indica que un armario ha sido instalado con determinadas características, y así debe considerarse acreditado en la factura de 27 de abril de 2004, en la que se fija una importante partida con cargo al Proyecto Ford Genk).- Si el contrato que une a KUKA con FORD es de ejecución de obra y el que une a KUKA con TRACOINSA supone una subcontratación de parte de esa obra, hay elementos de prueba sólidos para considerar que entre TRACOINSA y SERRA SOLDADURA S.A. se subcontratan no sólo el suministro de materiales sino también la realización de las obras proyectadas para Ford con la denominación de proyecto Genk.

- Debe advertirse que la propia administración concursal hace mención al suministro de material pero también de trabajo.

- El precio entre Ford y KUKA está preestablecido, el precio entre KUKA y TRACOINSA también aparece definido en el pedido inicial. No así el precio entre TRACOINSA y SERRA SOLDADURA S.A., precio cuya realidad se conoce de la facturación que se remite a TRACOINSA y que no consta impugnada ni antes ni después del concurso.

En definitiva, debe considerarse acreditado que las relaciones que unían a TRACOINSA con SERRA SOLDADURA S.A. se debían considerar un arrendamiento de obra y, con ello, susceptibles de ampararse en el artículo 1.597 del Código civil que habilita el ejercicio de acciones directas.

Retomando el hilo argumental de las acciones directas debe advertirse que se reputa obligado sólo se libera de responsabilidad si acredita suficientemente que tiene saldada la deuda derivada del contrato concertado (STS de 28 de mayo de 1999). En este punto deben advertirse tres cuestiones de trascendencia para este asunto:

1) Que la consignación de las cantidades por parte del contratista no le libera de sus obligaciones de pago si previamente fue requerido de pago.- STS de 17 de julio de 1997: "después de ser requerida «Telefónica» por los acreedores, ya no podía realizar el pago ni directamente, ni mediante consignación, a favor de «Anisa», pues ya no le asistía buena fe para ello; podría, sí, consignar, por existir «varias personas pretendiendo tener derecho a cobrar», para que después discutiesen entre ellas la preferencia, pero no decidir ésta por sí misma, consignando a favor de «Anisa»"

2) Efectuado el requerimiento de pago el contratista pasa a ser deudor.- Desde el momento de la demanda se debe estimar que el dueño a quien debe es a sus demandantes, no al contratista (STS de 9 de mayo de 1989 citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de febrero de 1997).

3) No es necesario el inicio de acciones judiciales, basta con tener constancia de dicho requerimiento.- STS de 17 de julio de 1997 que, a su vez, hace referencia a una sentencia del mismo tribunal de 30 de enero de 1974: "teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1.597 del CC, las razones que lo inspiran y el principio de buena fe, por lo que sienta que «...

resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no sólo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado, cuando como en este caso (y en el que nos ocupa, añadimos), la notificación y el requerimiento se llevó a cabo por conducto notarial»”

Sexto.- Plano concursal.

El Tribunal Supremo es terminante en cuanto a la incidencia de los procedimientos concursales en el ejercicio de las acciones directas: “La responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción del artículo 1.597 del código civil es solidaria ? La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1.597” (STS de 27 de octubre de 2000). Idéntico criterio mantiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12) por resolución de 13 de mayo de 2002, o la de Palma de Mallorca de 21 de noviembre de 2003, o la de Asturias de 8 de noviembre de 2004 [aunque advierte que hay soluciones discrepantes en el seno de las audiencias provinciales].

Ciertamente estas resoluciones son anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003 circunstancia que hace, cuando menos desde un punto de vista teórico, evitar automatismos en la aplicación de las viejas instituciones concursales a la nueva realidad concursal.

No hay en la nueva Ley Concursal referencia alguna ni directa ni indirecta al ejercicio de acciones directas respecto de créditos pendientes de cobro contra el concursado, sólo al abordarse la fase de liquidación la Ley Concursal se refiere al cobro por parte del acreedor de una parte de la deuda por medio de un deudor solidario (artículo 160 de la Ley Concursal) y el artículo 162.2 respecto de quienes hubieran recibido pagos parciales. Estos dos preceptos unidos al contenido del artículo 61.2 de la propia Ley, que advierte que la declaración de concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y unidos al juego del artículo 50 y 51 de la misma Ley respecto de la posibilidad de ejercitar acciones declarativas contra el concursado que, como regla general, no se acumularán al concurso hasta que no se haya dictado sentencia, habilitan a los acreedores concursales para el ejercicio de acciones directas contra terceros responsables de las deudas, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales previstos en las acciones civiles o mercantiles correspondientes.

Séptimo.- A la vista de los anteriores argumentos deben estimarse las pretensiones de la parte demandante, es decir, debe reconocerse el derecho de SERRA SOLDADURA S.A. a percibir la cantidad adeudada con cargo a las cantidades consignadas por KUKA en el Juzgado. Dado que uno de los acreedores personados en el concurso reclama el reconocimiento de un privilegio especial respecto del mencionado pedido de KUKA debe darse vista de esta sentencia tanto a FORTIS BANK como a KUKA.”: Sentencia JM-3 Barcelona 23.05.2005 (JUR 2006/113978)

SECCIÓN 1.- DE LA INTEGRACIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA MASA PASIVA

Artículo 49. Integración de la masa pasiva.

Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes.

SECCIÓN 2 - DE LOS EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

Artículo 50. Nuevos juicios declarativos.

1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

Art. 50.1

[Vid. Art. 8, en el que se incluye la jurisprudencia sobre cuáles son las materias de las que debe conocer, o no, el juez del concurso]

1. Inaplicabilidad de este precepto al no existir concurso sino suspensión de pagos

“Tales consideraciones deberían bastarnos para rechazar la competencia que nos viene atribuida, pero en todo caso debe reiterarse con rotundidad, además, que no es de aplicación el

supuesto del artículo 50 de la Ley concursal en cuanto que no existe declaración de concurso, por más que en todo caso no debería remitirse físicamente el expediente sino proceder al archivo de la causa, y por ende tampoco el supuesto de que se trata resulta incardinable atendidos los particulares enunciados relativos a la prosecución de la Suspensión de Pagos ante el Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Paterna, al amparo del artículo 51.

En todo caso, piénsese que la finalidad de la normativa conformada ex artículos 8, 50 y 51 de la Ley Concursal, en lo que ahora nos interesa, no es que el conocimiento de los asuntos venga atribuido al Juzgado de lo Mercantil, y allí donde existan varios se proceda al repartimiento de asuntos, sino que antes bien, en los supuestos en que los Juzgados de Primera Instancia deben abstenerse de conocer, el interesado debe insinuar su crédito o hacer valer el derecho que pretende ante el Juez de lo Mercantil que tramita el concurso de que se trate.”: Auto JM-1 Valencia 1.02.2005 (AC 2005/719)

2. “Se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.”

“Si el conocimiento del Juzgado de 1ª Instancia es posterior a la declaración de concurso, la propia norma dispone en el art. 50.1 LC que «de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado». Eso sucedió en este caso, en el que al parecer la comunicación de la declaración de concurso no llegó al Juzgado de 1ª Instancia, o no se tuvo en cuenta, y por eso la concursada, cuando es requerida de pago, se opone y solicita en su escrito de veintiocho de junio, precisamente, el archivo del procedimiento monitorio.

Ante tal petición, que la concursada fundó en varios preceptos, indicando expresamente el último inciso del art. 50.1 de la Ley Concursal, el Juzgado de 1ª Instancia no ordenó lo que dice la norma, el archivo de las actuaciones que se hayan practicado, sino que inventa en la providencia de treinta de junio una audiencia a las partes y al ministerio fiscal que carece de previsión legal, y que determina la opinión del fiscal favorable a una competencia que desoye lo dispuesto en la Ley, la del solicitante que reclama la remisión y acumulación de los autos al concurso, y el silencio de la concursada, que se aquieta a la resolución en lugar de recurrirla, para poner de manifiesto el incumplimiento de lo señalado en la Ley Concursal.

Pues bien, no es posible tampoco la acumulación de autos pretendida por el promotor del juicio monitorio, porque el art. 51 de la Ley Concursal a lo que autoriza, excepcionalmente, es que los procedimientos declarativos iniciados antes de la declaración de concurso, lo que no es el caso, puedan ser acumulados por el juez del concurso, porque éste «estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores».

La competencia para acordar la acumulación al concurso es del juez del concurso, como corrobora que la legitimación para solicitarla sea de la administración concursal o las partes personadas en el concurso (segundo párrafo del art. 51.1 LC). Esa competencia se atribuye al Juzgado que tramita el concurso porque en ciertos casos de relevancia puede ser crucial para determinar qué elementos patrimoniales integran la masa activa del concursado, o porque la importancia del crédito sea relevante para la elaboración de la lista de acreedores. Tales circunstancias las pondera el Juez del Concurso, y no es posible que el Juzgado de 1ª Instancia decida unilateralmente acumular un procedimiento a un procedimiento concursal.

Lo que debe verificar el Juzgado de 1ª Instancia es lo que disponen los artículos citados, es decir, llevar el asunto hasta que se alcance sentencia firme o auto definitivo por el silencio del concursado, si es monitorio o cambiario, o sentencia firme, si hay oposición (art. 51.1 LC), si se incoaron con anterioridad a la declaración de concurso, o simplemente archivar el «nuevo juicio declarativo», como dispone el art. 50 LC, si es posterior a tal declaración.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.01.2006 (AC 2006/75)

2. Los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.

Artículo 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.

1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Art. 51.1

1. No procede su acumulación indiscriminada

“PRIMERO La pretensión de la concursada de acumular al concurso de modo indiscriminado todos aquellos procedimientos judiciales en los que es parte exige que se realicen algunas precisiones para que aquélla comprenda el alcance de los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos que entonces se hallaban en trámite.

En primer lugar, los juicios declarativos pendientes a la declaración de concurso deben continuar su tramitación, ante el órgano judicial que los estuviese conociendo, hasta la firmeza de la sentencia (así se desprende del artículo 51 de la Ley Concursal). Debe entenderse incluida en este tratamiento la fase declarativa de los juicios cambiarios y de los monitorios, que debe culminarse ante el juez de primera instancia que la estaba conociendo. La única peculiaridad radica en que en caso de intervención el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará autorización de la administración concursal para desistir, allanarse o transigir; y en caso de suspensión de facultades al concursado la administración concursal le sustituirá en los procesos en trámite (y necesitará autorización judicial para desistir, allanarse o transigir), sin perjuicio del derecho del deudor a mantener su representación separada si garantiza que los gastos no recaerán sobre la masa del concurso.

Es cierto que podrá decretarse, a instancia de la administración concursal o de cualquier parte personada, la acumulación de esos procesos al concurso si, estando dentro de su abanico competencial (para lo que hay que atender al artículo 8 de la Ley Concursal), el juez mercantil estima que su resolución tiene «trascendencia sustancial» para la formación del inventario o la lista de acreedores (artículo 51 de la Ley Concursal). La apreciación de este requisito es una facultad legalmente reservada al juicio del juez del concurso que no puede ser suplantada por otro órgano judicial distinto de éste. Porque el legislador no ha previsto que se acumule automáticamente al concurso todo lo que ya esté en trámite contra el patrimonio del concursado sino sólo lo más relevante y previa comprobación de ello por el juez del concurso, al objeto de no enmarañar ni dilatar el complejo trámite concursal. El acreedor afectado tiene, sin duda, derecho a que su reclamación sea resuelta, pero lógicamente por su cauce natural para ello, es decir, ante el Juez de Primera Instancia al que correspondió su demanda y que debe seguir conociendo de ella hasta dictar sentencia, puesto que todavía estaba tramitando la fase declarativa del juicio. Ello permitirá que se desvanezca el carácter litigioso de dicho crédito.

(...)QUINTO Tampoco se justifica la pretensión de acumulación de dos juicios declarativos civiles (uno ordinario y otro verbal -donde se reclaman a la concursada 2.214,22 euros por servicios de limpieza), un cambiario (donde se le demanda por un pagaré de 14.424,34 euros) y un monitorio (donde se le exigen 6.802,58 euros por compra de mercancías) que ya estaban en trámite al tiempo de la declaración de concurso, porque ninguno de ellos cumple el requisito de resultar de trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Desde el punto de vista de la masa activa del concurso de Fusiom Tercer Milenio SL resultan desde luego irrelevantes, pues carecen de incidencia alguna en ella. Y desde el de la masa pasiva su significación es ínfima, pues debe tenerse en cuenta que sobre un pasivo que supera los dos millones y medio de euros (según la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso) las citadas reclamaciones suponen una influencia de muy escasa importancia (la más cuantiosa supondría solo el 0,5 % de la masa pasiva). Se trata, desde luego, de una cuestión relevante para los acreedores implicados, pero que carece, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, de la esencial trascendencia en el pasivo que exige el artículo 51 de la Ley Concursal para justificar que el juez del concurso pudiera plantearse la procedencia de su acumulación. Lo procedente es que el Juez de Primera Instancia culmine la fase declarativa de dichos litigios, los resuelva y comunique posteriormente la decisión adoptada, una vez sea firme.”: Auto JM-4 Madrid 27.10.2005 (AC 2006\110)

2. Tratamiento de los juicios monitorios y cambiarios en curso

“PRIMERO.- La mercantil demandada, Construcciones Anadón, S.L., alega como motivo único de su recurso de apelación contra la mentada sentencia de primer grado la nulidad de actuaciones por falta de jurisdicción del órgano judicial que ha conocido del presente procedimiento ordinario, y ello en aplicación de lo dispuesto en los artículos 8, 49 y 50 de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, por cuanto que ejercitada en la demanda rectora de dicho procedimiento una acción civil con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio de la hoy recurrente, al instarse por la parte actora su condena a abonar a la misma la suma de 19.377,63 euros, demanda interpuesta en fecha 3 de Mayo de 2.005 y, por tanto, posterior al auto de 24 de Septiembre de 2.004 del Juzgado de Primera Instancia número Diecinueve de los de esta Ciudad por el que fue declarada la hoy recurrente en situación de concurso de carácter voluntario, hecho reconocido explícitamente por la actora en su escrito de demanda, correspondía en forma exclusiva y excluyente al Juez del concurso la jurisdicción para conocer tal demanda, conforme a lo preceptuado en el artículo 8.1º de la referida Ley Concursal, que declara en su artículo 50 la carencia de validez de las actuaciones llevadas a cabo por el Juez del orden civil carente de

competencia.

SEGUNDO.- Es de acoger tal motivo del recurso, procediendo declarar la nulidad radical de todo lo actuado en el presente procedimiento ordinario y ordenar su archivo, y ello en aplicación de lo preceptuado en el artículo 50.1 de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003, en relación con el artículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que visto el contenido de la demanda de juicio ordinario formulada por la mercantil Mármoles Aneto, S.L. contra la hoy recurrente, ejercitando acción de condena al abono de determinada suma de dinero que le adeudaba, demanda que fue interpuesta con posterioridad a la declaración de concurso de la mercantil demandada, tras haberse sustanciado un procedimiento monitorio a virtud de petición deducida por Mármoles Aneto S.L. frente a Construcciones Romea Anadón, S.L. y a la que ésta se opuso, concluyendo en la forma prevista en el artículo 818.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia objetiva para conocer de dicha demanda venía atribuida en exclusiva al Juez del concurso, según lo dispuesto en el artículo 8.1 de la referida Ley Concursal, no hallándonos, en modo alguno, frente a lo argüido de contrario por el juzgador de instancia, en el supuesto del artículo 51 de dicha Ley, toda vez que el referido procedimiento de juicio ordinario no se hallaba en tramitación al momento de la declaración del concurso, ya que sólo la interposición de la referida demanda, que no la petición de juicio monitorio, produjo la litispendencia, con todos sus efectos procesales, conforme dispone el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre ellos el de la perpetuación de la jurisdicción que establece el artículo 411 de la misma, precepto éste que no resulta aplicable a los procesos monitorios según consolidada doctrina jurisprudencial (Autos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fechas 29-11-2.004 y 14-03-2.005, resolutorios de cuestiones de competencia núm. 86/04 y 22/05, respectivamente).”: Sentencia AP Zaragoza 28.06.2006 (JUR 2006/270260)

“Con relación a los procedimientos monitorios y cambiarios iniciados con anterioridad a la declaración de concurso se ofrecieron dos soluciones; o bien el mantenimiento del procedimiento hasta la apertura de la ejecución, o bien la suspensión del procedimiento. La solución que resultó mayoritaria, en el caso del procedimiento monitorio, distinguía varios supuestos. En aquellos en que produce oposición del requerido de pago, si el trámite precedente es el juicio verbal, continúa el juez que conoció del monitorio en tanto que la oposición se tramita en el mismo procedimiento, sin perjuicio de que a efectos estadísticos se le de un nuevo número. En cambio, en los supuestos en que por razón de la cuantía, ante la oposición, fuera necesario que el solicitante presentase una nueva demanda, se concluyó que el juez competente para conocer de ésta sería el Juez del Concurso. Fuera de los casos anteriores, esto es, cuando no se produce oposición, en tanto que legalmente procede el despacho a la ejecución, la solución aceptada fue la suspensión del procedimiento por aplicación del artículo 55 LC.

En cuanto al juicio cambiario, por su propia especialidad –implica el embargo preventivo de bienes del deudor-, se consideró, de forma mayoritaria, la necesidad de suspender el procedimiento. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 3

“La Ley Concursal distingue que la pretensión sea declarativa (arts. 50 y 51), arbitral (art. 52) o ejecutiva (arts. 55 y ss.). Si es declarativa, como en este caso, puede suceder que se plantee antes o después de la declaración del concurso. De ser anterior, el art. 51.1 ordena continuar hasta la firmeza de la sentencia. En el caso de un procedimiento monitorio, como el que se analiza, habrá que continuar hasta que se produzca una de las circunstancias que describen los arts. 816 y 818 LECiv.

En efecto, si el deudor requerido, pese a estar situación de concurso, guarda silencio, se dictará auto finalizando el procedimiento porque no es posible, en aplicación del art. 55.1 LC, «iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales», frente al concursado. El acreedor podrá acudir con tal auto al concurso y comunicar su crédito, en el modo que dispone el art. 85 LC.

También puede el concursado oponerse, en cuyo caso se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda por la cuantía, hasta llegar a sentencia firme. Es decir, si el procedimiento si inicia antes de la declaración del concurso no puede suspenderse sin más, sino que el Juzgado debe continuar hasta alcanzar resolución firme, y a partir de ahí, suspender su conocimiento.

No es posible paralizar el procedimiento, porque debe finalizar bien por el silencio del concursado, bien con sentencia tras su oposición. Privar de ese derecho al deudor es inadmisibles, incluso aunque se encuentre en situación de concurso, y además carece de fundamento legal, porque el art. 51.1 de la Ley Concursal obliga, simplemente, a continuar hasta que se dicte sentencia firme.

Otro tanto cabe predicar del juicio cambiario, en el que el requerimiento de pago debe ser hecho conforme al art. 821.2 LECiv. En ese momento el deudor requerido puede tratar de acreditar al Juzgado que se encuentra en situación de concurso, declarada por el Juzgado competente, para evitar los embargos que se realizarían al tiempo que el requerimiento, pues el art. 821.2 dice que han de hacerse ambas diligencias: requerimiento y embargo, sin que sea posible anticipar esta

segunda al momento de la admisión de la demanda cambiaria.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.01.2006 (AC 2006\75)

3. La decisión sobre la acumulación corresponde exclusivamente al Juez del concurso

“Pues bien, no es posible tampoco la acumulación de autos pretendida por el promotor del juicio monitorio, porque el art. 51 de la Ley Concursal a lo que autoriza, excepcionalmente, es que los procedimientos declarativos iniciados antes de la declaración de concurso, lo que no es el caso, puedan ser acumulados por el juez del concurso, porque éste «estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores».

La competencia para acordar la acumulación al concurso es del juez del concurso, como corrobora que la legitimación para solicitarla sea de la administración concursal o las partes personadas en el concurso (segundo párrafo del art. 51.1 LC). Esa competencia se atribuye al Juzgado que tramita el concurso porque en ciertos casos de relevancia puede ser crucial para determinar qué elementos patrimoniales integran la masa activa del concursado, o porque la importancia del crédito sea relevante para la elaboración de la lista de acreedores. Tales circunstancias las pondera el Juez del Concurso, y no es posible que el Juzgado de 1ª Instancia decida unilateralmente acumular un procedimiento a un procedimiento concursal”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.01.2006 (AC 2006\75)

4. Práctica de la TC y LI, como actos declarativos

“Así pues la decisión judicial era la correcta, si bien debe hacerse la siguiente matización. La fijación del crédito que deriva de la condena en costas o la liquidación de los intereses devengados son actuaciones meramente declarativas y son útiles para concretar el montante del crédito de la entidad ejecutante contra la suspensión. Y ningún inconveniente procesal puede haber en ello: eso sí, únicamente hasta ultimar dicha “fase declarativa”, esto es, hasta cuantificar por resolución firme cada uno de los créditos citados, sin que sea posible luego saldarlos con los fondos retenidos por el Juzgado, al estar vigente la citada norma sobre paralización de ejecuciones.”: Auto AP Cadiz 10.04.2006 (JUR 2006/231161)

5. Demanda en la que se ejercitan las acciones de reclamación de cantidad contra la sociedad y responsabilidad de sus administradores.

“*Primero.* Los codemandados en este juicio ordinario aducen la declaración del concurso de la codemandada Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. para sostener el deber de declinar la competencia en favor del Juzgado del concurso, que es el n.º 1 de lo Mercantil de Bilbao.

Son datos pacíficos que, presentada demanda el 13 de marzo de 2007 en ejercicio de acciones de responsabilidad de administradores societarios frente a la predicha mercantil y sus dos administradores, Sres. A. y J., la cual fue admitida a trámite el día 19 siguiente, resulta que el 28 de marzo posterior fue declarado el concurso voluntario de la sociedad en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de esta Villa (CNA n.º 122/07), estando intervenida por el administrador concursal Iñigo S. B..

Los codemandados sostienen que la competencia, entonces, conforme art. 8.1.º LECO corresponde al otro Juzgado de lo Mercantil, si bien se aduce falta de competencia territorial, mientras que la parte actora pide a este Juzgado que no decline, al socaire de la doctrina de la sentencia de aquel órgano, expresada en juicio ordinario n.º 206/2005, de 26 de diciembre de 2006, la cual se enfrenta a que las acciones de responsabilidad de administradores estén supeditadas a la eventual sustanciación de la responsabilidad por calificación concursal.

Como bien se comprende, ninguna de las anteriores proposiciones aborda técnicamente de forma correcta el objeto de este incidente --sobre ausencia de presupuesto procesal de competencia--, en tanto que, si la cuestión existe por la declaración del concurso, no es de competencia territorial, sino funcional por conexión, y los argumentos en contra de la parte actora nada tienen que ver con ninguna competencia, sino con el debate acerca de compatibilidad entre diversas acciones con el procedimiento concursal abierto. En cambio, hay olvido sobre que, de suyo, la entidad actora ejerce una acción de condena al pago de cantidad derivada de una relación jurídica de arrendamiento, dirigida contra una sociedad, ahora concursada, bien que acumulándola a las acciones que solidarizan el débito a los dos administradores sociales codemandados, lo cual tiene un tratamiento en sede de competencia objetiva. Por otra parte, en este debate no hay preocupación por determinar, como es debido, la competencia para conocer de acciones frente a administradores de personas jurídicas en concurso.

Y abordando correctamente cada aspecto del problema, este Juzgado coincide con la carencia de base legal para impedir el ejercicio de pretensiones de responsabilidad de administradores sociales fundadas en legislación de sociedades mercantiles cuando la sociedad está en concurso (1); sostiene que, ante tales, la competencia objetiva --del orden de lo Mercantil-- está atribuida por conexión al Juez del concurso de la sociedad (2); y en el supuesto presente, no significa que haya de declinar el conocimiento de la demanda (3). Además, duda que sea dable acumular las

acciones de la demanda ante este Juzgado de lo Mercantil (4), y recomienda la acumulación de autos al concurso (5).

Segundo. La competencia del Juez del concurso se asiente en los tres planos de *vis attractiva* competencial que previenen LOPJ y LEC, reforzando un rancio principio institucional del concurso, a saber:

1.º) La que se atrae desde la que, ausente la insolvencia formalizada, detentaría de ordinario otro órgano judicial civil, y por lo tanto, regla se competencia objetiva, o alguna competencia material del orden social, que detentaría de ordinario --bien que desde distinto prisma-- un órgano de lo social o de los contencioso-administrativo, y aquí competencia genérica (arts. 86.ter.1.1.º, 2.º, 4.º, 5.º y 6.º LOPJ, 8.1.º, 2.º, 4.º, 5.º y 6.º, y 36.4 y 48.2 LECO).

2.º) La que se expurga de quien la tiene, extrajurisdiccional o jurisdiccional --entonces, criterio objetivo/funcional/territorial, al tiempo-- extramuros del concurso, como ocurre con la ejecución singular (art. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LECO)

3.º) La que se ostenta de carácter prejudicial --no devolutiva, homogénea o heterogénea-- civil, social o administrativa (arts. 9 LECO y 4.1 LPL)

A su vez, deben diferenciarse los procesos de declaración frente al concursado, y los de ejecución frente al patrimonio de éste --a los que se asimilan algunos de índole recuperatoria especial en art. 56.1 LECO--.

Los juicios de declaración de la competencia atraída por el concurso son los civiles con trascendencia patrimonial, que no sean de estado civil, y aquellos en que tiene que aplicarse el Derecho laboral concursal en el procedimiento colectivo, y se distingue si se inician después de la declaración del concurso, en cuyo caso el Juez no concursal debe abstenerse con nulidad de lo actuado (art. 50.1 LECO), o si son litispendentes ya, en cuyo caso la regla general es una suerte de «prórroga» de la competencia en favor del Juez que conoce de la pretensión hasta dictado de sentencia firme, y la excepción una acumulación como incidente concursal al procedimiento universal (arts. 86.ter.1.1.º LOPJ, 8.1.º, 51 y 192.1.pfo.2.º LECO).

Ninguna previsión legal explícita se encuentra al respecto de los juicios declarativos en que se litisconsorcia al concursado con otros sujetos, cual es el supuesto presente. Y a falta de una salvedad en esas normas sobre atracción competencial, cuando se trate de una acumulación inicial de acciones o de autos, o de un litisconsorcio cuasinecesario --por antonomasia la solidaridad, propia o impropia, de obligados--, la solución parece sencilla:

a) Si se pretende contra el concursado antes de la declaración del concurso puede mantenerse la competencia por el Juez que no es del concurso, sin perjuicio de la predicha acumulación de art. 51 LECO.

b) Si se pretende después de dicha declaración, habrá de desacomularse la pretensión de contenido patrimonial contra el concursado, y tendrá que solicitarse el reconocimiento del crédito en el procedimiento universal, pudiéndose demandar, por separado, al tercero ante el órgano extraconcursal que corresponda --aunque sea el propio Juzgado de lo Mercantil, en proceso de su competencia objetiva--, aplicándose las prevenciones a propósito, por ejemplo, del pago del deudor solidario del concursado.

El asunto del litisconsorcio pasivo necesario, que ya se decidió por auto de este Juzgado de 17 de noviembre de 2006 en Medidas Cautelares dentro del CNA n.º 85/06, resulta más perplejo, ya que no puede escindirse la relación jurídica objeto del proceso, mientras que no hay competente otro órgano judicial, que no sea el del concurso del deudor codemandado, para conocer de una pretensión de declaración de un crédito del insolvente posterior a la apertura del concurso. Y como no puede admitirse un proceso en que varios demandados deben serlo originariamente para que la sentencia resuelva sobre el objeto procesal, si sobre uno de tales no se hace pronunciamiento, lo cual significaría una inadmisión subjetiva parcial de la pretensión única, conceptualmente inviable en asuntos en que la legitimación pasiva es necesariamente plurisubjetiva, este juzgador se inclina por considerar que no cabe en tal supuesto resistir la "vis attractiva" concursal, puesto que el Juzgado concursal no deja de ser un órgano civil de instancia que puede ejercer, en competencia del orden civil que no se ha asignado específicamente a otro órgano, o lo que es igual, el término excluyente de art. 8.1.º LECO, debe relegar al de exclusivo, puramente enfático.

Pues bien, en la controversia del caso, resulta evidente que no hay litisconsorcio pasivo necesario, por la creación jurisprudencial de una responsabilidad "in solidum" de sociedad y administradores sociales, cuando se concitan sus presupuestos, y habiendo elegido la entidad actora codemandar a la concursada y a los Sres. A. y J., comoquiera que la demanda presentada fue admitida a trámite antes de la declaración del concurso, este Juzgado puede seguir conociendo de la demanda, como declarativo pendiente a la declaración del concurso, sin perjuicio del régimen del art. 51 LECO. La regla de principio es que continúe el trámite hasta la firmeza de la sentencia ante este Juzgado, y luego se dará a aquélla el tratamiento concursal que corresponda según los arts. 53 y 86.2 LECO. Que nuestro juicio declarativo se encuentra en tramitación para cuando la declaración de concurso de Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. se produce, deriva del concepto de litispendencia de art. 410 LEC, desde la interposición de la demanda, que después fue admitida (13 de marzo de 2007), en comparación con la fecha del auto de declaración de concurso (28 de marzo de 2007).

Otro asunto, en el que no interviene el concurso de la sociedad, es el de la acumulación de acciones verificada y la competencia objetiva con relación a ellas.

Tercero. Por lo tanto, ya se entienda que sólo la acción civil de contenido patrimonial ejercida frente a Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. es competencia del Juez del concurso, conforme a las rúbricas de arts. 86.ter.1 LOPJ y 8 LECO, como si fueran también las enderezadas contra los administradores sociales, como de seguido se sostendrá, en tanto que se litisconsorcia pasivamente, no hay base legal para que se declinen en favor del Juzgado de lo Mercantil n.º 1.

Cuestión apartada, es lo conveniente de que ante el Juez del Concurso (cfr.: art. 98.2 LEC) se solicite la acumulación por la administración concursal, antes de emitir su Informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, correspondiendo al Juzgado que conoce del proceso universal valorar procede o no la acumulación.

A los meros efectos ilustrativos, dentro de la función de la motivación de las resoluciones judiciales, vicaria de las principales de interdicción de la arbitrariedad y franqueamiento del recurso devolutivo, pero también reconocida por la doctrina constitucional, pedagógica, o de seducción de los justiciables con la bondad de lo que se resuelve, tiene que apuntarse:

A) De una parte, la administración concursal o los interesados valorarán la "trascendencia sustancial" para la formación del inventario o de la lista de acreedores, la cual derivará, en términos comunes, de la importancia relativa del crédito de los HH. Menesianos.

B) En términos específicos, habrán de considerar que la responsabilidad de los Sres. A. y J. puede solaparse con la que proceda en el concurso, a título de deudores suplementarios con la masa frente a los acreedores concursales. Hay que tomar en consideración que, de resultar aquellos condenados solidariamente a satisfacer un crédito social puede producirse una sustancial alteración subjetiva en la formación de las masas del concurso de la sociedad, cuando desaparezca el crédito concursal de los HH. Menesianos de la masa pasiva y aparezca el crédito de reintegro de tales administradores sociales.

C) Como se avanzaba, el crédito concursal de los HH. Menesianos no pertenece a ninguna de las rúbricas de la materia civil asignada en art. 86.ter.2 LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil --en sentido orgánicamente exclusivo, según en Bilbao--, por lo que puede producirse el inconveniente de que no se reconozca, o no se reconozca en toda su extensión, por los supuestos obligados, incluso por la administración concursal, con lo que un problema de acumulación de acción ajena a la competencia objetiva de este Juzgado, enfrentado a la norma de art. 73.1.1.º LEC, vendría a aparecer en la audiencia previa, cuando en el Juzgado del concurso nunca aparecería.": Auto JM-2 Bilbao 22.05.2007 (La Ley, 1075/2007)

2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto se le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el juez traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.

No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.

3. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior.

Artículo 52. Procedimientos arbitrales.

1. Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

Artículo 53. Sentencias y laudos firmes.

1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.
2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

Artículo 54. Ejercicio de acciones del concursado.

1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.
2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

Art. 54.2 [Caso de intervención]

1. Falta de legitimación de la administración concursal por sí sola para impugnar la lista de acreedores en otro concurso en el que la concursada es acreedora

“PRIMERO: Encontrándose la concursada “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.” en la fecha de presentación de la demanda rectora del presente incidente, 20 diciembre 2005, sometida al régimen de intervención de sus facultades de disposición y administración sobre su patrimonio, como así se admite incontrovertidamente por todas las partes, la legitimación principal para el ejercicio de las acciones de índole no personal que a aquélla le correspondan -como la que aquí nos ocupa- viene encomendada legalmente a la propia concursada que conserva su capacidad para actuar para actuar en juicio, si bien que complementada con el indispensable requisito de la conformidad de la administración concursal en cada caso (art. 54-2inciso primero). Por el contrario, la legitimación que en la presente demanda se arroga la Administración concursal de “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.” para el ejercicio de acciones en beneficio de la masa se encuentra diseñada legalmente como una legitimación subsidiaria y reservada para el único supuesto en que el deudor se negara a formular la demanda tras haber sido expresamente requerido a tal fin por dicho órgano concursal, exigiéndose asimismo una vez cumplido lo anterior un segundo requisito cual es la autorización judicial para interponer la demanda (art. 54-2inciso final).

SEGUNDO: Es cierto que el ejercicio de la acción de impugnación de la lista de acreedores viene sometida al breve plazo de diez días a computar desde los momentos previstos en los arts. 95 y 96 L.C. como dies a quo para cada uno de los casos que en ellos se recogen, pero lo anterior en modo alguno puede argüirse como obstáculo para el cumplimiento de los requisitos también exigidos legalmente cuando acontezca que uno de los acreedores recogidos en la lista de acreedores se encuentre a su vez declarado judicialmente en situación de concurso, pues para que la Administración concursal de este último concurso pueda ostentar legitimación impugnatoria deberá haber superado los requisitos arriba expuestos de encontrarse ante una negativa o al menos pasividad del concursado (acreedor en el concurso en el que se pretende entablar la acción) y de obtener autorización judicial para presentar la demanda impugnatoria, siendo lo cierto que el art. 54-2 no establece plazo alguno al respecto por lo que deberá ser la propia Administración concursal la que establezca cuál es el plazo más razonable, atendidas las necesidades de cada caso, que se concede al deudor para que se pronuncie sobre su voluntad de ejercitar la acción, recabando seguidamente y en caso de negativa la autorización judicial, lo que llevado a cabo con una prudente diligencia puede salvar la perentoriedad de los plazos impugnatorios arriba señalados. Por otra parte, una solución contraria a la expuesta supondría obviar la legitimación que la Ley Concursal adjudica con carácter preferente al deudor concursado sometido al régimen de intervención para la defensa en juicio de sus propios intereses patrimoniales.

En el caso presente, no habiendo dado la Administración concursal cumplimiento a los expuestos requisitos sólo cabe declarar su falta de legitimación para representar en el presente juicio a la masa del concurso de “Talleres Revuelta y Fernández, S.L.”, procediendo en consecuencia poner fin al proceso de conformidad con lo dispuesto en el art. 418LEC al resultar por lo demás inviable cualquier subsanación dado que a la fecha de celebración de la vista se encontraba ya

precluida la posibilidad de presentar la demanda de impugnación por la propia concursada "Talleres Revuelta y Fernández, S.L.". "Auto JM -1 Oviedo 03.07.2006 (Incidente concursal 690/2005)

3. El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa.

4. Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hicieron dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.

En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme.

Las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal.

Artículo 55. Ejecuciones y apremios.

1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Art. 55.1

0. Consideraciones sobre la finalidad y efectos de la norma

"QUINTO Puede parecer injusto que acreedores que hayan iniciado la ejecución y logrado una determinada resolución administrativa -una providencia de apremio- o judicial -el embargo de bienes del concursado- se encuentren en posición de continuar su ejecución, al margen del carácter privilegiado o no de su crédito.

Parece que la Ley en lugar de privilegiar aquellos créditos que por su especial significación merezcan ser reforzados, privilegia la rapidez de determinados acreedores que pueden acudir raudos a determinados procesos de ejecución (administrativos y del orden laboral) para satisfacer su crédito. Ello, señalan los comentaristas, puede dar lugar a que créditos a los que el legislador no atribuye especial privilegio se antepongan, de facto, a otros privilegiados e, incluso, a los créditos contra la masa (artículo 84), que pueden ver como no pueden satisfacer con bienes previamente trabados por algún acreedor que haya llevado su procedimiento de apremio o ejecución laboral a la situación procesal vista, apuntándose por alguna doctrina como única solución a este problema la interposición por esos acreedores preferentes de una tercería para hacer valer su mejor derecho en los procedimientos de ejecución singular ya iniciados, opción que otros descartan, pues la concesión de esa ejecución extraconcursal separada precisamente se establece para que esos acreedores puedan no solo continuar ejecutando sino cobrar fuera de las vicisitudes del concurso y que ese posterior concurso les repercuta en su esfera jurídica viniendo a convertir a esos acreedores en superprivilegiados": Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

1. Continuación de los procedimientos administrativos

1.1. No basta la providencia de apremio sino que, además, es necesario embargo con anterioridad a la declaración del concurso

"6. **Apremios administrativos.-** Dado que la providencia de apremio, a partir de la cual se reconoce a la Administración un derecho de ejecución separada, no contiene reseña de bienes concretos ¿Significa ello que la Administración tiene reconocido un derecho ejecución separada general o debe limitarse a bienes concretos?

Se considera, de forma casi unánime, que el artículo 55 de la Ley Concursal no atribuye a la Administración un derecho de ejecución separada de carácter universal, esto es, que pudiera recaer sobre cualquier bien o derecho. Tal conclusión no sería compatible ni con la naturaleza o el concepto tradicional del derecho de ejecución separada, ni con el hecho de que el propio

artículo 55 distinga según que los bienes sean o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Por tanto, aun cuando sea la providencia de apremio la actuación administrativa que otorgue a la Administración, si es previa a la declaración del concurso, un derecho de ejecución separada, éste sólo recaerá sobre bienes o derechos específicamente trabados también con anterioridad al concurso”: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 5)

“Segundo. La Administración concursal y la concursada coinciden en que el Juzgado de lo Mercantil tiene que ordenar la suspensión del apremio de la Seguridad Social, del cual se tiene el conocimiento referencial predicho.

La norma de empleo es el art. 55.1.pfo. 2.º «in fine» LECO, que supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial de arts. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LECO, que se corresponde con la tradicional «vis atractiva» del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso.

El precepto promociona tres campos de examen distintos, a saber:

1) Cuáles son los presupuestos de su aplicación, si basta la existencia del procedimiento administrativo y el dictado de la providencia de apremio previo a la fecha de declaración del concurso, o si se exige también el embargo previo. (...)

En cuanto a lo primero, puesto que en la originaria versión prelegislativa de este precepto --introducida en el Anteproyecto por la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda-- no existía referencia al embargo, como luego se aceptó relativo al laboral en el mismo texto, pudiera sostenerse que el exclusivo elemento requerido con anterioridad a la declaración del concurso para que pueda no suspenderse el procedimiento administrativo es el dictado de providencia de apremio, pero ello no encuentra un apoyo exegético terminante en la literalidad de la norma promulgada (sólo el femenino «en las que se hubieren embargado», que parece no referirse a los procedimientos administrativos sino sólo a las ejecuciones laborales), y además, resulta tan ajeno a toda la tradición jurídica (de la fecha del embargo como prioridad en la concurrencia), como perfectamente inconsecuente. Si la providencia de apremio no afecta uno o algunos bienes del patrimonio del deudor, y dictada, aun sin notificar, permitiera luego, con independencia de que se declarara el concurso, apremiar cualquier cosa o derecho de la masa activa, no se produciría una salvedad a la suplencia ejecutiva por las soluciones concursales --convenio o liquidación-- fundada en la previa «especialización» de la responsabilidad de un bien para el crédito (en parangón con las garantías reales, pero con raíz procesal), sino una excepción absoluta del principio de universalidad del concurso, como suerte de privilegio del procedimiento administrativo frente a lo jurisdiccional, difícilmente justificable.

Por ello, debe entenderse que la excepción legal es la providencia de apremio en el procedimiento de la Recaudación, simultánea o seguida de un embargo antes de la declaración de concurso del bien que deba entrar en la masa activa, pero que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.” Auto JM-1 Alava (Vitoria) 28.11.2005 (AC 2006/301)

“SEGUNDO: En el presente supuesto es un elemento admitido que las providencias de apremio son anteriores a la declaración de concurso y que los derechos de crédito embargados también son anteriores pues se produce en fecha de 18 de abril de 2005, mientras que el auto de declaración de concurso lo es de 4 de mayo de 2005.

De esta forma nos encontramos dentro del supuesto previsto en el artículo 55 LC y por tanto considerando que no sólo es necesaria la providencia de apremio sino también el embargo concreto de un bien o derecho para poder entrar en el análisis de la necesidad o no del bien para la continuidad de la actividad.”: **Auto JM-1 Málaga 22.07.2005 (Concurso 79/2005)**

“PRIMERO Que el artículo 55.1º de la Ley Concursal, precepto citado como infringido por las recurrentes, establece, de un lado, la imposibilidad de iniciar ejecuciones singulares ni apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor una vez declarado el concurso. Como excepción, el apartado segundo dispone que «podrán continuar aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor». Dicho precepto no se ve alterado ni por la Ley General Tributaria ni por el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, pues la primera, en el artículo 164.2º, y el segundo, en el artículo 50.3º, se remiten, en las situaciones concursales, a los dispuesto en la Ley 22/2003, de 22 de julio, Concursal. La alusión en el artículo 164.1º, apartado b), de la Ley General Tributaria,

a la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con otros «procedimientos concursales o universales de ejecución», sólo puede venir referida a procesos concursales iniciados con anterioridad a la vigente Ley Concursal, que supera la diversidad de instituciones concursales, de tal suerte que hoy nuestro Ordenamiento sólo contempla un solo procedimiento aplicable a cualquier deudor y a todo tipo de insolvencias. Pues bien, a la vista del tenor literal del artículo 55.1º, párrafo segundo, entiendo que el derecho de ejecución separada que la norma reconoce exige no sólo la existencia de una providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, sino también el embargo, también anterior al concurso, de bienes concretos que el Juzgado de lo Mercantil, en último término, considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. No parece que el propósito del Legislador haya sido atribuir a la Agencia Tributaria o a la Tesorería General de la Seguridad Social, si la providencia de apremio es anterior al concurso, un derecho de ejecución separada universal, que les autorice a perseguir cualquier bien o derecho que no sea necesario para la continuación del negocio, incluido todo aquello que se pudiera obtener o liquidar durante el procedimiento concursal. El artículo 55 acota o limita tal derecho al emplear las palabras «siempre que los bienes objeto de embargo» sean de determinada naturaleza, limitación que alcanza a la ejecución laboral y a la administrativa. Por tanto, el privilegio procesal de la ejecución separada sólo se extenderá a aquellos bienes trabados con anterioridad a la declaración del concurso que no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Las dudas que surgen de la interpretación literal de la norma han de resolverse optando por la interpretación más favorable al interés superior del conjunto de acreedores o, dicho de otro modo, ha de prevalecer una interpretación restrictiva del privilegio procesal de las Administraciones Públicas. “: Auto JM-2 Barcelona 24.05.2006 (AC 2006/1261)

1.2 En las ejecuciones administrativas que prosigan durante el concurso sólo podrán embargarse bienes que no sean necesarios

“PRIMERO.- Seguido procedimiento administrativo de ejecución frente a la entidad concursada, por deudas con la Seguridad Social, en el mismo se dictó providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, embargándose con posterioridad a dicha declaración, bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial de la sociedad en concurso –extremo éste último sobre el que existe acuerdo entre las partes-, en concreto una serie de máquinas afectas al proceso productivo.

La Administración Concursal solicita el levantamiento del embargo, por considerarlo nulo ex art. 55.3 de la Ley Concursal (LC)

La TGSS pide su mantenimiento, por entender que, al haberse dictado providencia de embargo antes de declararse el concurso, de conformidad con el art. 55.1 LC, el apremio puede continuar y el embargo sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad es válido, aunque el embargo no pueda ser ejecutado

SEGUNDO.- Aunque el art. 55 LC no es claro en este punto, debe entenderse que en los procedimientos administrativos de apremio susceptibles de continuar su tramitación pese a la declaración de concurso del ejecutado, no pueden embargarse los bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad empresarial de la sociedad en concurso; de llevarse a cabo tal embargo ha de declararse nulo y proceder a su alzamiento.

Tal interpretación es la más coherente con el sistema general diseñado por la Ley Concursal.

En caso de alcanzarse un convenio, la eventual subsistencia de embargos sobre bienes necesarios es radicalmente contraria al fin de continuidad de la empresa que se quiere alcanzar mediante el pacto entre el deudor y sus acreedores,

No resulta lógico mantener la posibilidad de que todo o parte del activo necesario para dar continuidad a la empresa pueda estar sujeto a embargo, pues ello supondría una seria traba –nunca mejor dicho- en el desenvolvimiento de la actividad empresarial y en orden a facilitar el cumplimiento del convenio alcanzado, dado que, entre otros efectos perniciosos, los bienes embargados quedarían de facto excluidos del tráfico económico,

En caso de liquidación concursal (incluido el caso de incumplimiento de Convenio). el organismo embargante queda sujeto a le misma –como los acreedores por su orden, cosa que es inconciliable con el mantenimiento de cualquier embargo sobre los bienes a liquidar.

TERCERO.- De lo anterior se extrae sin dificultad que cuando el art. 55 LC nos dice que "Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio... siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor" está disponiendo que en las ejecuciones administrativas que prosigan durante el concurso sólo podrán embargarse bienes que no sean necesarios y, en sentido contrario, que no podrán embargarse bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad del concursado.

De contravenirse esto último, el embargo habrá de ser levantado (art. 55.3 LC), que es lo que procede en este caso.”: Sentencia JM-1 Pamplona 16.11.2005 (Incidente Concursal 239/2005)

1.3 Imputación de los importes que se obtengan en la ejecución separada a los créditos que motivaron el embargo

“Cuarto.- Sobre la segunda cuestión es interesante fijar algunos hechos que no son objeto de discusión:

1) La Agencia Tributaria tiene reconocido un crédito con privilegio general de los previstos en el artículo 91.4 de la Ley Concursal por la suma de 97.220'45 euros.

2) La Agencia Tributaria tenía embargados los derechos que pudieran corresponder a TEIXITS ORATAM S.L. en la suspensión de pagos de la mercantil TYBOR S.A.; ese embargo, según auto dictado por este mismo juzgado dentro del concurso el 4 de julio de 2006 no podía ser alzado ya que el artículo 55 de la Ley Concursal permitía continuar a la administración pública la ejecución de aquellos procedimientos en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de la fecha de la declaración de concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no fueran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

3) Las gestiones realizadas por la administración concursal en la suspensión de pagos de TYBOR S.A. determina que se hayan entregado a la Agencia Tributaria, se hayan pagado 38.872'90 euros.

La cuestión a resolver en este punto es la de determinar si el pago hecho en la suspensión de pagos debe disminuir la partida considerada como crédito concursal con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley concursal o sí, como consecuencia del derecho a la ejecución separada reconocido en el artículo 55 de la Ley Concursal la Agencia Tributaria puede y debe aplicar esas cantidades a los créditos por los cuales hubiera iniciado el apremio y trabado el embargo.

La solución a este conflicto no puede darse en el marco del artículo 91.4 de la Ley Concursal y el 156 del mismo texto en cuanto al pago de los privilegios generales, sino en el marco del artículo 55 de la Ley Concursal que permite a los acreedores laborales o administrativos continuar con la ejecución separada si han trabado embargo o iniciado la vía de apremio antes de la declaración de concurso. Ejecución separada que permite a dicho acreedor eludir las reglas de prelación o preferencia concursal y seguir con su ejecución fuera del concurso sin otro riesgo de que un acreedor con mejor derecho pueda acudir a esa ejecución separada a oponer la correspondiente tercería.

La doctrina hace referencia a esa ejecución separada como un “privilegio procesal” que no tiene porqué corresponder con el privilegio sustantivo derivado de la clasificación del crédito en el concurso, así el profesor BELLIDO – comentario de la Ley Concursal en la obra colectiva coordinada por los profesores ROJO y BERTRÁN – advierte que por esta vía la administración pública podría incluso ver satisfecho un crédito que en el marco del concurso pudiera ser considerado subordinado, satisfacción que se antepondría no sólo a los créditos concursales sino también los de la masa.

Por lo tanto reconocido el derecho a culminar la ejecución ya iniciada parece indudable que el bien trabado – en este caso el pago de lo que por convenio le correspondía en la suspensión – debe aplicarse a los créditos por los cuales se trabó dicho embargo, sean del tipo que sean, sin que deba aplicarse de modo automático a los créditos con privilegio general de carácter público clasificados conforme al artículo 91.4 de la Ley Concursal. En este sentido deben aceptarse las objeciones de la Abogacía del Estado.”: SJM-3 Barcelona 23.05.2007 (Incidente Concursal 189/2007)

1.4 Improcedencia de conflicto de jurisdicción por causa de que el embargo administrativo, posterior al concurso, ha devenido firme al no ser impugnado por la Administración Concursal

“Primero.-Son circunstancias relevantes, en el orden temporal, para la resolución de este litigio, las siguientes:

a) El 15 de julio de 2004, 18 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2004, se dictaron providencias de apremio, para el cobro del Impuesto sobre Actividades Económicas, del Ayuntamiento de ejercicio 2004, contra la entidad concursada Tornifre, S.A., por el Órgano de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona, e importe de 2.575.05 euros.

b) El 28 de febrero de 2005 se acordó el embargo de las cantidades necesarias para el pago con cargo a la cuenta corriente de la entidad deudora, que tuvo entrada en la oficina bancaria correspondiente el 7 de marzo.

c) El Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona había acordado, por auto de 8 de febrero de 2005 la declaración de concursada de la deudora.

d) El administrador del concurso en escrito de 15 de marzo de 2005, manifiesta al órgano jurisdiccional haber tenido conocimiento del embargo practicado por el Órgano de Gestión Tributaria, solicitando el planteamiento del conflicto pertinente.

e) Por auto de 17 de mayo de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición a la A.E.A.T., modificando el requerimiento por Auto de 16 de junio de 2005.

Segundo.-Los artículos 7.º y 8.º de la L.O. 2/87 prohíben que se susciten conflictos de jurisdicción en todos aquellos asuntos que hayan sido resueltos por resolución judicial firme o

acto que haya agotado la vía administrativa, salvo que el conflicto verse únicamente sobre la competencia para la ejecución de esos actos y resoluciones. Esta prohibición ha de entenderse extensible, incluso, a los supuestos en que se hubiese procedido indebidamente en perjuicio de la competencia del organismo requeriente, si es que la interpelación se produce cuando el acto indebidamente realizado ha agotado sus efectos.

Constituyen precedentes concretos sobre este mismo tema las Sentencias de este Tribunal de 17 de noviembre de 1.992 y 22 de junio de 1998, casos en los que se declaró la improcedencia en el planteamiento del conflicto en razón de que el órgano que había trabado el embargo con posterioridad había consumado, sin embargo, su actividad -la jurisdiccional en ambos supuestos-, al haber ya adjudicado los bienes o hecho entrega del metálico obtenido a sus destinatarios, pese a hallarse sujetos los bienes a un embargo decretado con anterioridad por la Administración.

La razón de las decisiones mencionadas no podía ser más evidente: a este Tribunal no le corresponde extenderse en cuestiones ajenas al conflicto planteado (artículo 17 de la L.O. 2/87), y ha de limitar su fallo a resolver a cuál de las dos autoridades en discrepancia corresponde seguir conociendo, o dejar de hacerlo, de la cuestión sobre la que dicha controversia se plantea. De manera que si la actuación controvertida ha concluido, el conflicto carece razón de ser, tanto desde el punto de vista meramente especulativo como estrictamente normativo (artículos 7.º y 8.º).

Tercero.-En el asunto que decidimos, y a la vista de como han sucedido los hechos, no ofrece dudas que cuando el 16 de junio de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición por el embargo de la entidad declarada en estado de Concurso voluntario, este acto, el del embargo, había devenido en acto firme, al que le son aplicables los preceptos de la Ley de Conflictos antes invocados, pues habiendo tenido el administrador del Concurso conocimiento del embargo el 15 de marzo, y no habiendo interpuesto recurso administrativo contra él, el embargo efectuado se había convertido en acto firme, consentido e inatacable en al fecha de 16 de junio de 2005, que es cuando el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición al Organismo de Gestión Tributaria.

En consecuencia: FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos improcedente el presente conflicto de jurisdicción, sin que haya lugar a conocer del mismo. “: Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 19.10.2005 (BOE 13.03.2006) (CONFLICTO de jurisdicción n.º 5/2005, suscitado entre el Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona y el Juzgado de lo Mercantil n.º 4, de Barcelona.)

“PRIMERO Son circunstancias relevantes, en el orden temporal, para la resolución de este litigio, las siguientes:

- a) El 15 de julio de 2004, 18 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2004, se dictaron providencias de apremio, para el cobro del Impuesto sobre Actividades Económicas, del Ayuntamiento de ejercicio 2004, contra la entidad concursada Tornifre, SA, por el Órgano de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona, e importe de 2.575.05 euros.
- b) El 28 de febrero de 2005 se acordó el embargo de las cantidades necesarias para el pago con cargo a la cuenta corriente de la entidad deudora, que tuvo entrada en la oficina bancaria correspondiente el 7 de marzo.
- c) El Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona había acordado, por auto de 8 de febrero de 2005 la declaración de concursada de la deudora.
- d) El administrador del concurso en escrito de 15 de marzo de 2005, manifiesta al órgano jurisdiccional haber tenido conocimiento del embargo practicado por el Órgano de Gestión Tributaria, solicitando el planteamiento del conflicto pertinente.
- e) Por auto de 17 de mayo de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición a la A.E.A.T., modificando el requerimiento por Auto de 16 de junio de 2005.

SEGUNDO Los artículos 7º y 8º de la LO 2/87 prohíben que se susciten conflictos de jurisdicción en todos aquellos asuntos que hayan sido resueltos por resolución judicial firme o acto que haya agotado la vía administrativa, salvo que el conflicto verse únicamente sobre la competencia para la ejecución de esos actos y resoluciones. Esta prohibición ha de entenderse extensible, incluso, a los supuestos en que se hubiese procedido indebidamente en perjuicio de la competencia del organismo requeriente, si es que la interpelación se produce cuando el acto indebidamente realizado ha agotado sus efectos.

Constituyen precedentes concretos sobre este mismo tema las Sentencias de este Tribunal de 17 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9671) y 22 de junio de 1998 (RJ 1998, 798), casos en los que se declaró la improcedencia en el planteamiento del conflicto en razón de que el órgano que había trabado el embargo con posterioridad había consumado, sin embargo, su actividad ?la jurisdiccional en ambos supuestos?, al haber ya adjudicado los bienes o hecho entrega del metálico obtenido a sus destinatarios, pese a hallarse sujetos los bienes a un embargo decretado con anterioridad por la Administración.

La razón de las decisiones mencionadas no podía ser más evidente: a este Tribunal no le corresponde extenderse en cuestiones ajenas al conflicto planteado (artículo 17 de la LO 2/87), y ha de limitar su fallo a resolver a cuál de las dos autoridades en discrepancia corresponde

seguir conociendo, o dejar de hacerlo, de la cuestión sobre la que dicha controversia se plantea. De manera que si la actuación controvertida ha concluido, el conflicto carece razón de ser, tanto desde el punto de vista meramente especulativo como estrictamente normativo (artículos 7º y 8º).

TERCERO En el asunto que decidimos, y a la vista de como han sucedido los hechos, no ofrece dudas que cuando el 16 de junio de 2005 el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición por el embargo de la entidad declarada en estado de Concurso voluntario, este acto, el del embargo, había devenido en acto firme, al que le son aplicables los preceptos de la Ley de Conflictos antes invocados, pues habiendo tenido el administrador del Concurso conocimiento del embargo el 15 de marzo, y no habiendo interpuesto recurso administrativo contra él, el embargo efectuado se había convertido en acto firme, consentido e inatacable en la fecha de 16 de junio de 2005, que es cuando el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona requiere de inhibición al Organismo de Gestión Tributaria.”: Sentencia TCJ 23.01.2006 (RJ 2007/1976; conflicto 1/2006)

1.5 Resolución de conflicto de jurisdicción a favor del Juzgado de lo Mercantil

“Antecedentes de hecho.- Primero.—Por Auto de 3 de enero del 2005, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictado en Procedimiento Concurso Ordinario, ordenó dejar sin efectos los embargos decretados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre bienes y derechos, abierto a la Entidad «Unión Deportiva Las Palmas S. A. D.». Al considerar que dichas resoluciones invadían las competencias atribuidas a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Delegado Especial de la misma en Canarias, y remitió al órgano jurisdiccional «oficio de inhibición» a fin que se inhibiera en su jurisdicción.

Segundo.—Mediante Auto de 16 de mayo de 2005, el juez del Juzgado de lo Mercantil acordó rechazar el requerimiento de inhibición formulado y mantener la jurisdicción, disponiendo oficiar al órgano administrativo requirente y anunciándole que quedaba planteado formalmente el presente conflicto de jurisdicción y la remisión a la Sala de Conflictos de las actuaciones. (...)

Fundamentos de Derecho.- Primero.— El conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento de concurso ordinario, entre la entidad «Unión Deportiva Las Palmas» y la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Canarias, debe decidirse, de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal, en favor del Juzgado de lo Mercantil. Al respecto, cuando se analiza la posición de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales, se la reconoce una posición privilegiada, tanto en la vertiente formal y procedimental, como en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario respecto de otros créditos en orden a la prelación para su cobro, al modo de un privilegio material y sustantivo, que ha tenido y puede tener una justificación, en aras a la mejor consecución o logro del interés público y aún, se mantiene tal situación privilegiada en orden a la ejecución separada en ámbitos propios de la ejecución de créditos tributarios, pero tal posición privilegiada carece de fundamento cuando se examina desde la perspectiva procesal, como sostiene el Ministerio Fiscal, por cuanto debe rechazarse todo intento de mantener una situación privilegiada cuando la cuestión se centra, en definir el órgano jurisdiccional o administrativo que ha de conocer de cuestión o de materia residenciable en sede jurisdiccional, respecto a cuya cuestión ha de partirse del significado y generalidad del sometimiento de tales cuestiones al orden jurisdiccional competente por razón de la materia, sin pretendidos privilegios jurisdiccionales o procesales que no cuentan con una base firme constitucional y que impliquen una quiebra inherente al Estado de Derecho, definido constitucionalmente. Siendo así, en el presente caso, como razona con fundamento el Ministerio Fiscal, que comparte este Tribunal de Conflictos cuantos alegatos se hacen a favor del sometimiento de la cuestión a la jurisdicción, entrañarían una pretendida posición privilegiada que, no es menester para la defensa de intereses públicos ni menos para el singular que está en la base del conflicto planteado. De aquí que el conflicto debe ser decidido a favor del Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas.

En consecuencia: FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos que procede resolver el presente conflicto de jurisdicción a favor del Juzgado de lo Mercantil número 1 de las Palmas de Gran Canaria.”: Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 19.10.2005 (BOE 22.11.2005) (CONFLICTO de jurisdicción n.º 4/2005, suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de las Palmas de Gran Canaria y la Delegación Especial Agencia Estatal de la Administración Tributaria)

2. Concepto de bien necesario

“B) ¿Qué bienes o derechos, de los embargados a la UD Las Palmas, resultan necesarios para la continuidad de su actividad empresarial? Dejando fuera, lógicamente, todas las garantías a favor de los acreedores que tengan naturaleza real (a las que se refieren los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal), este Juzgador considera que el levantamiento de los embargos que se solicita por los administradores concursales ha de quedar referido a aquéllos que recaigan sobre dinero en efectivo o sobre derechos directamente transformables en dinero en efectivo,

tales como patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, al entender que los mismos son absolutamente imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial de la UD Las Palmas. Es evidente que en el caso de la UD Las Palmas, el inmediato ingreso de dinero en efectivo, ahora paralizado por los embargos que pesan sobre derechos tales como los patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, resulta fundamental, no ya para la continuidad de la actividad empresarial, sino incluso para la propia subsistencia de la entidad. Hay que tener en cuenta que, tratándose, como aquí sucede, de un club de fútbol, los únicos ingresos actuales de la entidad para afrontar los elevados gastos ordinarios de la entidad (unos 500.000 euros mensuales), provienen de la venta de entradas para los partidos (cada dos semanas) y la venta de abonos de media temporada, conceptos éstos que, a la altura del campeonato en que nos encontramos (a punto de iniciar la segunda vuelta), resultan absolutamente insuficientes. Es por ello que el alzamiento de los embargos que pesan sobre los derechos directamente transformables en dinero en efectivo constituye una medida necesaria e imprescindible para la prolongación de la actividad empresarial de la UD Las Palmas.”: Auto JM-1 Las Palmas 03.01.2005

“En una concepción amplia es evidente que todo bien, incluido el metálico, va a resultar necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional cuando esté directamente relacionado al sistema de producción o de comercialización. En el presente caso nos encontramos con una entidad cuyo objeto social es el sector inmobiliario (compra venta e intermediación). El flujo monetario implica por tanto que la liquidez resulta esencial al objeto mismo de la actividad pues no es posible comprar sin tener líquido e igualmente el líquido obtenido puede resultar de la intermediación y por tanto de cantidades dadas a cuenta para las compraventas que se hayan formalizado. En caso de tratarse de ingresos por beneficios de la intermediación es más discutible su naturaleza necesaria. Sin embargo hemos de tener en cuenta las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 LC. En el primero se refiere a " bienes objeto de embargo que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", mientras que el segundo habla de " bienes afectos a la actividad profesional". El primero comprendería entonces todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y por tanto también el metálico, siempre que no resulte de excedente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa.- El segundo quedaría limitado a los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor. (...) “TERCERO: Este último es el punto esencial que se discute y respecto del que, elocuentemente y profesionalmente, realiza el letrado de la Administración Tributaria, haciendo un análisis pormenorizado de lo que denomina bienes necesarios (donde han de incluirse- al contrario de lo que afirma el citado letrado- tanto bienes como derechos por la vía de la clasificación de bienes muebles e inmuebles que realiza el código civil y a la que hace referencia) partiendo de una clasificación en bienes necesarios de primer grado (los del inmovilizado) y de segundo grado (los del ciclo financiero). Clasificación que este juzgador comparte partiendo además de que la determinación ha de realizarse teniendo en cuenta dos apartados más:

1º. Por un lado la distinción entre bienes necesarios y afectos que realizan los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal y a la que hemos hecho referencia. Siendo así que los primeros suponen una concepción amplia y los segundos una estricta. Esta última vendría referida esencialmente al inmovilizado mientras que en la primera podríamos situar tanto el inmovilizado como el activo circulante.

2º. Que dentro de los bienes necesarios a los que hace referencia el artículo 55 LC hemos de realizar un análisis no sólo - en los términos realizados por la administración- respecto de la situación contable o económica de la sociedad concursada sino también respecto de la posición que los bienes embargados ocupan en el ciclo financiero de la empresa de tal forma, como ya se ha dicho, que la necesidad queda descartada cuando el destino se dirige a beneficios o para pagos ordinarios (sujetos estos últimos al régimen concursal) pero se pone de manifiesto cuando de no utilizar esos bienes o derechos embargados es de difícil concreción un convenio o una liquidación ordenada. De esta forma la existencia de un embargo de bienes o dinero, como único bien, aunque cumpla los requisitos temporales previstos en la norma, conllevaría la necesidad establecida en la norma cuando, de no declararse así, la viabilidad futura de cualquiera de las dos soluciones anteriores a los efectos de la continuidad de la actividad resultara afectada gravemente.

Partiendo por lo tanto de lo anterior hemos de poner de manifiesto que existe:

a) Una anterior resolución en donde se acuerda la declaración de bien necesario de un embargo de dinero que permite dar liquidez a la sociedad concursada si bien es necesario que en el hacer de la administración se reestructure la empresa encaminándola hacia la conclusión de un convenio o una liquidación ordenada.

b) Que se ha puesto de manifiesto por la administración tributaria el reconocimiento de la consideración como bienes necesarios de los derechos de crédito embargados, sólo en los supuestos en que la entidad no obtuviera por otras vías liquidez suficiente para garantizar su continuidad, es decir, cuando no haya otras fuentes alternativas de obtener liquidez. Y ello conlleva que no basta, por la administración concursal, una mera alegación respecto de la existencia del embargo, sino la justificación- que no se ha realizado- de la necesidad del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial.

Por último también cabe reseñar que el embargo de dichos derechos de cobro realizados temporalmente en los términos del artículo 55 LC en nada afectan a la continuidad de la actividad, por otro lado garantizada al mínimo con la resolución referida respecto de la necesidad de los bienes consistentes en dinero embargado, pues lo que no se puede pretender es mantener la empresa o la actividad como si nada hubiera ocurrido, cuando está en una situación de concurso. Y esto es lo que pretende el legislador evitar cuando excepciona de los supuestos de suspensión de ejecuciones los referidos en los artículos 55 y 56 de la LC. No debemos olvidar que nos encontramos con una sociedad concursada cuyo objeto es la intermediación en la actividad inmobiliaria y que por tanto el destino final de los bienes embargados es el que ha de determinar la necesidad, en estos supuestos y conforme se ha dicho, a los efectos del artículo 55 LC. Destino que no ha justificado la Administración concursal pero que, con la resolución referida anterior, se incompatibiliza con el mantenimiento de la actividad tanto en lo referido a personal como respecto del inmovilizado pues el mismo ya se ha garantizado. De procederse de forma contraria o bien la deudora paga voluntariamente o bien se deberá exigir dicho pago y una vez dentro de la masa ese dinero no iría al mantenimiento necesario de la actividad sino a una ordenación de pagos en mayor cuantía o con menor espera, tanto en convenio como en liquidación, pero no a garantizar la continuidad de la actividad que inicialmente ya se ha garantizado. “: **Auto JM-1 Málaga 22.07.2005 (Concurso 79/2005)**

“La norma de empleo es el art. 55.1.pfo. 2.º «in fine» LECO, que supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial de arts. 86.ter.1.3.º LOPJ y 8.3.º LECO, que se corresponde con la tradicional «vis atractiva» del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso.

El precepto promociona tres campos de examen distintos, a saber: (...)

2) Asumiendo esa última exigencia, la determinación de algo no fácilmente objetivable, sino ambiguo y valorativo, que es el carácter necesario del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. (...)

Tiene que partirse de que corresponde una interpretación «ad restringenda» como excepción de separación ejecutiva frente a los principios de universalidad y de fuerza atractiva de la competencia del Juez del concurso. Pero por otro lado, si se asume que el concursado es insolvente, difícilmente puede concebirse un ámbito de bienes o derechos que no le sea necesario en concreto de cara a una continuidad, bien de perduración de la empresa, en la misma titularidad o trasladándola, bien para hacer frente a los créditos contra la masa mientras se conserva en orden a su liquidación.

Porque lo más sencillo es identificar bienes del patrimonio del concursado que no están afectos a su actividad, como puede ser la vivienda particular de la persona natural con una profesión que se ejerce en otro local, o las cosas muebles de una sociedad mercantil que disfrutan los administradores sociales o altos directivos, sin ligamen con el negocio en sí. De suyo, el art. 56.1 LECO consagra la noción de bienes no afectos, perfectamente perseguibles con separación por los titulares de garantías reales sobre ellos, o asimilados derechos gravitantes, como sugerencia de que las entidades financieras, dedicadas profesionalmente al crédito, puedan acaso mitigar el endurecimiento de las condiciones crediticias que se propicia para empresas en crisis, por la perspectiva del plazo de «enfriamiento» desde la declaración del concurso (aumento del gastos de las hipotecas por incremento de la garantía en el año de intereses de dicho plazo, elevación de los tipos, penalización de la movilización de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, peores condiciones por el peso de las mayores provisiones por insolvencia, etc.), con la elección de unos ciertos bienes realizables a pesar del concurso, si los hubiera, como objeto de garantía.

Integrando los dos primeros apartados del art. 56 LECO, surge la inteligencia de que el sector de bienes no afectos susceptibles de realización forzosa a pesar del concurso es un círculo distinto del de bienes, aunque a afectos, dentro de los que pueden discernirse aquéllos no necesarios para la continuidad. Así los bienes no afectos siempre serían irrelevantes para dicha continuidad, y de los afectos, entre los relevantes, sólo algunos además necesarios. Únicamente así es razonable que la ejecución por créditos garantizados sobre estos segundos pueda continuar, pero nunca iniciarse, pendiente el concurso.

La razón de ser las ejecuciones separadas administrativas o laborales, y de la realización de garantías reales, como se percibe, tiene sus coincidencias. El embargo, en tanto que especialización en el valor de un bien determinado, que lo afecta a la resultancia del proceso y

dota de reipersecutoriedad, concede una condición de adherencia o «realidad» como la de las garantías reales. Y si el bien embargado no compromete las posibilidades conservativas del procedimiento concursal, al no resultar necesario para la continuidad de la empresa, la diligencia y gastos evidenciados con el embargo madrugador, por preceder a la constitución de la masa activa, se recompensa con una vía de satisfacción rápida en el valor de lo trabado. Por añadidura, los créditos laborales y de la recaudación administrativa están dotados en su mayoría de un privilegio muy intenso, basado en su función social --aunque la separación ejecutiva es un beneficio procesal, que no requiere la constancia de privilegio material alguno--, y tanto la ejecución social como el procedimiento administrativo de apremio, son especiales orgánicamente respecto a la ejecución civil, e informados por principios de oficialidad y celeridad, siendo que la Administración pública adolece de una institucional falta de agilidad, y los trabajadores nulo acceso al mercado de las garantías crediticias respecto del crédito frente al empresario.

Como corolario de lo expuesto, no puede concebirse una excepción que nunca o prácticamente nunca pueda darse, dentro de los bienes afectos a la actividad del concurso, como resultaría de arbitrar un método de aproximación al «bien necesario para la continuidad» de tipo casuista y circunstancial, ya que nada afecto deja de ser necesario para que continúe una actividad aquejada de insolvencia.

A juicio del disponente, el bien necesario ha de serlo por hipótesis, y ligado al proceso productivo, como sirve de apoyo el referente análogo del art. 275.1 LPL, de los bienes que, siendo los susceptibles de embargo e inviable la satisfacción de los créditos por la empresa deudora, en aras de la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, puede dar lugar a la suspensión de la ejecución, a solicitud del FOGASA, y declaración de insolvencia que se suele denominar «técnica», para abono de prestaciones de garantía salarial. Lo necesario es lo que, con independencia de la situación financiera y patrimonial del concursado, no puede expropiarse sin paralización de su actividad, y no lo que precisamente por dicha situación contribuiría a la continuidad, que es virtualmente todo.

Así, el inmovilizado tangible o intangible de una empresa será necesario por hipótesis para mantener el proceso de producción de bienes o servicios, y no lo será el almacén de existencias, cuyo destino es, en el giro de la actividad, enajenarse. Parecería más discutible la catalogación de los créditos y los fondos dinerarios. Pero tampoco éstos son por hipótesis inexcusables para producir, y si la empresa fuera solvente, no dejaría de tener actividad. La necesidad para «salvar» la empresa no es la necesidad para que continúe, prescindiendo del salvamento, que por definición siempre se necesita para una empresa insolvente.

El concurso aúna el interés del conjunto de los acreedores en verse satisfechos en la mayor medida, el de la composición de la empresa por mantenerse, que incluye el interés del mercado en mantener el tejido empresarial, y el del empleo de los trabajadores como colectivo, y en fin, el del deudor, por sobrevivir, o iniciar otros proyectos con el mínimo de rémoras por el fracaso previo. Pero también está la tutela del interés público funcional del crédito de la Recaudación. En este caso, como en el del interés individual del trabajador embargante, protegiendo el crédito que ya ha individualizado bienes de responsabilidad, indirectamente se atiende, también, a la satisfacción y protección de los servicios públicos, y del empleo.

Por ello, no es necesario a estos efectos el crédito embargado de Covitra, S.L. frente a Ikastola Armentia.": Auto JM-1 Alava (Vitoria) 28.11.2005 (AC 2006/301)

“Solo cabe continuar la ejecución al margen del concurso «siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor». Ello plantea determinar a qué bienes se refiere y a quién le corresponde determinarlo

En cuanto a la cuestión primera-qué bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor la Ley no dice nada y parece que habrá que considerar como tal aquel que resulte preciso para el fin al que se dedica el concursado, si hace falta para cumplir ese fin, de forma que tal que si se prescinde de él no es posible alcanzarlo, sirviendo como pauta interpretativa el art. 275 LPL («1. Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de la ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora) y 606.2º LECiv "Son también inembargables:2º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada" sin olvidar que al ser la ejecución separada una excepción, debe ser interpretada de forma estricta y por ende, debe entenderse en un sentido amplio la necesidad, pero sin que pueda serlo de manera tal que devenga una norma superflua al ser tan amplio que no sea posible encontrar supuestos no encuadrados en el mismo, pues todo en principio deviene adecuado para la actividad, sin que baste la mera afección a la actividad empresarial, ya que la Ley exige un plus (necesidad) y son categorías distintas, como lo pone de relieve una interpretación sistemática de este precepto (art. 55) con el art. 56 relativo a la suspensión de

subastas ya anunciada de bienes sujetos a garantía real». ”: Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

2.1 Si cesó la actividad, no puede haber bienes necesarios para su continuidad

“La Sala estima a la vista del contenido del auto dictado por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, que si el embargo por dicho Juzgado fue decretado el 15 de marzo de 2.004, mientras que la declaración del concurso voluntario de Silmar 2.001 S.L. fue acordado mediante auto de 15 de octubre de 2.004, la interpretación efectuada del art. 55 de la Ley 22/2.003 de 9 de julio, por el Juzgado de lo Social nº 3 no puede ser más que compartida. Se hace referencia en el mismo además que en la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha 10.01.2.005 figuraba de baja desde el 29.2.2004 por carecer de trabajadores, además reconociendo la empresa que carece de actividad, luego ya “los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”, y el proceso de ejecución iniciada por el Juzgado de lo Social podrá continuarse, por ser una excepción prevista en la Ley. Además los comentaristas del precepto reseñado, estiman que se debe acudir a criterios estrictamente objetivos, y nadie más capacitado para saber si se ha paralizado la actividad que el propio Juzgado de lo Social, que así lo constató, y que ulteriormente se ratificó. La ejecución laboral separada reconocida como excepción en el art. 55 nº 1 deber de ser mantenida, y que tiene consecuencias prácticas como se reseña por la apelante.”: Auto AP Lugo 18.05.2006 (JUR 2006/198743)

“**SÉPTIMO** Solicita la deudora que se suspenda la subasta del principal elemento patrimonial de la sociedad, es decir, el inmueble conocido como «Castillo de Butrón», que la Tesorería General de la Seguridad Social tiene prevista para el día de mañana. Alega que puesto que dicho inmueble es el único objeto de explotación de la sociedad, que se dedica a arrendarlo, concurre el supuesto previsto en el art. 55.1 y 2 de la Ley concursal.

Esta norma dispone, en efecto, que puede continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En este caso de la petición de la deudora lo que no se desprende es que haya continuidad de la actividad empresarial. Como manifiesta en su escrito, ya no tiene trabajadores. Se deduce de los datos aportados, que ha habido varios procedimientos judiciales y administrativos que persiguieron bienes del Castillo de Butrón, SA, que han prosperado y que por ello se encuentra la sociedad en situación de insolvencia.

Así se narra en la memoria como se estimaron las pretensiones de los trabajadores de Estudios Arriaga, SA ante el juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, declarándose la responsabilidad de la hoy deudora. También se indica como esta sociedad fue declarada en quiebra y sus síndicos presentaron y han obtenido en primera instancia la estimación de una acción de reintegración a la masa de la quebrada, por lo que Castillo de Butrón, SA adeuda a Estudios Arriaga, SA en quiebra una cantidad de alguna importancia, aunque la sentencia esté recurrida.

Luego se explican las vicisitudes del expediente de la Seguridad Social, las derivaciones de responsabilidad desde las diversas sociedades involucradas hacia Castillo de Butrón, SA, los intentos de suspensión de la subasta que se celebrará mañana y la imposibilidad de obtenerla.

Pues bien, el conjunto de explicaciones contenidas en la memoria, de las indicaciones realizadas en la solicitud, de la inexistencia de trabajadores y del resto de la documental presentada, lo que se deduce es que Castillo de Butrón, SA carece, sencillamente, de actividad. Es una sociedad sin duda en situación de insolvencia, que pretende la liquidación pues ha presentado un plan en tal sentido, pero que no continúa el ejercicio de su objeto social, aunque es titular de un bien inmueble de indudable valor.

En consecuencia, no concurre el requisito que dispone el art. 55.1, es decir, el bien objeto de embargo no resulta necesario para la continuidad de la activada empresarial, porque ésta hace meses que no existe. En realidad todo apunta a que la petición de declaración de concurso lo que persigue esencialmente es la suspensión de la subasta que ha de celebrarse mañana, empeño comprensible pero que no puede ser acogido, pues se vulneraría la LC.

Esta norma pretende asegurar la continuidad empresarial, y son numerosos los pronunciamientos, desde la Exposición de Motivos hasta el texto articulado, que revelan tan conveniente finalidad. Para tales casos está previsto el citado art. 55.1, que pretende evitar que se prive a la masa de los bienes afectos a la actividad productiva.

Pero la norma no desconoce que hay supuestos en que la continuidad no es posible. En esos casos no tiene sentido detener las ejecuciones de algunos acreedores privilegiados con hipoteca o por su condición de entidades públicas, ya que si no hay actividad empresarial no pueden servir los bienes afectos a la «continuidad de la actividad». Esto sucede en este caso, en el que se presenta un plan de liquidación, no hay trabajadores, y se constata de solicitud y memoria que no hay actividad. En definitiva, no puede suspenderse la subasta como se pretende.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 22.03.2005 (AC 2005/247)

“CUARTO En el caso presente el embargo acordado por el juzgado social recae sobre el único inmueble de la concursada donde consta su domicilio social, por lo que en principio habría que concluir que es bien necesario.

Ahora bien, considero que la «necesidad «no se trata de un concepto o cualidad abstracta sino que se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. No parece lógico que hablemos de bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor si no hay actividad.

Por tanto, si antes (como aquí acontece) o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad profesional o empresarial del deudor concursado a la que estaba vinculado funcionalmente el bien, se producirá una pérdida sobrevenida de esa cualidad de necesario de aquéllos bienes que inicialmente si estaban destinados al desarrollo de dicha actividad, como ocurre en el caso presente con la finca objeto de embargo. Y esta pérdida sobrevenida de la afección tiene lugar evidentemente cuando se acuerda el cierre del establecimiento del concursado y el cese total de su actividad empresarial, como ha acontecido en el caso de autos. A favor de esta postura en cuanto a la afección «ex» art. 56 (trasladable también aquí) se muestran partidarios en la doctrina, entre otros, Eusebio y Mercedes y Adolfo Y se estima la más acertada, sin que los argumentos de contrario propuestos se consideren de peso bastantes para desvirtuarla ya que no puede subordinarse la determinación de si es o no necesario y en consecuencia la paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia ni que la necesidad sea una cualidad inmutable(y ¿ desde cuándo?) que no se vea repercutida por las vicisitudes del concurso y del concursado, sin que finalmente sea atendible el relativo a que se frustra un convenio de continuación (art. 100), que precisamente tiene como presupuesto una actividad empresarial o profesional efectiva y que se compromete el adquirente a continuar, pero si no hay ya actividad, decae el presupuesto de aplicación ni que se impide una enajenación en globo, ya que la Ley no impone una limitación absoluta, dado en todo caso recordar que la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del conjunto.”: Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

3. Competencia para determinar el carácter “necesario” del bien. Posible conflicto de jurisdicción

“4. Artículo 55.1-2º.- ¿A quien corresponde determinar si los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, al Juez del concurso o al Juez o autoridad administrativa que conoce de la ejecución? En caso de discrepancia, ¿Cómo se soluciona el conflicto?

Sabemos que el art. 55.1.1º establece la prohibición de que, iniciado el concurso, puedan iniciarse ejecuciones singulares, judiciales ni extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del concursado, y que el art. 55.2 establece respecto de las actuaciones que se hallaren en tramitación, que quedarán en suspenso, desde la declaración de concurso, sancionando con nulidad las actuaciones que se practiquen en contravención de lo anterior (art. 55.3 LC). Ahora bien, el párrafo 2º del art. 55.1 LC, contiene una excepción, al permitir que puedan continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Casi con unanimidad se acordó que la decisión debería corresponder al Juez de lo Mercantil, quien estará en mejores condiciones para resolver, porque tendrá un mayor conocimiento de dicha actividad, aunque se reconoce que la LC no contiene una previsión específica al respecto y que podrán surgir conflictos. En cualquier caso, quien verdaderamente dispondrá de los conocimientos necesarios sobre la actividad empresarial o profesional del deudor será la administración concursal. La administración concursal podrá solicitar del juez del concurso que requiera al juez de lo social o autoridad administrativa que conozcan de la ejecución para que no la continúen sobre dichos bienes por ser necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En caso de ejecución laboral, la administración concursal también podrá plantear cuestión prejudicial mercantil ante el juez de lo social que esté conociendo de la ejecución, al amparo de lo previsto en el art. 4.1 LPL, en su redacción dada por la DF 15ª LC (que establece como salvedad al conocimiento por el juez de lo social de las cuestiones prejudiciales, lo previsto en la LC). Esta cuestión prejudicial determinará la suspensión de la ejecución laboral hasta que por el juez del concurso se decida la cuestión. En caso de conflicto, si la discrepancia surge con el Juez de lo Social, se planteará un conflicto de competencia a resolver por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (arts. 42 LOPJ), a sustanciar por los trámites previstos en los arts. 43 a 50 LOPJ; y si surge con la

autoridad administrativa, el conflicto habrá de resolverse por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 38 LOPJ). “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, B, 4.

“ A) ¿Cuál es el Órgano competente para decidir que los bienes objeto de embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor? Al respecto, si bien la Ley Concursal no aclara la cuestión, parece evidente que el único órgano capaz de decidir sin un concreto bien o derecho de los embargados a la UD Las Palmas resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial es el Juez de lo Mercantil que conoce del concurso de acreedores, puesto que sólo dicho órgano judicial, con el lógico asesoramiento de los administradores concursales, tiene un conocimiento preciso y detallado sobre cuál es la actividad empresarial de la entidad concursada y sobre cuáles son los motivos y razones que han llevado a la misma a la situación de insolvencia que, a su vez, ha determinado su actual sometimiento al procedimiento concursal. Ello significa que únicamente el Juez de lo Mercantil que conoce del proceso concursal puede valorar, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, si un determinado bien o derecho embargado a la UD Las Palmas resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial.”: Auto JM-1 Las Palmas 03.01.2005

“Se ha discutido por la doctrina, al respecto, cual es el órgano competente para determinar la necesidad del bien en referencia a la administración o al juzgado de lo social. En la actualidad existe planteado una Cuestión de Conflicto entre la Administración Tributaria y un Juzgado Mercantil. La primera argumentaba su competencia mientras que el segundo determinaba que corresponde al juez del concurso resolver sobre dicha necesidad.

Es parecer de este juzgador que corresponde al juez del concurso la determinación de la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes partiendo de la universalidad del concurso (artículo 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepcionales de continuidad en la ejecución. Al juez del concurso le corresponde decidir la continuidad o no de la actividad profesional o empresarial (art. 44.4 LC, la intervención o suspensión de las funciones de la administración social (artículo 40 LC), la decisión sobre las relaciones laborales y de alta dirección de la actividad profesional o empresarial (artículos 64 y 65 LC). Todo ello parte de un principio de la nueva norma concursal como es la continuidad de la actividad profesional o empresarial como criterio general y el control de la Administración concursal (como órgano del concurso) y de la autoridad judicial del concurso quien decidirá, en función de los criterios legales, cual es la situación y solución a cada situación de la empresa o actividad. Sin perjuicio de la posibilidad de Conflicto de Jurisdicción que pudiera plantearse procede por tanto determinar que, tal y como señala el artículo 8.1,3 y 4 LC, la competencia para determinar la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional corresponde al Juez del Concurso, una vez declarado el mismo”: **Auto JM-1 Málaga 22.07.2005 (Concurso 79/2005)**

“Cuarto. En último lugar, se halla el debate sobre quién sea competente para decretar esa necesidad del bien embargado --lo mismo cabría estudiar para el decreto de los otros presupuestos de la norma, pero al ser tan objetivos y fácilmente susceptibles de fijación, no se consideran--.

Hay quienes opinan que siempre debe ser el Juez de lo Mercantil, porque suya es la competencia ejecutiva de la que resulta excepción el art. 55.1. pfo. 2.º LECO, como una suerte de prórroga en favor de ciertos ejecutores singulares, al estilo de acumulación de declarativos de art. 51.1 LECO; otros se inclinan por conceder la decisión exclusiva al Recaudador o al Juez de lo Social, en tanto que ejecutores en su ejecución, y posiblemente más enterados de la real importancia de lo embargado y de las oportunidades de continuidad de la empresa; y en fin, quienes proponemos que no hay ningún órgano que se imponga por la norma al otro, sino que las circunstancias pueden ser valoradas por cada cual, equidistante el mandato legal a los Juzgados de lo Mercantil y a esos ejecutores excepcionalmente exentos del concurso.

En cualquier caso, no habrá cuestión cuando aparezca conteste la resolución del ejecutor extraconcursal y la del Juez del concurso, porque cuando no, sea cualquiera de las predichas tesis la buena, al no existir mecanismos por los que los órganos respectivos deban secundar las instrucciones que se dirijan entre ellos, nacerá un conflicto de jurisdicción o competencia.

Los conflictos no surgen sólo cuando dos órganos sostienen que detentan potestad atributiva para resolver una cuestión (positivo), o ninguno de los excitados por la parte interesada se considera facultado (negativo), sino también cuando aparece una incompatibilidad física o jurídica en el ejercicio simultáneo de competencias. Entre la ejecución singular, cuya competencia para la U.R.E. no se discute, y el procedimiento concursal, cuya correlativa competencia para el Juez de lo Mercantil tampoco es dudosa, media una incompatibilidad jurídica, ya que la apertura del juicio universal enerva la potestad de los órganos ejecutores para agredir el patrimonio del deudor.

Pero dicha incompatibilidad técnica, regulada en art. 55 LECO puede ser valorada de diferente forma por el Recaudador y el Juez concursal, y si de la comunicación que le dirija el segundo al primero, no hay conformidad, se provocará por la colisión de potestades estatales, una jurisdiccional, y otra de la Administración Pública, un conflicto de jurisdicción, puesto que ésta retiene en nuestro sistema la autotutela declarativa y ejecutiva, declarando el crédito público bajo presunción de legalidad, mediante actos dotados de ejecutoriedad a través del procedimiento de apremio, bien que fiscalizables por el orden contencioso-administrativo. El régimen de conflictos se contempla en LO 2/1987, de 18 de mayo, y este Juzgado podría requerir de inhibición ex art. 9.1 de dicho texto legal, y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resolvería por sentencia, la cual nos ilustraría, si no hay en verdad conflicto, y por ende, siempre prevalece la resolución del Juez del concurso, o menos verosímil, que lo hace el Recaudador en su apremio, o bien que lo hay, entrando a caracterizar --curiosamente para un órgano de este carácter--, qué es un bien necesario para la continuidad de la actividad de Covitra, S.L.

Aunque en el preciso asunto que nos ocupa pudiera obviarse el conflicto de jurisdicción, dado que como el embargo administrativo parece que se refiere a las resultas de la realización de un crédito que ejecuta este mismo Juzgado, decidiéndose que el procedimiento de la U.R.E. tiene que suspenderse, la nulidad de pleno Derecho prevenida por art. 55.3 LECO arrojaría que se prescindiera de cumplimentar una orden de retención que se recibiera.

En cualquier caso, por lo razonado, no se requerirá de inhibición, y se actuará en consecuencia en las ejecuciones implicadas.": Auto JM-1 Alava (Vitoria) 28.11.2005 (AC 2006/301)

"TERCERO Respecto a quién corresponde decidir si los bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor unos entienden que al Juez del concurso, en tanto que otros, por el contrario, a la autoridad administrativa o al Juez de lo social que conoce de la ejecución, aduciéndose que sea el Juez del concurso, ya que es quien se encuentra en mejor situación para valorar la naturaleza de los bienes que forman parte de la masa activa y como puede repercutir su ejecución en el proceso productivo del concursado en tanto que otros alegan que ha de ser la autoridad que conoce de la ejecución, al tratarse de una incidencia de su proceso ya que es regla general la de dice que quien conoce de un proceso extiende su competencia a sus incidencias, y, en definitiva, si sigue adelante o no con la ejecución separada.

En todo caso entiendo, que dado que se trata de definir un elemento que en definitiva es el que atribuye jurisdicción (en el supuesto del apremio administrativo) o competencia objetiva (en la ejecución laboral) si un órgano no acepta la decisión adoptada por el otro, la solución no es otra que la de un conflicto de jurisdicción entre la Admón ejecutante y el juzgado del concurso, que se planteará en los términos de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio y a resolver por el órgano colegiado previsto en el art. 38 LOPJ o bien un conflicto de competencia entre el juzgado social ejecutante y el juzgado del concurso, a tramitar con arreglo al art. 43 y ss. de la LOPJ y a resolver por la Sala de conflictos de competencia del TS del art. 38 LOPJ.": Auto JM-1 Alicante 23.03.2006 (AC 2006\372)

3.1 Doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: corresponde al Juzgado de lo Mercantil

"Primero. Interesa describir las actuaciones procesales acaecidas con anterioridad al Conflicto que se decide.

En primer término, el origen del conflicto se encuentra en un escrito de los Administradores del Concurso de Spain CNY STATES, S.L., dirigido al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, para que decida si el crédito que la entidad concursada ostentaba frente a INTEREALTY CANARY ISLANDS, S.L., y que había sido embargado por A.E.A.T., constituía o no un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Admitida y tramitada esa petición, y después de que las partes realizaran alegaciones, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, el 30 de Enero de 2006, dictó una resolución cuya parte dispositiva establecía: "Decido estimar parcialmente la petición realizada respecto de los embargos de la AEAT conforme a lo siguiente: Primero. Procede requerir a la administración concursal y al concursado para que ingrese en la cuenta y procedimiento de la AEAT correspondiente cualquier ingreso que haya obtenido con anterioridad a la declaración del concurso y que se hallare embargado por la misma de INTEREALTY CANARY ISLANDS y en concreto el recogido con fecha de 1 de Abril de 2005 por importe de 75.000 euros si hubiera tenido entrada en la cuenta del concursado. Segundo. Declarar afectados por la declaración del concurso en fecha de 4 de Mayo de 2005 y desde esa fecha, cualquier ingreso que se haya obtenido por el concursado de dicha sociedad, INTEREALTY CANARY ISLANDS. Tercero. Procede requerir a la administración de AEAT para que suspenda, desde la fecha de declaración del concurso, en fecha de 4 de Mayo de 2005, las actuaciones en trámite, con declaración de nulidad de pleno derecho de todas las actuaciones realizadas con posterioridad a dicha fecha, respecto de los embargos de derechos de crédito realizados al concursado, derivados del crédito de INTEREALTY CANARY ISLANDS, S.L.".

No conforme con dicha resolución el Abogado del Estado, en nombre de la A.E.A.T., interpone Recurso de Reposición en el que solicita la revocación de los pronunciamientos segundo y tercero del Auto impugnado.

El Auto decidiendo el Recurso de Reposición, el 21 de Marzo de 2006, desestima el recurso.

Posteriormente, y mediante escrito de 20 de junio de 2006 la Agencia Estatal Tributaria formula el requerimiento de inhibición, que al ser denegado por Auto de 13 de Septiembre de 2006 origina el Conflicto que decidimos.

Segundo. Para la resolución de este conflicto interesa subrayar una cuestión fáctica y dos principios básicos de orden jurídico extrayendo de ellos las consecuencias que se hayan implícitas en su formulación.

El elemento de hecho básico es el de que las providencias de apremio de la Administración Tributaria son anteriores a la declaración de concurso. También lo son las providencias de embargo, aunque los créditos embargados no han sido íntegramente ejecutados en la fecha de declaración del Concurso.

Tercero. Los textos legales que ofrezcan cobertura a la decisión que se adopta se hayan contenidos en los artículos 164.1 b) de la L.G.T. y 164.2 del mismo texto legal, y 55 de la Ley Concursal.

Dichos preceptos establecen: El artículo 164.1 b) de la L.G.T. "1. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas:... b) Cuando concorra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso."

El artículo 164.2 del mismo texto legal afirma "En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso....".

Por su parte, el artículo 55 de la Ley Concursal preceptúa: "1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real."

De estos textos legales se infieren los siguientes principios que han de servir de base para la resolución del Conflicto.

Primero, la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquélla es anterior en el plano temporal a ésta.

Segundo, si el apremio administrativo no se hubiese terminado cuando se produce la declaración de concurso, la Administración deberá poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Cuarto. La primera premisa enunciada es, como hemos dicho, que la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1.º) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado. 2.º) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor.

El principio expresado significa que el criterio que marca la preferencia de los procedimientos en los términos expuestos no es el del embargo de bienes o derechos sino el de la fecha de providencia de apremio, conclusión que rechaza una de las cuestiones planteadas en el conflicto acerca de si el momento en que se establece la preferencia es el del embargo de bienes o derechos, o, por el contrario el de la providencia de apremio. Como decimos, y se infiere de modo taxativo del artículo 164 de la L.G.T. en relación con el artículo 55 de la Ley Concursal, es

la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial.

Quinto. La cuestión de fondo planteada acerca de si el procedimiento de apremio no puede incidir sobre los derechos del deudor, circunscribiéndose a los bienes, dada la dicción del artículo 55.1 de la Ley Concursal, requiere una precisión.

Las facultades de este Tribunal, se limitan a decidir acerca de la competencia sobre el conocimiento de la cuestión planteada entre los órganos que la reclaman, o, alternativamente, la declinan. Le está vedado, por tanto, el examen de una cuestión de fondo, que habrá de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte. Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esa clase de procedimiento; si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal.

Sexto. La segunda premisa que antes enunciamos es la de que en las hipótesis en las que el procedimiento de apremio no haya terminado y el bien o derecho sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia de que por razones temporales inicialmente gozaba y queda sometido al Concurso, en los términos previstos en el artículo 55 de la Ley Concursal.

Que esto es así se infiere del citado artículo 55 que prohíbe, además de la iniciación de procedimientos de apremio después de la declaración del concurso, la continuación de los ya iniciados: "... no podrán iniciarse ejecuciones... ni seguirse...". Expresión que alude, sin duda alguna, a lo ya comenzado.

La Administración, contrariamente, considera que la preferencia en los procedimientos de ejecución viene marcada, de modo exclusivo, por un criterio temporal. Cuando, como en este caso, la providencia de apremio es anterior a la declaración de concurso la preferencia la ostenta a todos los efectos el procedimiento administrativo. Entender las cosas de otra manera constituye la negación del principio de autotutela administrativa, en la tesis sostenida por la Administración.

Sin embargo, la cesión de la competencia administrativa inicial en favor del juez del Concurso, se infiere, además, de una adecuada comprensión del alcance y sentido de las "potestades administrativas".

En materia de potestades administrativas lo primero que ha de tenerse en cuenta es que estas no se constituyen para la satisfacción del interés de una concreta organización administrativa, en este caso la A.E.A.T., sino para la satisfacción del interés público.

El interés público, es un concepto de difícil delimitación, pero desde el punto de vista jurídico entendemos que de modo expreso o tácito ha de ser definido por el legislador en cada sector del ordenamiento que regula.

Siendo esto así, es indudable que en las situaciones de Concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela.

Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 de la L.G.T. (En este sentido, nuestra sentencia resolviendo el Conflicto 4/2005 de 19 de octubre de 2005).

Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención.

Séptimo. En el caso analizado, y como ya hemos dicho, la preferencia inicial en la ejecución corresponde a la Administración por ser anterior la providencia de apremio a la declaración de concurso.

Producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del "patrimonio" del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor.

Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él, una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial. ”: Sentencia Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 22.12.2006 (La Ley, 6709, 09.05.2007)

4. Tratamiento de las consignaciones por recursos en materia social

“5. ¿Qué tratamiento debe darse a las consignaciones efectuadas para la interposición de los recursos de suplicación o casación (artículo 228 de la LPL)? ¿Se ven afectadas por el artículo 55 de la Ley Concursal?”

La consignación debe tener el mismo tratamiento que el embargo siendo aplicable análogicamente las disposiciones del artículo 55 de la LC, en tanto que responden a la misma finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia.

Para el cobro de la cantidad consignada debe instarse la ejecución de la sentencia, por lo que si al declararse el concurso no se ha instado la ejecución, la consignación debe reintegrarse a la masa activa, dado que no pueden instarse ejecuciones.

Si se hubiera pedido la ejecución y no se hubiera entregado la consignación, resulta de aplicación el artículo 55 y podría entregarse la cantidad salvo que se considerasen bienes necesarios. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 5)

5. Caso de las condenas a liquidar en ejecución de sentencia (antigua LEC)

“8. ¿Es posible la ejecución de sentencias dictadas al amparo de la anterior legislación procesal civil en las que no se concreta la condena, remitiéndose a la ejecución posterior a los únicos efectos de concretar ésta?”

Dos son las soluciones que se han dado; la necesaria concreción de la efectiva condena por el juez competente para el conocimiento de la ejecución o bien la resolución del asunto dentro del concurso, bien mediante incidentes concursales, bien tácitamente por parte de la administración concursal al establecer la lista de acreedores, con la posibilidad de impugnación posterior por parte de los titulares de los créditos.

La solución mayoritariamente aceptada fue la primera. En este sentido se partía de que la ejecución a la que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal es la recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en la que necesariamente se parte de una resolución judicial en la que se concreta la condena o se establecen los parámetros para fijarla. En cambio, de acuerdo con la anterior legislación procesal civil, no era necesaria dicha concreción en el procedimiento principal del que deriva la ejecución siendo posible que se defiriera a ejecución de sentencia su cuantificación y determinación. De acuerdo con esto, se entiende que las ejecuciones seguidas con relación a estas resoluciones judiciales exigen una previa declaración a realizar dentro de la fase de ejecución, en la cual se concreta la efectiva condena. Por esto, a pesar de la denominación, ejecución, propiamente en ella se desarrolla una previa fase declarativa que no se entendería incluida dentro del artículo 55 de la Ley Concursal a efectos de suspensión.

Teniendo en cuenta la necesidad de concretar los créditos de los acreedores a efectos del concurso, se entiende que en estos casos es posible que se abra la fase de ejecución en el juzgado de primera instancia que corresponda, realizando las actuaciones necesarias para la concreción de la deuda, para una vez fijada ésta, suspender el procedimiento, considerando que es en este momento en el que se inicia propiamente la ejecución. En cualquier modo, la solución anterior partía de la previa iniciativa de los acreedores, instando la ejecución, puesto que en los casos en que no se haya producido ésta, la única posibilidad de solventar la cuestión sería dentro del concurso y por parte del Juez de éste, como actuación necesaria para la fijación definitiva de la lista de acreedores. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 8)

6. Consignación de crédito embargado en procedimiento administrativo de apremio

“PRIMERO.- En este expediente se produce la consignación de la deuda que mantiene Hermanos García S.A. con la concursada Sutequi S.L., y que consta inventariada en el Informe de la Administración Concursal, en atención a lo resuelto por este Juzgado de lo Mercantil, que es el del concurso, en su providencia de 27 de diciembre de 2006.

En primer lugar, este Juzgado es competente para atender a una consignación liberatoria de una obligación de tercero que es crédito en la masa del concurso del que conoce ex art. 86.ter.1.1º LECO, en tanto que es una voluntaria integración de dicha masa, cuyo destino supone conocer incidentalmente de reclamaciones patrimoniales de acreedores concursales frente al concursado.

SEGUNDO.- La consignación es el depósito que en forma legal hace un deudor de la cosa objeto de la obligación, y que se produce cuando el acreedor se niega sin causa justa (art. 1.176.1º pfo. C.Civ.), o bien no puede (art. 1.176.2º pfo., por ausencia, incapacidad, incerteza del acreedor, o extravío del título) aceptar la prestación que el deudor le ofrece, por lo que su naturaleza es la de subrogado del pago o cumplimiento mediante la cooperación de la potestad jurisdiccional.

El previo ofrecimiento de cumplir es el exigible al caso de rehúse del acreedor, y el anuncio de la consignación para el caso de no poderse producir el ofrecimiento, como en el de incertidumbre de quién tenga derecho a cobrar, que es el presente, y si se demuestra, y luego se ha notificado a los interesados, que han alegado lo que les ha convenido, y puesto que así se pide por el deudor, cumple tener por bien hecha la consignación y mandar cancelar la obligación correspondiente a las facturas del caso.

TERCERO.- El mérito del asunto radica en que los derechos de crédito de Sutegui S.L. estaban embargados en procedimiento de apremio con anterioridad a la declaración de su concurso, que se produjo el 12 de setiembre de 2006, por lo que si la masa del concurso es la destinataria de la consignación para liberar el crédito frente al tercero deudor, conforme art. 76.1 LECO, concurre con el derecho de ejecución separada por su crédito concursal de la TGSS, habida cuenta de la excepción de art. 55.1.pfo.2º LECO.

Pues bien, habiéndose dictado providencia de apremio por la URE previamente a la declaración del concurso, en tanto que Sutegui S.L. carece de actividad empresarial, no puede haber bienes o derechos necesarios para la continuidad, y entonces, nada se opone a que el procedimiento de apremio administrativo perseverare, a pesar del concurso, haciéndose con aquéllos para satisfacer los créditos concursales de tal procedimiento.

Aunque la norma específica de art. 588.1 LEC gravita sobre el embargo administrativo, y no es válido aquel que traba derechos cuya efectiva existencia no consta cuando se practica. Por ende, el embargo eficaz del procedimiento ejecutivo que persevera es el de los créditos de Sutegui S.L. que estuvieran vencidos y exigibles antes de la declaración del concurso, sin que los posteriores nazcan válidamente embargados.

Es por ello, que la Administración Concursal verificó el cálculo de su escrito de 4 de enero de 2007, relativo a los devengos de las facturas giradas al deudor que paga mediante consignación, de modo que 24/31avas partes de las facturas del mes de agosto y todas las anteriores se entienden créditos existentes de Sutegui S.L. para cuando se produjo el embargo de la URE, y así lo asume la TGSS, con el detalle del escrito expositivo unido al expediente. Por ello, el dinero consignado en ese porcentaje debe destinarse al procedimiento de apremio de la TGSS, y en el resto quedar en la masa del concurso para sus atenciones.

CUARTO.- Las costas del expediente, si hubiere, son a cargo solidario de los acreedores, TGSS y masa del concurso, según dispone el art. 1.179 CCiv.": Auto JM-2 Bilbao 19.03.2007 (Concurso 296/2006)

2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

Art. 55.2

"C) ¿Cómo debe interpretarse la expresión contenida en el artículo 55 de la Ley Concursal de que "las ejecuciones quedarán en suspenso"? ¿Es posible destinar el dinero en efectivo embargado o procedente de los derechos embargados al pago actual de los gastos y obligaciones ordinarias de la UD Las Palmas a contar desde la fecha de declaración del concurso de acreedores? Este Juzgador entiende que sí, y ello por lo siguiente:

Si el artículo 55 de la Ley Concursal habla de que ["las ejecuciones quedarán en suspenso", sin utilizar el término archivo o sobreseimiento, es debido a que el artículo 176 de la Ley Concursal contempla varias causas de conclusión del procedimiento concursal en las que esas ejecuciones (y los embargos en ellas decretados) pueden volver a recobrar toda su vigencia (por ejemplo, cuando, en cualquier estado del procedimiento, se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; o cuando, una vez terminada la fase común del concurso, quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos).

Pero si, como sucede en el caso de la UD Las Palmas, a la vista de las circunstancias que constan en las actuaciones y la situación financiera del deudor, las únicas vías reales y posibles de terminación del proceso concursal son el convenio de acreedores o la liquidación, carece de sentido mantener vivo un embargo de naturaleza no real cuando resulta que tanto en un supuesto (convenio de acreedores) como en el otro (liquidación) el bien o derecho embargado pasará a formar parte del activo del deudor para el pago de los créditos, y ello siempre según la prelación de los mismos y, como no puede ser de otra forma, regidos, dentro de cada clase, por el principio de la "par conditio creditorum".

Cabe preguntarse entonces, cuál sería en el presente caso la finalidad o el beneficio de mantener embargada una cantidad de dinero o un derecho directamente transformable en dinero en efectivo, cuando la inmediata consecuencia de esa falta de disponibilidad de dinero por parte de la entidad deudora y de la administración concursal habrá de ser la liquidación de la sociedad por imposibilidad de atender en plazo el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el proceso concursal dado que, según el artículo 84.2.5ª de la Ley Concursal, éstas tienen la

naturaleza de créditos contra la masa y las mismas deben pagarse a sus respectivos vencimientos (artículo 154.2 de la Ley Concursal). Y es que, en tal caso, una vez iniciada la liquidación resulta que el dinero o los derechos embargados no irían destinados a satisfacer de forma individual o particular el crédito del acreedor o acreedores que hayan promovido la ejecución administrativa o laboral, sino que ese dinero pasaría a formar parte del activo de la masa y, por tanto, con el mismo habría de atenderse al pago de los créditos en la forma y modo previsto por los artículos 154 y siguientes de la Ley Concursal, satisfaciéndose en primer lugar, y con preferencia a cualquier otro, los créditos contra la masa.

En definitiva, y dado que en el proceso concursal de la UD Las Palmas, las únicas vías de conclusión del procedimiento son o bien el convenio de acreedores o bien la liquidación, ninguna efectividad práctica ni ventaja tiene para los ejecutantes el mantenimiento de los embargos sobre el dinero o sobre derechos directamente transformables en dinero en efectivo que se hubieran acordado a su favor. Por el contrario, si dichos embargos se dejan sin efecto, aumentan considerablemente las posibilidades de continuación de la actividad del deudor (objetivo final que, no se olvide, persigue la Ley Concursal) y con ello las opciones de lograr la firma de un convenio de acreedores satisfactorio para todas las partes afectadas.”: Auto JM-1 Las Palmas 03.01.2005

1. Procede su suspensión, pero no su acumulación

“PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número 2 dictó auto, con fecha 28 de Abril de 2.006, que acordaba, a instancia del administrador concursal, la acumulación al concurso de la entidad “ABC S.A. ” del procedimiento de ejecución seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia, autos 914/05, aludiendo a lo preceptuado en el artículo 51,1 y 55,1 de la Ley concursal. El Juzgado de Primera Instancia 10 se opuso, rechazando el requerimiento del Juzgado de lo mercantil 2 para acumulación y remisión de los presentes autos, acordando, sin embargo, la suspensión de la ejecución en cuanto a la entidad declarada en concurso, y ello por considerar que puesto que el despacho de ejecución fue anterior a la declaración de concurso realizada por dicho Juzgado, (se despachó ejecución el 5-10-05 y la declaración se produjo el 21 de Marzo de 2.006) el aplicable es el artículo 55,2 ley Concursal, que determina que las actuaciones quedarán en suspenso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, invocando dos autos de dos Juzgados de lo Mercantil de Madrid, que consideraban que, en tal caso, no es cuestión de acumulación, sino de suspensión, y que se tenga en cuenta el derecho del acreedor ejecutante para su reconocimiento y clasificación en el proceso concursal, afectando la suspensión, exclusivamente, a la entidad declarada en concurso, y no a los restantes efectuados.

Ambos Juzgados remitieron pertinentes testimonios de actuaciones, elevándolas a esta Sala para resolución de la discrepancia producida, sin que las partes, debidamente emplazadas hayan efectuado alegación alguna, quedando la cuestión planteada en los términos expuestos.

SEGUNDO.- La Sala considera que, en relación con el conflicto surgido, tal y como mantiene el Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia, no procede dar lugar a la acumulación solicitada por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia, ya que aunque según el artículo 8,3 de la Ley Concursal resulta pertinente la acumulación en general, no es de aplicación, en este supuesto, la norma invocada por el Juzgado de lo Mercantil –artículo 51,1 L. Concursal -, que se refiere a los procedimientos declarativos, ya que, en este caso, se trata de un procedimiento de ejecución, por lo que resulta aplicable, exclusivamente, la norma del artículo 55, en su apartado segundo, tal y como resalta el Juzgado de Primera Instancia acertadamente, ya que el primero se refiere a la prohibición de iniciar ejecuciones administrativas o tributarias después de declararse la situación de concurso, aunque podrán continuarse las anteriores –en cuanto a los procedimientos administrativos de ejecución y ejecuciones laborales anteriores, siempre que se dé el presupuesto que el propio precepto contempla, y, en el párrafo segundo, se contempla la suspensión de los procedimientos de ejecución anteriores al concurso, como aquí sucede, sin perjuicio del tratamiento de los créditos -sancionando con nulidad la infracción de tales normas-, ni de las ejecuciones singulares o la continuación de la ejecución frente a los no afectados por la declaración de concurso, en su caso.”: Auto AP Valencia 11.09.2006 (Rollo 505/2006)

“PRIMERO La pretensión de la concursada de acumular al concurso de modo indiscriminado todos aquellos procedimientos judiciales en los que es parte exige que se realicen algunas precisiones para que aquélla comprenda el alcance de los efectos de la declaración de concurso sobre los procesos que entonces se hallaban en trámite.(...)

TERCERO En el caso de las ejecuciones individuales (salvo en determinadas excepciones y dejando al margen las relacionadas con garantías reales, que merecen un trato especial) el efecto que produce el concurso es la suspensión de las que se hallasen en trámite (artículo 55 de la Ley Concursal), bajo sanción de nulidad de pleno derecho de lo actuado tras la declaración de concurso. Y, en consonancia con su carácter universal, deberá reconducirse el crédito al concurso para que se le dé el tratamiento que le corresponda; lo que no significa acumular

procesalmente los autos del expediente de ejecución, sino tener en cuenta el derecho del acreedor ejecutante para su reconocimiento y clasificación en el proceso concursal.

CUARTO Las consideraciones precedentes permiten sentar dos conclusiones terminantes: 1º) yerra la concursada cuando pretende acumular materialmente expedientes de ejecuciones individuales en trámite al concurso, cuando lo procedente es su suspensión con los efectos antes explicados” : Auto JM-4 Madrid 27.10.2005 (AC 2006\110)

3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.

4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.

Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales.

1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

Art. 56.1

0. Si se trata de bienes no afectos no se paraliza la ejecución ni su inicio

“El art. 56 somete la ejecución de garantías reales a un plazo de espera. Como se desprende de los apartados 1º y 2º LC, las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad quedan suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, de forma que los acreedores con dichas garantías reales no podrán iniciar ni continuar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación, quedando suspendidas las que ya se hubiesen iniciado hasta que transcurran dichos plazos. De la dicción literal de precepto parece desprenderse que la paralización temporal de las ejecuciones de garantías reales sólo afecta a los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Interpretado *a sensu contrario*, si se trata de bienes no afectos no se paraliza la ejecución ni su inicio. Este criterio fue unánime entre los asistentes, así como considerar, que debe distinguirse entre bienes afectos y bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Sólo así tiene sentido la excepción del apartado 2º del art. 56. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 7)

“UNICO.- Establece el artículo 56.2 de la Ley Concursal (LC): “Las actuaciones ya iniciadas en el ejercicio de las acciones a las que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en este apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

La recta inteligencia del contenido de tal regla requiere poner en relación la misma con el apartado primero del artículo citado. En este apartado reimpide el ejercicio de las acciones reales una vez declarado el concurso del constituyente de la garantía, siempre y cuando tales garantías recaigan sobre bienes “afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado”. Por tanto, zanjando la vieja polémica existente en nuestro Derecho sobre la eficacia de la quiebra frente a los acreedores con garantía real, se establece la imposibilidad de inicio o paralización de aquellas acciones que recaigan sobre “bienes afectos”. Y en idéntico sentido debe establecerse el ámbito objetivo de aplicación del artículo 56.2 LC. La eficacia paralizadora de las acciones reales queda circunscrita a las que se hayan constituido sobre

bienes afectos, por lo que quedarán inmunes, es decir, no afectadas por el concurso, cuando se sigan sobre bienes distintos a los citados.

Justamente es el caso que ahora se contempla. La garantía hipotecaria está constituida sobre el domicilio particular de la concursada, por tanto, sin que conste que éste esté afecto a su actividad profesional, ni pueda presumirse tal condición, habida cuenta de la naturaleza y destino de tal inmueble. De suerte que, como se ha indicado, ninguna eficacia tendrá su declaración de concurso sobre la ejecución hipotecaria ya iniciada, por quedar el bien ajeno al ámbito propio de incidencia de tal declaración, de conformidad con los apartados primero y segundo del artículo 56 LC, lo que determina que no haya lugar a suspender el procedimiento de ejecución seguido.”: Auto JPI-13 Bilbao 07.04.2006 (JUR 2006/126462)

1. Consideraciones generales

“El artículo 56 en lo que aquí interesa dice " 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación" y añade " 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor"

La ley establece un sistema de paralización de las ejecuciones hipotecarias que no es absoluto, ya que tiene un límite temporal (hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no le afecte, la apertura de la liquidación o en todo caso el transcurso de un año desde la declaración de concurso) y objetivo (solo si recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial; o una unidad productiva de su titularidad) siendo admitido de forma unánime, a sensu contrario, que las garantías sobre los no afectos no están sometidas a paralización o suspensión.

La Exposición de Motivos pone de relieve que "Una de las novedades más importantes de la Ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no-perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursado; ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva_ La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso... Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia" y al comentar la extensión del régimen a otras garantías (acciones de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamientos financieros, siempre que los correspondientes contratos o documentos estén inscritos en los respectivos registros, así como a las resolutorias de ventas de inmueble por falta de pago de precio aplazado) añade que "Se ha procurado así permitir planteamientos realistas; que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso"

Vemos, pues, que no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios sino a mantener la integridad de la masa activa para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades de convenio, que es en principio la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en los supuestos de insolvencia del deudor común. Por ello, y en sintonía con lo que ocurre con las deudas de la masa (art 154), se impone un plazo de espera para su ejercicio, pero no limitado, sino hasta alcanzar y aprobar un convenio, ya que cuando se produce la apertura de liquidación ya no entra en juego la limitación, y en todo caso con el tope máximo de un año desde la declaración del concurso”: Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

2. No cabe interpretación extensiva en interés del concurso

“Solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículo 56, y que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser

objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establecido que, " el interés del concurso " permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. (...) Apunta la doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. (...)

i) no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, y en consecuencia la no paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en materia contractual (art 61 y 62): Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

3. Bienes no afectos

3.1. Sólo son bienes afectos los integrantes del inmovilizado, destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. No son bienes afectos los inmuebles que una sociedad promotora tiene como existencias para su venta

PRIMERO El Banco Popular Español, SA es titular de un préstamo hipotecario, sobre un determinado número de plazas de garaje, otorgado con la Sociedad Anónima Canaria de Obras - S. A C.O.- incurso en concurso de acreedores. Ante el impago de las amortizaciones parciales e intereses pactados el Banco Popular Español, SA consideró vencida y exigible anticipadamente la obligación de amortización total del préstamo e instó procedimiento de ejecución dineraria sobre bienes hipotecados. Por Providencia de 22 de febrero de 2005 el Juzgado Mercantil no dio lugar a la admisión de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, de conformidad con el art. 56 de la Ley de Concursal, al estar la entidad demandada en concurso de acreedores, al considerar el iudex a quo que las plazas de garaje hipotecadas son bienes «afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad». Contra la referida providencia el Banco actor interpuso recurso de reposición que fue desestimado por el auto de 26 de abril de 2005 recurrido ahora en apelación. El citado auto tomado como base el informe de los administradores concursales, centrado a su vez en lo dispuesto en el art. 27. 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al cual remite el Impuesto de Sociedades, considera las plazas de garaje como bienes afectos a la actividad empresarial de la sociedad mercantil concursada, pues mediante su venta se obtienen rendimientos económicos propios de su actividad empresarial. Además, tales activos son existencias con fin polivalente, en cuanto pueden ser destinadas a la venta, al alquiler o a ser utilizados por la empresa. Aunque inicialmente están adscritas al concepto de existencias pueden ser eventualmente transferidas al inmovilizado de la empresa.

SEGUNDO A juicio del Banco Popular Español, SA, parte apelante, se realiza una interpretación extensiva del art. 56 de la Ley Concursal que perjudica a los acreedores con garantía real, donde la Ley dice «bienes afectos a la actividad empresarial» acaba interpretando el juzgador a quo «bienes que contribuyen a la actividad económica» de la empresa. Bien «afecto» es el destinado con carácter permanente a una actividad empresarial. El Plan General de Contabilidad desarrollado para las empresas constructoras por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993 dice que el inmovilizado «comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa». Así pues en sentido literal (art. 3.1 CC) bienes afectos son los destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes. Atendiendo a un criterio interpretativo sistemático y finalista el verdadero propósito del legislador es la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que venga ejerciendo el deudor (art. 44.1 Ley Concursal). Y a tal efecto el art. 56 LC persigue la subsistencia de los medios productivos de la empresa no afectando la paralización de ejecuciones de garantías reales a los demás bienes del concursado.

Considera el Banco apelante que las plazas de garaje hipotecadas no son bienes afectos a la actividad empresarial o a la unidad productiva de la concursada, en cuanto no son bienes destinados con carácter permanente a la elaboración o creación de otros o a la prestación de un servicio, y porque su realización en el procedimiento de ejecución hipotecaria no interrumpe la actividad empresarial del concursado y sólo sustituye su venta en el mercado por su venta en pública subasta. De otro lado, la remisión del auto recurrido al art. 27.1 de la Ley del IRPF es equivocada porque: 1º) este artículo define los elementos patrimoniales afectos a una actividad económica, concepto más amplio que el de bienes afectos a una actividad empresarial o unidad productiva, y que engloba a éste. 2º) El sentido del citado artículo es distinguir los bienes particulares del contribuyente de los destinados a su negocio. E incluso aplicando indebidamente dicho precepto seguirían sin estar incluidas las plazas de garaje en el concepto de bienes afectos a la actividad económica y así resulta de las Resoluciones de la Dirección General de Tributos

núms. 1887/2002 de 3 de diciembre, 340/2004 de 29 de noviembre [JUR 2005, 4962] y 2036/2004 de 29 de noviembre [JUR 2005, 4774], y sólo las plazas de garaje destinadas al negocio pueden considerarse elementos afectos a la actividad económica. En definitiva, las plazas de garaje son el producto de la actividad empresarial del concursado, pero no un medio para conseguir dicha actividad lo que únicamente podría ocurrir si se destinaran a estacionamiento de vehículos de la empresa o de su personal solicitando por todo ello se revoque la resolución recurrida declarando, en su lugar, haber lugar a la admisión a trámite de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, por no ser estos afectos a su actividad empresarial o a unidad productiva de la titularidad de la concursada.

TERCERO Por bienes del concursado «afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad «hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas, que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar. En el caso de autos sometido a revisión de esta Sala las plazas de garaje hipotecadas por el Banco Popular Español SA, no forman parte del inmovilizado material de la empresa deudora en concurso de acreedores, la Sociedad Anónima Canaria de Obras (SACO), sino de su activo circulante como existencias en cuanto ni se trata de una empresa que tenga por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de su directivos o empleados. Por el contrario parece claro que el destino de las plazas de garaje propiedad de la concursada es su venta a terceros y por ello se deben incluir entre las existencias y así, de lectura de la escritura de préstamo hipotecario (folio 76), se desprende que el destino del edificio de aparcamientos en construcción objeto de financiación mediante el préstamo hipotecario otorgado por el Banco Popular Español, es su posterior adquisición por los compradores. De otro lado lo que persigue la Ley Concursal es la continuidad de la actividad empresarial del concursado en lo posible (EM y arts. 44 y 100 LC) y para ello es preciso mantener la estructura productiva y de prestación de servicios de la concursada, el inmovilizado material e inmaterial, y al no ser las plazas de garaje hipotecadas bienes afectos a la actividad empresarial, pues no son elementos patrimoniales destinados de manera duradera o estable a la actividad empresarial, a la obtención de bienes o prestación de servicios propios de su tráfico, al no formar parte de su inmovilizado material, quedan fuera del ámbito de influencia del art. 56 de la LC. No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial. La interpretación del juzgador a quo es acorde al contenido del precepto redactado en los amplios términos contemplados en el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002, que extendía la suspensión de las ejecuciones sobre bienes con garantía real, a los del tráfico empresarial o comercial de la empresa en concurso, a los afectos a la actividad profesional, mercantil o industrial y los afectos en general al proceso productivo, empero en la LC de 9 de julio de 2003 su art. 56 redujo la paralización de la ejecución exclusivamente a los bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva. En su consecuencia, el recurso de apelación del Banco Popular Español, SA ha de ser estimado.”: Auto AP Las Palmas 12.01.2006 (AC 2006\688)

3.2. Vivienda habitual del concursado

“ La parte instante reclama la suspensión de un procedimiento hipotecario seguido ante los Juzgados de Manresa al amparo del artículo 56 de la Ley Concursal, dicha medida es procesal y materialmente inviable en el supuesto de autos dado que el redactado del artículo 56 permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva, circunstancias que no concurren en el caso de autos ya que la hipoteca recae sobre la vivienda habitual. Por otro lado el planteamiento de la suspensión debe efectuarse ante el Juzgado que sigue la ejecución singular. Todo ello sin perjuicio de la comunicación que se haga al juzgado de referencia respecto de la declaración de concurso.” : Auto JM-3 Barcelona de 29-12-2004 (AC 2005/161)

“La garantía hipotecaria está constituida sobre el domicilio particular de la concursada, por tanto, sin que conste que éste esté afecto a su actividad profesional, ni pueda presumirse tal condición, habida cuenta de la naturaleza y destino de tal inmueble. De suerte que, como se ha indicado, ninguna eficacia tendrá su declaración de concurso sobre la ejecución hipotecaria ya iniciada,

por quedar el bien ajeno al ámbito propio de incidencia de tal declaración, de conformidad con los apartados primero y segundo del artículo 56 LC, lo que determina que no haya lugar a suspender el procedimiento de ejecución seguido.”: Auto JPI-13 Bilbao 07.04.2006 (JUR 2006/126462)

“ÚNICO.- Recurre la representación de D, Juan Ramón Díaz Polledo la providencia de fecha quince de diciembre de 2006 por la que se deniega la petición de suspensión de la subasta instada por Caja de España de Inversiones sobre la vivienda en donde se encuentra su domicilio habitual, entendiendo que pese a que la subasta se llegó a celebrar y al no comparecer ningún postor se adjudicó a la ejecutante, es importante que esa vivienda que constituye su principal activo patrimonial pase a integrar la masa activa del concurso para poder servir de pago al resto de acreedores.

A este respecto debe señalarse que el artículo 8.3º de la ley Concursal, en línea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado". Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparente contradicción con el principio general del artículo 8.3º, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia del Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º apartado segundo, así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de los acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y seguirse ante los Juzgados de Primera Instancia.

En el presente caso de las propias manifestaciones del concursado se deduce que no ejerce actividad económica alguna, que el bien subastado en ejecución de la hipoteca que sobre él pesaba, constituye su vivienda habitual y, en consecuencia, que no se halla afecta a una actividad empresarial o profesional.

El embargo sobre el mismo se había acordado con antelación a la declaración de concurso y se trata como ya se dijo de la consecuencia de una ejecución hipotecaria que gravaba la propia vivienda. Por consiguiente no procede reponer la providencia en su día dictada.”: Auto JM-1 Oviedo 20.02.2007 (Concurso 200/2006)

3.3 El bien destinado a una actividad distinta de la que constituye el objeto de la concursada

“1º) El bien hipotecado- la finca registral No.2.344 - se trata de una vivienda ocupada al parecer por la madre del gerente de la concursada, no es el lugar donde desarrolla su actividad la mercantil deudora, ni tampoco es su domicilio social, que consta sito en Partida de Algorós. Polígono 2. Nave 6 A,45.

Se trata de un propiedad inmobiliaria de la concursada, empresa dedicada a la actividad de calzado, que no entra dentro del concepto de "afección", en un sentido funcional, entendiéndolo como "afecto" aquel bien sujeto a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y que se emplee efectivamente por éste en el ejercicio de esa. actividad. No vale cualquier actividad sino la propia y específica a la que se dedica el concursado. Por ello no considero argumento sólido para afirmar esa afección decir (como mantiene la admón. concursal) que se trata de un bien afecto a la actividad empresarial de arrendamiento de inmuebles, ya que esa no es la actividad empresarial de la concursada, dedicada a la actividad zapatera. Entenderlo de otro modo equivaldría a ampliar tanto ese requisito hasta el punto de que todo estaría afecto, por lo que no habría lugar nunca a la ejecución fuera del plazo de espera. Además de ello, no hay ni siquiera indicio sólido en este incidente de que efectivamente exista tal arrendamiento, y por ende de esa "actividad inmobiliaria sobrevenida": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

3.4 En caso de inexistencia o cese de la actividad del concursado

“2º) La concursada carece en la actualidad de actividad, por lo que, aunque el bien tuviera inicialmente (y en vía de hipótesis) esa condición de afecto, la ha perdido en todo caso, ya que no puede hablarse de bienes afectos en ese caso. Hay que tener presente a la hora de su determinación que solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículos 56, y que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que

legislador haya establecido que, " el interés del concurso " permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. Apunta la doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. No parece lógico que hablemos de bienes afectos a su actividad profesional o empresarial si no hay actividad.

Por tanto, si desde el inicio o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad profesional o empresarial del deudor concursado a la que pudiera estar vinculado funcionalmente el bien, se producirá una desafección de aquéllos bienes que inicialmente si pudieran estar destinados al desarrollo de dicha actividad. Y esta pérdida sobrevinida de la afección tiene lugar evidentemente cuando hay o se acuerda el cierre del establecimiento del concursado y el cese total de su actividad empresarial, como acontece en el caso de autos, pues la propia admón. concursada así lo pone de manifiesto. A favor de esta postura se muestran partidarios en la doctrina, entre otros, Heliodoro y Adelaida Sánchez Rus y Angel Carrasco Perera. Y se estima la más acertada, sin que los argumentos apuntados de contrario propuestos a nivel doctrinal se consideren de peso bastantes para desvirtuarla ya que:

i) no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, y en consecuencia la no paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en materia contractual (art 61 y 62)

ii) no se comparte la tesis de que la afección sea una cualidad inmutable (y ¿desde cuándo?) que no se vea repercutida por las vicisitudes del concurso y de concursado

iii) tampoco es definitivo el argumento de que se priva a la administración concursal de la opción de pago del crédito garantizado (art 56 y 155) ya que ello solo se prevé para los supuesto de paralización y en tanto no transcurra el periodo de "enfriamiento ", que en los no afectos no entra en juego

iv) tampoco es atendible el relativo a que se frustra un convenio de continuación (art 100). que precisamente tiene como presupuesto una actividad empresarial o profesional efectiva y que se compromete el adquirente a continuar, pero si no hay ya actividad, decae el presupuesto de aplicación

v) y finalmente tampoco el que con ello se impida una enajenación en globo, ya que la ley no impone una limitación absoluta, y en todo caso recordar que la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del conjunto": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

4. Bienes afectos

4.1 El chalet que constituye el único activo relevante y domicilio de hecho de la sociedad, pese a que se use también como vivienda del administrador, estando contabilizado como inmovilizado

“CUARTO Lo que indudablemente sí resulta preciso para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, en virtud de la remisión del núm. 2 artículo 56 de la Ley Concursal al precedente núm. 1 que regula la paralización de este tipo de acciones cuando todavía no están comenzadas (y de la reiteración del término afecto en el propio núm. 2), es que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo.

La condición de afecto del bien sito en la calle... núm.... de Alcobendas, propiedad de Milenario XXI Bethlehem 2000 SL, no resulta desvirtuada por las alegaciones de la acreedora hipotecaria, puesto que en dicho inmueble ha radicado durante años el domicilio social de la sociedad ahora concursada (así consta en las escrituras públicas y en las cuentas depositadas hasta el año 2001). Y aunque medió luego un cambio registral de domicilio, lo cierto es que las oficinas de la sociedad y su domicilio real se encuentran, según consta en el informe de la administración concursal (pg. 9), precisamente en el inmueble sito en la calle... núm.... de Alcobendas, en tanto que en la... núm.... (domicilio registral) lo que radica es una empresa dedicada a la domiciliación de sociedades sin que en la actualidad esté dada allí de alta la concursada. Por eso en dicha sede física de la calle... núm.... de Alcobendas, que constituye su centro operativo real, se han producido las diversas reuniones de la administración concursal con el administrador (para la

comprobación de caja y cuentas corrientes y para aclarar y confirmar saldos de inventario y lista de acreedores, como consta en la documentación anexa al informe de la administración concursal)

La acreedora menciona que en dicho inmueble moran personas vinculadas a la empresa y, en concreto, su administrador. Sin embargo, es de reseñar, que no se trata, en este caso, de la vivienda particular de un comerciante individual, lo que podría separarse de su organización empresarial, sino de un inmueble que forma parte del inmovilizado material de la persona jurídica concursada (así venía reflejado no sólo en la contabilidad del ejercicio 2003 sino también en los años anteriores), que como sociedad mercantil que es tiene por definición afectos sus bienes al desarrollo de su objeto social (que en este caso comprende tanto la actividad en el sector inmobiliario como la prestación de diversos servicios, entre ellos la asistencia a otras entidades), y que constituye además su única sede física, lo que significa que se trata de un elemento patrimonial que posee la empresa para, al menos potencialmente, su uso en la producción o suministro de bienes y servicios. Si además existen precaristas éstos deberán ser desalojados en cuanto así se les exigiera en interés del concurso.

QUINTO No se trata de desconocer la protección legal de que goza el acreedor hipotecario por la tenencia de una garantía real, sino de hacer efectivos los mecanismos de coordinación que ha previsto la Ley concursal (art. 56.2), que suponen una mera paralización temporal de la acción separada de aquél en aras al interés general de todos los acreedores y a la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para ésta, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación. No ha de olvidarse que el inmueble en cuestión es el único activo con valor real, y además muy relevante (entre millón y medio y dos millones euros), de la empresa, con lo que su prematura liquidación conllevaría la despatrimonialización de la concursada en perjuicio de la masa pasiva del concurso. Por eso la posible reanudación de las actuaciones de ejecución durante la tramitación del concurso quedará sometida a la jurisdicción de este Juzgado de lo Mercantil, a tenor de lo previsto en el artículo núm. 57 de la Ley Concursal.": Auto JM-4 Madrid 14.01.2005 (2005/2)

5. Validez de la ejecución, mediante compensación, de depósito bancario pignorado. Bien no afecto.

"La segunda impugnación a la cuantía está referida a la apropiación indebida por LA CAIXA de la garantía pignoratícia. La actora incidental entiende que el inmovilizado financiero ha sufrido un detrimento de 300.000 € por la ejecución unilateral de una garantía prestada por la sociedad VAN DER HOOP EFFREKTENBANK N.V.; ejecución que de conformidad con el art. 55 no podía realizar en ningún caso, siendo nula la acción realizada por LA CAIXA.

En el acto del juicio la demandada incidental, LA CAIXA contesta oponiéndose al indicar que se trata de una relación contractual exclusivamente entre LA CAIXA i ROELEN VARKENS SPAINS S.L. no siendo por tanto la entidad financiera VAN DER HOOP EFFERKTENBANK N.V., parte en dicho contrato. Y el contrato firmado por las partes desde luego autoriza en caso de impago del crédito hipotecario, acudir al depósito garantizado, que es un crédito con privilegio especial sobre un bien que no está afecto a la actividad empresarial, y por tanto realizable.

Y tiene razón la parte demandada. Desde luego del contrato acompañado en el acto del juicio, el documento solamente está suscrito por la concursada y LA CAIXA. Y se trata de un contrato de depósito, realizado por ROELEN VARKENS SPAIN S.L. y sobre el cual constituye una prenda en garantía de un crédito que realiza con la entidad ahora acreedora. Efectivamente VAN DEL HOOP EFFERKTENBANK no aparece en tal contrato.

Y la Jurisprudencia en relación con este tipo de contrato ha señalado lo siguiente:

- S.T.S. Sala 11 de 25 junio 2001: "esta Sala en Sentencias de 19 de abril y de 7 de octubre de 1997 ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:

A) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el "tantundem". B) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses. C) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria. D) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto Comisorio contiene el artículo 1.859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición. La admisión, en

virtud de tal doctrina, de esta clase de prenda -que actualmente ha adquirido gran desarrollo- determina que en el caso que nos ocupa el crédito del acreedor pignoraticio, excluya los de todos los demás acreedores hasta donde alcance el valor del derecho pignorado, según establece el artículo 1926.1 del Código Civil".

- S.T.S. Sala I de 26 septiembre 2002, Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier: "La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda". Por tanto frente a aquello que alega la actora incidental, que se ha producido una ejecución unilateral con infracción del art. 55 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, solo puede aceptarse que efectivamente existe una prenda, con garantía real, que permite la realización del depósito por parte de la entidad titular del derecho de crédito. Y es, como la jurisprudencia ha señalado, un derecho de crédito real, por tanto no sometido a la norma que regula el citado art. 55, "ejecuciones y apremios", sino al art. 56 "paralización de ejecuciones de garantías reales", que inicia su núm. 1 con el literal "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado,..."; y no cabe duda que LA CAIXA es un acreedor con garantía real.

Y como es así, conforme al art. 56 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, puede realizar su crédito sin problema alguna, porque el depósito que garantizaba el crédito, no está afecto a la actividad empresarial del concursado que es conforme a la solicitud de concurso, "la actividad ganadera en el más amplio sentido, incluyendo la adquisición, cría, engorde, transporte, transformación, integración y comercialización de los animales y de todos sus productos, especialmente hacia el extranjero". Y así además, porque aún cuando conste en el activo de la deudora, como pretende ésta en el incidente, tampoco es en perjuicio de los acreedores, ya que siempre se hará pago el acreedor titular de la prenda antes que el resto. Por tanto en este punto no es posible la admisión de la solicitud de la actora incidental.": Sentencia JM-1 Lleida 28.11.2005 (Incidente Concursal 41/2005)

6. Interpretación restrictiva. No cabe tercería de mejor derecho ante el jugado de primera instancia que conoce de ejecución hipotecaria contra el concursado. Competencia del Juez del concurso

"PRIMERO El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) interpone recurso de apelación contra la resolución dictada con fecha 15 de junio de 2006 en los autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Once de Valladolid, en virtud de la cual se decreta el sobreseimiento de dichos autos, relativos a la tercería de mejor derecho interpuesta por el FOGASA contra el "Banco de Sabadell, SA" y la también mercantil "LACILE, SL", declarada en concurso, al apreciar el Juez de Instancia la excepción de inadecuación del procedimiento.

Se entiende por el organismo apelante que la decisión adoptada por el Juez de Instancia resulta equivocada, pues el propio artículo 56 de la vigente Ley Concursal admite a sensu contrario la posibilidad de continuar determinadas ejecuciones contra el concursado pese a la declaración del concurso, razón por la que entiende que seguida, como ha sido, ejecución hipotecaria contra la mercantil "LACILE, SL" en esa situación de concurso, debe admitirse la formulación de la tercería de mejor derecho que se pretende en cuanto el FOGASA resulta ser titular de un crédito por importe total de 36.153,55 €, por salarios de los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supera el doble del salario mínimo interprofesional.

SEGUNDO El recurso de apelación así articulado no puede ser estimado, pues considera esta Sala que la decisión adoptada por el Juez de Instancia es correcta y ajustada a derecho, efectuándose en la instancia una adecuada interpretación de las normas jurídicas de aplicación al supuesto enjuiciado. Debe considerarse, como así lo hace el Juez de Instancia con acierto, que el designio del Legislador en la Ley Concursal es el de acumulación de cuantas reclamaciones existan contra el deudor sometido al concurso ante el Juez del Concurso, con limitadas y muy concretas excepciones determinadas en el propio texto legal. Esta circunstancia, concretada en el artículo 56 de la Ley Concursal ha facilitado que el proceso de ejecución hipotecaria iniciado por el "Banco de Sabadell, SA" contra la mercantil "LACILE, SL" continuase de forma independiente al proceso concursal pese a la declaración del concurso; sin embargo, la excepción debe entenderse restrictivamente, de tal forma que la indicada circunstancia no puede servir, como ahora se pretende por la recurrente, para el inicio de una demanda de tercería de mejor derecho que incida sobre esa ejecución hipotecaria.

A mayor abundamiento, debe indicarse que al amparo de la pretendida tercería de mejor derecho subyace el conflicto sobre la calificación de los créditos que intervienen en el concurso, siendo así que el FOGASA interpone la tercería de mejor derecho, en cuya tramitación insiste, sobre la base de la preferencia de su crédito -por importe de 36.153,55 €-, que entiende corresponde a salarios de los 30 últimos días de trabajo y en cuantía que no supera el doble del salario mínimo interprofesional, cuando resulta que dicho crédito no fue calificado como tal en el concurso, es decir, crédito contra la masa del artículo 84.2 1º de la Ley Concursal, sino como privilegiado con

privilegio general del artículo 91 de la misma Ley, aconteciendo que esta decisión ya fue objeto de expresa impugnación por el FOGASA en el incidente concursal establecido al efecto, y resuelto desfavorablemente para dicho organismo por sentencia del Juzgado de lo Mercantil de esta Ciudad en fecha 17 de febrero de 2006, al entender que la totalidad del crédito del FOGASA en el que se incluye la cantidad a la que se refiere la tercera tiene la consideración de crédito con privilegio general del artículo 91 de la Ley Concursal.

Es por ello que entiende esta Sala resuelve con acierto el Juez de Instancia, pues la controversia sobre la calificación del crédito del FOGASA solo puede resolverse por el procedimiento establecido en la Ley Concursal y ante el Juez del Concurso, sin que por ello puede pretenderse al margen del procedimiento concursal la declaración de preferencia de su crédito en una ejecución hipotecaria seguida al margen del concurso cuando dicha preferencia se argumenta en la consideración del referido crédito como crédito contra la masa cuando resulta que dicho crédito ha sido ya calificado como crédito con privilegio general.”: Auto AP Valladolid (sección 1) 20.02.2007 (JUR 2007/142543)

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Art. 56.2

1. Excepción a la suspensión: edictos ya publicados y bienes no necesarios

1.1 Han de haberse publicado todos los edictos

“**SEGUNDO** La regla que impone el núm. 2 del artículo 56 de la Ley Concursal es la procedencia de la suspensión, desde la declaración del concurso, de las actuaciones de ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado. Al contemplar la excepción a tal regla general la frase final del núm. 2 del artículo 56 de la Ley Concursal se refiere al supuesto en que los anuncios de subasta del bien o derecho afecto ya estuvieran publicados. Debe resaltarse que la expresión legal «ya estuvieran publicados los anuncios» lo es en plural, por lo que bastaría con que la última de las publicaciones (siguiendo el criterio que la propia Ley concursal apunta en sus artículos 20.4 y 21.1.5º) acordadas por el juzgador en el procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo de los artículos 645 y 668 de la LECiv, fuese posterior a la declaración de concurso, para que ya no debiera apreciarse lo que no es sino una excepción a la regla de la suspensión. De modo que estando acreditado mediante prueba documental que, en el caso de la subasta instada por La Caixa, al menos dos de los anuncios se publicaron en sendos periódicos el 23 de septiembre y el 3 de octubre de 2004, es decir, con posterioridad al auto de declaración del concurso, de fecha 20 de septiembre de 2004, no debe aplicarse la excepción a que se refiere dicho precepto legal, aunque el acreedor hipotecario haya revelado ahora la existencia, además, de un edicto (el publicado en el tablón de anuncios del juzgado) que sí era anterior”: Auto JM-4 Madrid 14.01.2005 (2005/2)

1.2 Bienes afectos y bienes necesarios

“**TERCERO** A diferencia de lo que defiende el acreedor hipotecario, no resulta preciso exigir en el presente caso que el inmueble cumpla además el requisito de tratarse de un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El núm. 2 del art. 56 de la Ley Concursal sólo alude a este requisito, que supone un plus respecto al concepto de bien afecto a que se refiere el núm. 1 del mismo precepto legal, para el caso de que los anuncios hubiesen sido anteriores a la declaración de concurso. Si, como ya se ha comprobado, no se da ese primer presupuesto no habrá lugar a analizar la concurrencia del segundo.”: Auto JM-4 Madrid 14.01.2005 (2005/2)

“Tercero: Con estos parámetros debemos interpretar el ámbito objetivo de la norma que, como he dicho, sólo quedan paralizadas las ejecuciones hipotecarias (al igual que las demás garantías reales) que recaigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o una unidad productiva de su titularidad, sin que el legislador aporte mayores datos sobre qué debe entenderse por tales bienes "afectos", que en todo caso es una categoría más amplia que la de "bienes o derechos necesarios

para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor " contemplada en el artículos 56. 2 LC y que son los únicos que permiten la paralización de la ejecuciones ya instadas en las que se haya publicado los anuncios de subasta (y que se aparece en el art 55.1.II como supuesto habilitante de la continuación de la ejecución extraconcursal, en caso de apremios administrativos o ejecuciones de los juzgados del orden social)": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.

4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.

Artículo 57. Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.

1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

Art. 57.1

1. Juez competente para la ejecución separada de derechos reales sobre bienes no afectos

"No se planteó discusión en cuanto al órgano competente para decidir si los bienes están o no afectos, parece que se estimaba aplicable lo dicho respecto de la anterior cuestión. La polémica surgió en torno al órgano competente para conocer de las ejecuciones de garantías reales sobre los bienes no afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Casi mayoritariamente se consideró que continuarían las ya iniciadas ante el juez civil, si bien surgió la duda respecto de las nuevas ejecuciones que se inicien tras la declaración de concurso. No hubo conciliación en este punto. A favor se argumentó, por la aplicación del art. 8.4º LC y de una interpretación del apartado 1º del 57 LC. En contra, se dijo que el art. 8 no parece referirse a ese caso. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, A, 7)

1.1. El Juzgado de Primera Instancia

"Cuarto.- La otra cuestión, y a mi entender aún más problemática, es la relativa a la determinación del Juez ante quien debe ejercitarse esa ejecución separada de bienes del concursado hipotecados no efectos (inicial o sobrevenidamente) y cómo se tramita, en caso de considerarse competente el juez del concurso.

El artículo 56 no dice nada y el art 57 no las contempla, ya que este precepto dice "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las, actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso. 3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada. ". Por tanto resuelve sobre el inicio o continuación de la ejecución que recaigan sobre bienes afectos (las del artículo anterior) pero guarda silencio sobre la garantías que tengan por objeto bienes no afectos

Ante este silencio caber las interpretaciones: considerar que es competente el juez del concurso o considerar que tal Ejecución separada se debe plantear ante el Juez de Primera Instancia correspondiente

La primera de la tesis, por la que se inclina, entre otros Angel Carrasco Perera, se apoya en el tenor literal del art 8 LC y 86 ter LOPJ que establecen la jurisdicción del juez del concurso para toda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado. Si bien es un argumento de peso, consideramos que no es bastante por los siguientes motivos:

i) el art 8 LC y 86 ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley, como se pone de relieve, por ejemplo, en materia laboral al establecer o fijar unas competencias los arts 64, 55,5 y 66 que no son equivalentes, sin más, con el tenor de los artículos citados. Por lo que aquí nos interesa, en materia de ejecución, si atendemos al tenor del art 8 LC (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55 LC, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, a los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas. Parece, pues, que no podemos acudir, sin más, a la interpretación literal del art 8 LC y al art 86 ter LOPJ para resolver la cuestión.

ii) el art 57 establece una norma de competencia objetiva al determinar que se somete al Juez del concurso la competencia de la ejecución que se inicie o se reanude, pero solo contempla a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afecto la actividad profesional o empresarial del deudor, y que concreta y especifica la genérica. o programática del art. 8. Si no se quiere otorgar a este art 57 de esa función discriminatoria o delimitadora de competencia, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al art 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso

iii) podría considerarse que la referencia a la jurisdicción del juez concursal del art 57 era precisa en cuanto al supuesto de reanudación de las ejecuciones entabladas antes del concurso (y que se continúan ante el juez del concurso), frente al sistema general de apremios y ejecuciones singulares entabladas que quedan suspendidas -art 55.2-. Pero el precepto se refiere también al inicio de nuevas ejecuciones. Y si es así es porque parece que quiere dar un trato diferente a estas frente a las que no se paralizan por recaer sobre bienes no afectos, ya que de lo contrario la referencia a aquellas no era necesaria al estar comprendida en el art 8.

El único sentido posible (salvo que se trate de un olvido del legislador, que ciertamente no se puede descartar) es que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso. tanto al no apocarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residen ciéndolas en el juez ordinario o instancias no judiciales.

Si la propia ley no ha considerado que estas ejecuciones de garantías reales sobre esta clase de bienes se tengan que paralizar y, en definitiva, que estén vinculadas o afectadas por la declaración de concurso, es por que respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. De esta manera no queda perturbado el mercado de crédito respecto de estos bienes, que es una de las preocupaciones del legislador (como señala la Exposición de Motivos trascrita), aplicándoles el régimen ordinario en toda su plenitud tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que sería una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia, y

iv) como afirma algún autor resulta inconciliable la idea de proceso colectivo (como el concursal) con ejecuciones singulares por créditos concursales (a tramitar en pieza separada), por lo que solo deber} admitirse los expresamente previstos en la ley y no otros.

En conclusión, y sin dejar de recordar que es una materia altamente controvertida, de la interpretación conjunta, sistemática y teleológica del art 8 en relación con el art 56 y 57 L C me inclino (en igual sentido que J.M^a Ribelles Arellano y Edorta Herrera, entre otros comentaristas) por la otra tesis que considera que el juez del concurso solo debe conocer de las ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva.

Además, hay una razón de orden procedimental que refuerza lo anterior. Si se considera competente el juez del concurso, dado que estamos hablando de ejecuciones de bienes no afectos, y por tanto no contemplados en el art 57LC, la aplicación estricta de las normas de la LC implican que esa pretensión se tramitaría por el incidente concursal del art 192 LC al no tener señalada en la ley otra tramitación, lo cual parece inconcebible y perjudicial para el titular de la garantía. Es evidente que el legislador no ha previsto esta hipótesis y ello puede ser bien porque se trate de supuestos que no tienen su encaje en el LC, continuando su conocimiento ante los Juzgados de Primera Instancia por los cauces procesales de la LEC bien como un patente olvido del legislador, que obligaría a forzar la ley y entender que el cauce es el del art 57 (previsto para los bienes afectos)": Auto JM-1 Alicante 23.02.2006 (Auto 95/2006)

"HECHOS.- ÚNICO.- Por la Procuradora Sra. Consuelo Cabiedes Miragaya, en la representación acreditada del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, se formuló demanda ejecutiva de procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca, contra PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES PAVIDASA SL, registrándose al n. 16/06.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO : La vis atractiva de la jurisdicción del concurso sobre la ejecución de las garantías reales aparece prevista en elart. 57 L.C. de cuya regulación se desprende que cuando se trate,

como en el caso presente, de acciones que inicien aquella ejecución, la competencia funcional del Juzgado del concurso únicamente operará cuando concurren los requisitos de tratarse de una garantía real que recaiga sobre bienes afectos a una actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del deudor y en cualquier caso a que hayan transcurrido los plazos de espera previstos en el párrafo primero art. 56-1 L.C., pues en el caso de tratarse de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos el inicio de tales acciones gozará del privilegio procesal de la ejecución separada. Efectivamente tal es la interpretación a que se llega partiendo primeramente de que la repetida vis atractiva encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones atinentes al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del art. 57-1a) señalando que la jurisdicción del juez del concurso se extiende al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en artículo anterior" durante la tramitación del concurso, siendo así que el art. 56 L.C. únicamente contempla el régimen de garantías reales constituidas sobre bienes afectos. Pero además llegamos a tal conclusión si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes (art. 3-1C.Civil), visto que el apartado 5º del art. 55L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello.

SEGUNDO : Visto que las acciones que inician la ejecución hipotecaria que aquí se pretenden no se encuentran en los supuestos arriba señalados para fundar la jurisdicción del Juzgado del concurso, es por lo que no procede la admisión a trámite de la demanda por carecer este órgano de competencia funcional para su conocimiento.": Auto JM-1 Oviedo 13.03.2006 (JUR 2007/43389)

“**ÚNICO** Que el artículo 8.3º de la Ley Concursal, en línea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado». Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparente contradicción con el principio general del artículo 8.3º, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia del Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º, apartado segundo, así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia. En el presente caso no se discute que la concursada no ejerce actividad económica alguna y, en definitiva, que el bien hipotecado objeto de la ejecución no se halla afecto a una actividad empresarial o profesional. En consecuencia, debe declararse la falta de competencia objetiva de este Juzgado.": Auto JM-2 Barcelona 24.05.2006 (AC 2006/1217)

“**ÚNICO.-** Recurre la representación de D, Juan Ramón Díaz Polledo la providencia de fecha quince de diciembre de 2006 por la que se deniega la petición de suspensión de la subasta instada por Caja de España de Inversiones sobre la vivienda en donde se encuentra su domicilio habitual, entendiéndose que pese a que la subasta se llegó a celebrar y al no comparecer ningún postor se adjudicó a la ejecutante, es importante que esa vivienda que constituye su principal activo patrimonial pase a integrar la masa activa del concurso para poder servir de pago al resto de acreedores.

A este respecto debe señalarse que el artículo 8.3º de la ley Concursal, en línea con lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado". Ahora bien, dicha norma, que establece un principio general, debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57. Dichos preceptos, de hecho, en aparente contradicción con el principio general del artículo 8.3º, excluyen determinadas ejecuciones de la competencia del Juez del concurso, como acontece con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio a los que alude el artículo 55.1º apartado segundo, así como con las ejecuciones

hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de los acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse y seguirse ante los Juzgados de Primera Instancia.

En el presente caso de las propias manifestaciones del concursado se deduce que no ejerce actividad económica alguna, que el bien subastado en ejecución de la hipoteca que sobre él pesaba, constituye su vivienda habitual y, en consecuencia, que no se halla afecta a una actividad empresarial o profesional.

El embargo sobre el mismo se había acordado con antelación a la declaración de concurso y se trata como ya se dijo de la consecuencia de una ejecución hipotecaria que gravaba la propia vivienda. Por consiguiente no procede reponer la providencia en su día dictada.”: Auto JM-1 Oviedo 20.02.2007 (Concurso 200/2006)

“PRIMERO.- Se presenta la actora como titular de de un crédito abierto con garantía hipotecaria suscrito con la mercantil HABITAT URBANO INMOBILIARIO S.L., en fecha 14 de noviembre de 2005, constituida la garantía sobre siete viviendas unifamiliares integradas en un conjunto formado sobre parcela identificada como N°9 sita en la unidad de ejecución 1 de L'Alquería d'Asnar, inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad de Cocentaina, al tomo 1.398, libro 16, folio 25, finca 785, inscripción 2a.

Se plantea ante este Juzgado tal demanda por entender su competencia a la vista de la no afectación de tales bienes a la actividad de la mercantil concursada (concurso n° 11/07) y de los artículos 8.3, 56 y 57 LC y art. 86 ter LOPJ.

La administración concursal y el Ministerio Fiscal, entienden que no existe afectación y entienden competente el presente juzgado.

Pese a la unanimidad de las partes consultadas, debe recordarse que la apreciación de la competencia objetiva constituye una exigencia que la ley impone al tribunal, que ha de suscitarse de oficio, sin que, por tratarse de una cuestión de orden público, quede vinculado por lo manifestado por las partes.

SEGUNDO.- Como se puso de manifiesto en la resolución del Juzgado de Lo Mercantil N° 1 de Alicante (de fecha 23 de febrero de 2006, autos 953/05) que se alega por el propio demandante, son numerosas (y de difícil solución) las cuestiones que se derivan del tratamiento de las garantías hipotecarias en la ley concursal y que, en orden a lo que nos ocupa, viene determinado por la determinación de la condición de afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y, en segundo lugar (en caso de entenderse no afectos) si es posible el despacho de la ejecución hipotecaria ante este Juzgado.

En cuanto al primer punto, dada la inactividad de la mercantil no cabe duda acerca de tal falta de vinculación de las viviendas a actividad alguna (así lo pone de manifiesto la actora y la administración concursal en sus escritos). No parece oportuno efectuar mayores argumentaciones dada la contundencia de los hechos.

TERCERO.- La cuestión suscitada a las partes por este Tribunal, partiendo de lo anterior es la relativa a la determinación del Juez competente para conocer de esa ejecución separada de bienes del concursado hipotecados no afectos (inicial o sobrevenidamente) y cómo se tramita, en caso de considerarse competente el juez del concurso.

Del examen conjunto del artículo 56 y art 57 LC se aprecia que estos preceptos resuelven sobre el inicio o continuación de la ejecución que recaiga sobre bienes afectos (art. 56) pero guarda silencio sobre la garantías que tengan por objeto bienes no afectos. Así, el último precepto expone: "1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada."

Se cita por el propio actor la tesis mantenida por Angel Carrasco Perera (entre otros), que sobre el tenor literal del art 8 LC y 86 ter LOPJ considera la jurisdicción del juez del concurso para toda ejecución frente a bienes o derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado.

Tal consideración es rebatida por el Magistrado Titular del Juzgado Mercantil N° 1, en la resolución citada por el propio actor (y en auto posterior de 29 de septiembre de 2006), en base a los siguientes argumentos que paso a reproducir:

"i) el art 8 LC y 86 ter LOPJ establecen un catálogo de competencias genéricas que después deben concretarse atendiendo al articulado de la ley, como se pone de relieve, por ejemplo, en materia laboral al establecer o fijar unas competencias los arts 64, 65 y 66 que no son equivalentes, sin más, con el tenor de los artículos citados. Por lo que aquí nos interesa, en materia de ejecución, si atendemos al tenor del art 8 LC (y el correlativo de la LOPJ) toda ejecución judicial o administrativa contra el patrimonio del concursado es competencia del juez del concurso, pero tal conclusión enseguida observamos que es incorrecta con la simple lectura del art 55 LC, que puntualiza y excepciona, con distinta intensidad y requisitos, a los apremios administrativos, las ejecuciones laborales ya entabladas y las ejecuciones de garantías reales a iniciar o ya iniciadas.

Parece, pues, que no podemos acudir, sin más, a la interpretación literal del art 8 LC y al art 86 ter LOPJ para resolver la cuestión.

ii) el art 57 establece una norma de competencia objetiva al determinar que se somete al Juez del concurso la competencia de la ejecución que se inicie o se reanude, pero solo contempla a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes del concursado afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y que concreta y especifica la genérica θ programática del art. 8. Si no se quiere otorgar a este art 57 de esa función discriminatoria o delimitadora de competencia, no tendría sentido la norma, ya que bastaría acudir al art 8 LC para afirmar que todas las ejecuciones corresponden al juez del concurso.

iii) podría considerarse que la referencia a la jurisdicción del juez concursal del art 57 era precisa en cuanto al supuesto de reanudación de las ejecuciones entabladas antes del concurso (y que se continúan ante el juez del concurso), frente al sistema general de apremios y ejecuciones singulares entabladas que quedan suspendidas -art 55.2 -. Pero el precepto se refiere también al inicio de nuevas ejecuciones. Y si es así es porque parece que quiere dar un trato diferente a estas frente a las que no se paralizan por recaer sobre bienes no afectos, ya que de lo contrario la referencia a aquellas no era necesaria al estar comprendida en el art 8.

El único sentido posible (salvo que se trate de un olvido del legislador, que ciertamente no se puede descartar) es que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso, tanto al no aplicarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residenciándolas en el juez ordinario o instancias no judiciales.

Si la propia ley no ha considerado que estas ejecuciones de garantías reales sobre esta clase de bienes se tengan que paralizar y, en definitiva, que estén vinculadas o afectadas por la declaración de concurso, es por que respecto de ellas no se aprecia con igual intensidad el principio de atracción del juez del concurso derivado del carácter del concurso como procedimiento universal. De esta manera no queda perturbado el mercado de crédito respecto de estos bienes, que es una de las preocupaciones del legislador (como señala la Exposición de Motivos trascrita), aplicándoles el régimen ordinario en toda su plenitud tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que sería una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia, y

iv) como afirma algún autor resulta inconciliable la idea de proceso colectivo (como el concursal) con ejecuciones singulares por créditos concursales (a tramitar en pieza separada), por lo que solo deben admitirse los expresamente previstos en la ley y no otros".

CUARTO.- Tales sólidos argumentos deben llevarnos a interpretar que la vis atractiva de la jurisdicción del concurso sobre la ejecución de las garantías reales que aparece prevista en el art. 57 L.O únicamente operará cuando concurren los requisitos de tratarse de una garantía real que recaiga sobre bienes afectos a una actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del deudor y en cualquier caso a que hayan transcurrido los plazos de espera previstos en el párrafo primero art. 56-1 L.C, pues en el caso de tratarse de garantías reales constituidas sobre bienes no afectos el inicio de tales acciones gozará del privilegio procesal de la ejecución separada.

Esta es la interpretación a la que se llega "... partiendo primeramente de que la repetida vis atractiva encuentra su lógico fundamento en la necesidad de amparar en el seno del concurso las cuestiones atinentes al destino de los bienes afectos y solo respecto de ellos, pues su suerte es la que está en condiciones de comprometer la continuación de la actividad del deudor y con ello el éxito de una solución convenida al concurso, y en ese preciso sentido se expresa la redacción literal del art. 57-1 al señalar que la jurisdicción del juez del concurso se extiende al ejercicio de acciones que se inicie o se reanude "conforme a lo previsto en artículo anterior" durante la tramitación del concurso, siendo así que el art. 56 L.O únicamente contempla el régimen de garantías reales constituidas sobre bienes afectos."(Auto de 13 de marzo de 2006, JM de Oviedo).

El mencionado Auto propone otro argumento interpretativo a favor: "... llegamos a tal conclusión si acudimos a los antecedentes parlamentarios en la tramitación de las normas concordantes

(art. 3-1 C.Civil), visto que el apartado 5º del art. 55 L.C. que originalmente disponía que la ejecución de bienes no afectos se habría de sustanciar hasta que tenga lugar la realización de los bienes, fue suprimido en aras a posibilitar el íntegro desenvolvimiento de la ejecución separada comprensivo incluso de la realización de los bienes y el reparto del precio obtenido por ello."

QUINTO.- El Juzgado de Lo Mercantil N° 1 de Alicante, en su resolución de 29 de septiembre de 2006, propone, además, una razón de orden procedimental para excluir su competencia. "Si se considera competente el juez del concurso, dado que estamos hablando de ejecuciones de bienes no afectos, y por tanto no contemplados en el art 57LC, la aplicación estricta de las normas de la LC implican que esa pretensión se tramitaría por el incidente concursal del art 192 LC al no tener señalada en la ley otra tramitación, lo cual parece inconcebible y perjudicial para el titular de la garantía. Es evidente que el legislador no ha previsto esta hipótesis y ello puede ser bien porque se trate de supuestos que no tienen su encaje en el LC, continuando su conocimiento ante los Juzgados de Primera Instancia por los cauces procesales de la LEC bien como un patente olvido del legislador, que obligaría a forzar la ley y entender que el cauce es el del art 57 (previsto para los bienes afectos)".

En los mismos términos se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil num 2 de Barcelona en Auto de 24 de mayo de 2006: " Así, el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad. Por tanto, en sentido contrario, las ejecuciones hipotecarias

sobre bienes no afectos, por gozar del privilegio procesal de la ejecución separada, deben interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia. En el presente caso no se discute que la concursada no ejerce actividad económica alguna y, en definitiva, que el bien hipotecado objeto de la ejecución no se halla afecto a una actividad empresarial o profesional. En consecuencia, debe declararse la falta de competencia objetiva de este Juzgado".

SEXTO.- Visto que la demanda suscitada y los bienes sobre los que recae la garantía no se encuentran en los supuestos arriba señalados para fundar la competencia de este Juzgado, no procede la admisión a trámite de la demanda por carecer este órgano de competencia objetiva para su conocimiento." Auto JM-1 Alicante 03.07.2007 (Incidente Concursal 241/2007)

2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.

3. Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.

SECCIÓN 3 - DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS EN PARTICULAR

Artículo 58. Prohibición de compensación.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal.

1. La salvedad que contempla este precepto se refiere a la compensación legal, no a la convencional

"**TERCERO.-** Resuelto lo anterior, la primera cuestión de fondo a dilucidar en el presente incidente de impugnación exige comenzar por determinar si han de entenderse compensados los saldos acreedor y deudor existentes entre las partes, derivado de sus relaciones comerciales, en base al pretendido acuerdo compensatorio entre la entidad Piensos Cartagena,S.L y la concursada.

Con carácter previo ha de señalarse que la compensación es una de las formas de extinción de las obligaciones que supone reciprocidad entre acreedor y deudor y analogía en las deudas, y conforme a estos principios cardinales, previene el código civil, para que se pueda aplicar la compensación establecida en el art.1195, que concurran las circunstancias o requisitos que

determina el siguiente artículo, es decir el art. 1196, entre las que se consignan que ambas deudas sean vencidas, líquidas y exigibles.

Esta compensación- la que opera cuando concurren los requisitos establecidos en el código civil- es la legal, y produce el efecto extintivo que dispone el art. 1202, pero como reconoce mayoritariamente doctrina y jurisprudencia, existen otras dos clases de compensación como la judicial y la voluntaria. La primera la puede disponer el Juez cuando falte alguno de los requisitos legales, siempre que el crédito del demandado derive de una relación que le ligue directamente al actor, que las deudas tengan un contenido homogéneo y que el elemento que falte pueda ser actuado judicialmente, como podría ser la liquidación de la cantidad debida. La segunda- la voluntaria- tiende a lograr el efecto compensatorio en aquellos supuestos en los que legalmente no corresponde por ausencia de uno o varios de los requisitos legales, que se puede alcanzar por acuerdo de las personas interesadas en la compensación (compensación convencional), o por voluntad unilateral del titular del crédito o deuda en la que concurre la circunstancia impeditiva de la compensación (compensación facultativa). El fundamento de la voluntaria estaría en el art. 1255 y en el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones.

Sentado lo anterior, ha de reseñarse que la cuestión de la existencia de dos personas que por derecho propio son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, (art. 1195 del código civil) ante la situación de concurso (o de quiebra) de una de ellas no se resolvía en nuestro derecho anterior a la reforma, siendo distintas las posturas doctrinales y jurisprudenciales mantenidas al respecto.

Por contra, el legislador concursal ha optado de una manera clara por prohibir la compensación dentro del concurso, admitiendo sólo sus efectos en el caso de que los requisitos de la misma se hayan producido con anterioridad a la declaración (art. 58 de la Ley Concursal). Con ello la reforma lo que ha hecho es asumir la postura de la doctrina mayoritaria sobre la compensación dentro de la quiebra, de manera que se considera que a efectos del concurso sólo es operativa la compensación de créditos y deudas cuyos requisitos se han producido antes de la declaración del concurso. Es en el artículo 1196 del Código Civil donde se establecen los requisitos que deben cumplirse para que proceda la compensación; que los obligados lo sean recíprocamente con carácter principal, que las deudas consistan en una cantidad de dinero (o siendo fungibles de la misma especie y calidad), que se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles y que no exista sobre las mismas retención o contienda promovida por tercero y notificada oportunamente al deudor.

Que el art. 58 de la Ley Concursal prohíba la compensación, salvo si esos requisitos aludidos se hubieran producido con anterioridad a la declaración, resulta lógico porque en tal caso la obligación estaría extinguida pendiente únicamente de la declaración. Y esa salvedad, cuya interpretación ha de ser restrictiva dado el carácter prohibitivo de la norma, ha de entenderse referida exclusivamente a la compensación LEGAL- a la que se opera cuando concurren los tantas veces repetidos requisitos del art. 1196 del código civil- y no a la CONVENCIONAL como pretende la entidad actora.

Hacer extensiva la excepción del último inciso del primer párrafo (que exige expresamente la concurrencia de los requisitos de la compensación) a la convencional daría lugar a abusos pues se alegaran frecuentemente en la práctica judicial pretendidos acuerdos entre el deudor común y sus acreedores más allegados en ese sentido, que de admitirse, vulnerarían el principio de la *par conditio creditorum* que no permite que se pueda utilizar una parte del activo del concurso en beneficio de unos acreedores, perjudicando a los demás.

En consecuencia procede desestimar la primera de las pretensiones, deducida con carácter principal, en el escrito de demanda.

CUARTO.- Resta por determinar si procede la compensación por concurrir los requisitos del art. 1196 del código civil antes de la declaración del estado concursal, acreditamiento que compete a la actora a tenor del postulado probatorio consagrado en el art. 217 de la LEC.

La entidad actora únicamente acompaña a su demanda copia de cinco pagarés para acreditar el crédito recíproco cuya compensación pretende (documento nºero 4) todos ellos de vencimiento en Noviembre de 2004, después de la declaración del concurso que aconteció por auto de fecha 4 de Octubre de 2004. Son los codemandados los que aportan a las actuaciones copia de los veintinueve pagarés entregados por la concursada en pago de las mercancías recibidas de la actora, de los cuales son diez los que documentan créditos compensables por ser de vencimiento anterior a la declaración del concurso, concretamente de los documentos acompañados por CONCENTRADOS Y PIENSOS a su contestación con los nºeros 1 por importe de 11.699,78 euros, nºero 4 por la suma de 24.077,01 euros, nºero 5 por 28.463,75 euros, nºero 6 por 28.923,75 euros, nºero 24 por 25.617,30 euros, nºero 25 por 25.617,30 euros, nºero 26 por 25.617,30 euros, nºero 27 por 19.440 euros, nºero 28 por 19.130,58 euros y nºero 29 por otros 19.130,58 euros, lo que contabiliza un total de 227.617,35 euros, importe éste a compensar con la deuda a favor de la concursada, lo que ha de repercutir tanto en el crédito reconocido a favor de la actora como en su deuda.”: Sentencia JM-1 Murcia 28.04.2005 (Concurso 7/2004)

2. Admisibilidad de la compensación en cuenta corriente mercantil

“Y debe tenerse en cuenta al respecto que, aun cuando -como es sabido- la mecánica propia de la cuenta corriente se funda en el principio de compensación, y, a pesar de que el art. 58 de la Ley Concursal es contrario en términos generales a la operatividad de dicho principio en el seno del concurso, lo cierto es que la doctrina se ha encargado de poner de relieve, acudiendo al Derecho comparado, cómo las legislaciones que cuentan con una norma equivalente al aludido art. 58 reconocen no obstante, como excepción a dicha regla general, la operatividad de la compensación en el seno del concurso en el caso de «operaciones conexas» o créditos «ex eadem causa», y, en especial, cuando se trata -como en el caso- de contratos de cuenta corriente mercantil («Comentario de la Ley Concursal», Angel Rojo y otros, pag. 1088, Edit. Thomson). Precisión ésta que se efectúa porque, aun cuando se trata de una cuestión exclusivamente concerniente a los créditos concursales, no obstante pudiera plantear problemas interpretativos la aplicabilidad del art. 58 LC a aquellos créditos que, no obstante aparecer calificados como créditos contra la masa, no lo sean por naturaleza y deban dicha calificación, exclusivamente, al ejercicio de la opción prevista en el art. 155-2 LC.”: S JM-2 Madrid 1.03.2006 (AC 2006\414)

3. Compensación legal. Compensación convencional con función de garantía. Aplicabilidad de las reglas de los contratos bilaterales.

“**Segundo.**- En el ordenamiento jurídico español la compensación se ha configurado legalmente como una forma de pago, un modo de extinción de las obligaciones. El artículo 1.156 del Código civil al enumerar los supuestos en los que se extinguen las obligaciones reconoce en penúltimo lugar que las obligaciones se extinguen por compensación.

El artículo 1.195 y siguientes regulan los supuestos, requisitos y efectos de la compensación. A efectos sistemáticos puede distinguirse entre la compensación legal – que debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 1.196 –, la compensación convencional – pactada por las partes en los términos que recojan los correspondientes contratos – y la compensación judicial – acordada por resolución judicial.

Conforme a reiterada jurisprudencia la compensación se configura “*como fórmula de pago abreviado por retorno y reciprocidad de intereses (Sentencia de 26-11-1991) y sin que sea preciso la contemporaneidad de los créditos, ni su extracción de la misma causa jurídica (Sentencia de 27-6-1995)*”(STS de 24-3-2000).

Entendida como una fórmula de pago en los procesos concursales en los que ha de liquidarse el patrimonio del concursado la aceptación de los mecanismos compensatorios puede quebrantar el principio de *par conditio creditorum* ya que por la vía de la compensación un acreedor puede ver satisfecho en todo o en parte su crédito obteniendo una cuota superior a la que conforme a su calificación le correspondería en el concurso. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-5-1993 advertía que: “el fin principal de la suspensión de pagos, regida por los principios de universalidad y «*par conditio creditorum*» es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que se vería frustrado si se permitiera sustraer a la masa créditos de igual posición [S. 24-6-1991], lo que sucedería de accederse a la compensación que interesa la recurrente, pues de esta manera se marginaría la suspensión de pagos declarada y sus efectos inmovilizadores en favor de la masa de la misma, toda vez que los créditos han sido determinados posteriormente en la sentencia judicial. La compensación actúa no como instrumento de garantía sino como una efectiva forma de pago extintiva de las obligaciones y por ello se generaría de este modo una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo y a aquellos acreedores que no les corresponde según el mandato de la Ley, de actuar como prevalentes sobre los créditos integrados y sometidos al control de la suspensión de pagos. Desde el momento que ésta se declara, surge una situación especial en cuanto afecta a los créditos pendientes, que, al integrarse en la colectividad de la masa, pierden su singularidad y características propias y les afectan los avatares y concurrencias circunstanciales del procedimiento, con la necesaria y acatable subordinación al interés común, conforme a los principios que inspiran a la Ley de 26-7-1922 [SS. 1-3-1929 y 10-12-1941]”.

Tercero.- No existía en el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley Concursal una norma específica en materia de compensación aunque el Tribunal Supremo había permitido la compensación realizada frente al deudor declarado en suspensión de pagos si los requisitos para la compensación se daban con anterioridad a la declaración de suspensión de pagos (Sentencias de 10 de diciembre de 1941 y 21 de marzo de 1932 citadas en el Fundamento primero párrafo 5º de la STS de 11 de julio de 2005).

Cuarto.- Cuando la Ley Concursal incluye el actual redactado del artículo 58 un sector importante de la doctrina saluda que haya accedido a la norma positiva un criterio jurisprudencial que había planteado algunos problemas tanto teóricos como prácticos en su formulación y efectos.

El artículo 58 de la Ley Concursal establece que: “*“ Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de créditos y deudas del concursado, pero*

producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración.

En caso de controversia en cuanto a éste extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal”.

La remisión al artículo 205 de la Ley Concursal – normas de derecho internacional privado – apunta a una configuración de la compensación que hasta la fecha no había sido considerada por la jurisprudencia, la de que la compensación no fuera tanto un medio de pago como una garantía. Por eso, en previsión de aquellos países que configuran la compensación como un modo de garantía, en el ámbito del derecho internacional las normas UNCITRAL en materia de insolvencia transfronteriza – no suscritas por España – permiten las compensaciones cuando así lo establezcan las disposiciones de los distintos estados (es el caso de Alemania, que admite la compensación tanto preconcursal como postconcursal, y en igual sentido Inglaterra, Italia, Suiza, Holanda, Canadá y Estados Unidos.

Quinto.- En la práctica de la contratación bancaria las cláusulas de compensación son habituales en la práctica totalidad de los contratos, cláusulas que establecen pactos de compensación muy amplios que incluso permiten que el acreedor enajene activos que el deudor pueda tener en depósito en la entidad financiera – letras del tesoro, acciones cotizadas en mercados secundarios, opciones de compra -. Las fórmulas de compensación actúan no tanto como un mecanismo de pago, sino como una garantía que favorece o facilita los préstamos y créditos. Se habilita una línea de crédito a una sociedad mercantil porque dicha sociedad dispone de otras cuentas, fondos, imposiciones o productos financieros que permiten ponderar los riesgos derivados de un incumplimiento de la obligación cuando venza. Estas garantías pueden ir acompañadas de alguna fórmula de prenda o pignoración de activos del deudor – normalmente imposiciones a plazo fijo – o quedar en meras cláusulas de compensación que reducen los riesgos. La consideración de la compensación como una fórmula de garantía en el derecho español ha sido cuestionada por autores como el profesor Díaz Lezcano que entiende que es “una figura claramente favorable para las entidades financieras, que buscan con ella evitar tener que acudir a la controvertida figura de la prenda de créditos, y utilizar, en cambio, la compensación de manera indirecta, lo que permite al acreedor ejercitar el crédito en caso de impago, toda vez que el crédito pignorado no se subasta sino que se compensa”. Se trata, por lo tanto de un debate abierto.

Cuando en marzo de 2005 se promulga el RD 5/2005, de 11 de marzo, convalidado por resolución de 7 de abril, y que tiene como título: Reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; se puede replantear si el legislador español no ha querido introducir en nuestro ordenamiento de un modo un tanto asistemático un sistema de compensación desvinculado del mero instrumento de pago y convertido en una garantía para el acreedor. El ámbito objetivo y subjetivo del RD 5/2005 plantea algunas dudas respecto de su aplicación a los simples contratos bancarios de crédito y préstamo, pero lo cierto es que tanto su confusa redacción, como la amplitud con la que se definen las operaciones de compensación en el artículo 5 - *“Este capítulo se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con éste”* -, lleva a considerar necesario revisar el alcance del artículo 58 de la Ley Concursal.

Sexto.- Vinculado con el fundamento anterior debe abordarse una cuestión procesal planteada por la representación de la demandada por entender que al amparo del artículo 16 del texto del RD 5/2005 no caben acciones rescisorias para fiscalizar las operaciones realizadas al amparo de esa norma. Esta cuestión de índole procesal no debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) No es pacífica la aplicación del mencionado RD a los supuestos de pactos de compensación recogidos en simples pólizas de crédito o préstamo;
- 2) Incluso aun cuando fuera de aplicación ese RD – cuestión abordada en otras resoluciones del Juzgado – el artículo 16 no establece una prohibición absoluta de ejercicio de acciones rescisorias ya que las mismas podrían plantearse cuando exista o pueda existir fraude de acreedores, la redacción del artículo de referencia del RD debe vincularse al hecho de que en este tipo de operaciones no hayan de aplicarse el juego de presunciones previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, pero no a que las operaciones de compensación no puedan y deban ser fiscalizadas;
- 3) En todo caso la acción ejercitada no sería la prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal sino el incidente al que se refiere el artículo 58 de la Ley Concursal, incidente que no cuenta con los condicionantes de la acción reintegratoria específica.

Séptimo.- Por otra parte no es pacífico en la doctrina que el artículo 58 deba aplicarse tanto a las compensaciones legales – las que cumplen los requisitos previstos en el artículo 1196 del Código civil – como a las pactadas por las partes, autores como la profesora Bermejo afirma que el régimen del artículo 58 está pensado fundamentalmente para la compensación legal, no la

compensación convencional y que, “es necesario acomodar la aplicación del precepto a los presupuestos de la compensación convencional [...] para invocar la eficacia frente al concurso de esta modalidad de compensación han de existir antes de la declaración todos los elementos que posibilitem la compensación anticipada”. Otros autores – Gálán López – consideran directamente que “no ofrece dudas de que éste [con referencia al artículo 58 de la Ley] aparece referido exclusivamente a la compensación legal”.

El régimen jurídico de la compensación legal se somete a la disciplina del artículo 1196 del Código civil mientras que los denominados pactos compensatorios se regulan por otras normas, las propias de la libre voluntad de las partes al pactar – artículo 1255 del Código civil – que habilita las compensaciones aunque las obligaciones no sean de la misma naturaleza, no estén ambas dos vencidas o no sean exigibles. En los pactos de compensación derivados de los contratos bancarios no se trata de considerar que quien es acreedor de una obligación es, recíprocamente, deudor en otra respecto del mismo sujeto y que esa circunstancia permite que los saldos se puedan o deban atemperar. De lo que realmente se trata de que por medio de una cláusula contractual el acreedor puede disponer de bienes o derechos del deudor – vencidos o no líquidos o no – para garantizar una deuda en el supuesto de que la misma no pueda ser cumplida en el modo inicialmente previsto.

En los supuestos de pacto convencional de compensación lo razonable es acudir a las normas que la propia ley concursal prevé para el cumplimiento de los contratos, es decir, si los contratos están en vigor las cláusulas que prevén fórmulas de compensación deben someterse al régimen del resto de cláusulas contractuales en función de que exista o no incumplimiento del contrato (artículo 61 y 62 de la Ley Concursal) y en función de que se resuelvan o no las obligaciones en el marco del proceso concursal.

Por lo tanto si los contratos están en vigor en el momento de declararse el concurso las cláusulas de compensación hacen su función de garantía y deben someterse a las reglas generales de los contratos en el concurso, sin embargo si el contrato se hubiera resuelto, es decir si el contrato hubiera vencido antes de la declaración del concurso la compensación actúa como sistema de pago y, por lo tanto, sometido a las limitaciones examinadas.” : Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006) y Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006), que en su fundamento siguiente resuelven en sentido diverso por las distintas circunstancias fácticas (vid. Infra).

3.1 Vigencia del pacto de compensación convencional incluido en contrato bilateral vigente

“Octavo.- Trasladadas las anteriores consideraciones la supuesto de autos debe tenerse en cuenta:

- Que la cláusula de compensación pactada permite tres operaciones distintas:
 - o Que cerrado el crédito derivado del contrato puedan aplicarse al saldo derivado del mismo las cantidades que existan en efectivo en favor del deudor en toda clase de cuentas individuales de las que disponga en la entidad financiera.
 - o Que el saldo favorable del que pueda disponer el deudor en esta línea de crédito pueda ser aplicada a otras deudas que puedan tener en favor de la misma entidad.
 - o Que se puedan vender toda clase de valores o activos depositados en el acreedor para amortizar las cantidades que resulten adeudadas en el contrato.
- El propio contrato prevé dos supuestos distintos de conclusión:
 - o Por vencimiento del plazo pactado si no se hubiera hecho efectivo el derecho de prórroga previsto.
 - o La resolución del contrato por cualquiera de las causas previstas en el punto décimo del contrato para supuestos de incumplimiento.
- BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. no resolvió anticipadamente el contrato por ninguna de las causas previstas en el mencionado contrato, incluso mantuvo la póliza abierta tras la declaración de concurso.
- La aplicación de saldos en favor de la deuda se produce con posterioridad a la declaración del concurso.

Cabe, por lo tanto, la posibilidad aplicarle al demandado el régimen de los contratos en vigor pues el suyo no se había resuelto por ninguna de las causas previstas en el mismo ni se habían articulado los mecanismos de resolución o de mantenimiento previstos en el artículo 61 y 62 de la Ley Concursal.

Si se mantenía el contrato en vigor – al margen del uso o incidencias que las partes pudieran denunciar y que sin embargo no se comunicaron al Juzgado -, la vigencia determinaba que en aplicación del clausulado las compensaciones fueran posibles.”: Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006)

3.2 Inaplicabilidad del pacto de compensación convencional incluido en contrato bilateral no vigente

“Octavo.- Trasladadas las anteriores consideraciones la supuesto de autos debe tenerse en cuenta:

- Que la cláusula de compensación pactada permite tres operaciones distintas:
 - o Que cerrado el crédito derivado del contrato puedan aplicarse al saldo derivado del mismo las cantidades que existan en efectivo en favor del deudor en toda clase de cuentas individuales de las que disponga en la entidad financiera.
 - o Que el saldo favorable del que pueda disponer el deudor en esta línea de crédito pueda ser aplicada a otras deudas que puedan tener en favor de la misma entidad.
 - o Que se puedan vender toda clase de valores o activos depositados en el acreedor para amortizar las cantidades que resulten adeudadas en el contrato.
- El propio contrato prevé dos supuestos distintos de conclusión:
 - o Por vencimiento del plazo pactado si no se hubiera hecho efectivo el derecho de prórroga previsto.
 - o La resolución del contrato por cualquiera de las causas previstas en el punto décimo del contrato para supuestos de incumplimiento.

- CAJA MADRID no resolvió anticipadamente el contrato por ninguna de las causas previstas en el mencionado punto 10 del contrato, sino el vencimiento por el plazo pactado, vencimiento que se hace efectivo porque la entidad financiera decide no prorrogar el contrato.- El vencimiento se produce semanas antes de la declaración de concurso y determina que se advierta de la existencia de un saldo deudor a favor de la entidad demandada, saldo que es el que se insinúa en el procedimiento concursal.

- La aplicación de saldos en favor de la deuda se produce con posterioridad a la declaración del concurso.

No es posible, por lo tanto, aplicarle al demandado ni el régimen de los contratos en vigor pues el suyo se resolvió por expiración del plazo pactado antes del concurso, ni las fórmulas derivadas del RD 5/2005, previstas para pactos y operaciones que permitan la inmediata compensación realizada antes de la declaración de concurso o en el momento en el que se produce, ni tan siquiera el artículo 58 de la Ley Concursal ya que habla de efectos de compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso. En este caso antes de la declaración de concurso la deuda en favor de CAJA MADRID existía pero no así la existencia de otros activos en las cuentas del concursado que puedan ser compensados, activos que se manifestaron casi dos meses después de la declaración de concurso de concurso, por lo tanto no se daban en el momento anterior a su declaración.

En definitiva y puesto que el contrato había ya vencido no parece ni razonable ni ajustado al contenido de la norma que ese vencimiento previo a la declaración del concurso permita al acreedor habilitar el medio de pago propio de la compensación respecto de saldos que se generan cuando el concurso ya ha sido declarado. El demandado ha de reintegrar las cantidades que aplicó en octubre de 2005 y debe devolver las mismas aplicando los intereses pactados desde la fecha en la que dispuso de ellos hasta la completa devolución.”: Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 462/2006)

4. Improcedencia de la compensación del IVA a devolver

“Segundo.- En el supuesto de autos la Abogacía del Estado se opone a la aprobación de la rendición de cuentas de la administración concursal de la mercantil TEIXITS ORATAM S.L. por discrepancias en las siguientes cuestiones: (...) c) De igual modo la administración concursal ha considerado como pago a cuenta del crédito con privilegio general el saldo del IVA a compensar del período de liquidación – 13.589’40 euros a favor de la concursada. (...) La Abogacía del Estado, en defensa de los intereses de la Agencia Tributaria, considera que (...) tampoco puede compensarse el IVA debido a la concursada porque no se ha generado la correspondiente devolución. (...)

Quinto.- El último problema que corresponde abordar es el de la posible compensación del crédito privilegiado reconocido a la Hacienda Pública con las cantidades pendientes de devolución por IVA. El artículo 58 de la Ley Concursal referido a la prohibición de compensación se ocupa de los supuestos en los que los requisitos para la compensación concursal se dieran antes de la declaración de concurso. La compensación en el Código civil opera como

instrumento de pago – artículo 1156 al enumerar los supuestos de extinción de las obligaciones - . Los requisitos para que se produzca la compensación aparecen en el artículo 1196 del Código civil.

Al tratarse de la compensación de un instrumento de pago debe conjugarse con los principios concursales y el sistema de pagos conforme a los privilegios en los términos del artículo 154 y siguientes de la Ley Concursal de modo que no será posible compensar la deuda de un acreedor ordinario con cargo a una deuda que este acreedor tenga con el concursado si hay acreedores con privilegio general que no hayan cobrado su crédito, ni la compensación de créditos respecto del acreedor ordinario puede determinar que le corresponda una cuota de liquidación por compensación superior a la que le corresponde al resto de acreedores ordinarios.

Por lo tanto ha de evitarse una aplicación automática de la compensación en sede concursal.

En el supuesto de autos hay una cantidad pendiente de ingresar en la masa activa del concurso derivada de una devolución de impuestos. Tal y como manifiesta la propia Agencia Tributaria “no se ha generado la correspondiente devolución”, es decir no se cumplen los requisitos del artículo 1196 del Código civil puesto que no sería exigible, si asimilamos el momento en el que se produce el correspondiente título de devolución con el de exigibilidad civil.

En definitiva ni los créditos serían compensables por no ser exigible la cantidad derivada de la devolución de IVA ni aún siendo exigible podría compensarse de modo automático si con ello se altera o afecta el orden de pago de los créditos del artículo 91 de la Ley Concursal, por cada uno de los ordinales y, dentro de cada uno de ellos, a prorrata.

Al formularse el inventario – artículo 82 de la Ley – la administración concursal debía establecer respecto de los activos que integran la masa su situación, sus cargas y el estado en que se encuentren. Cierto es que la Ley Concursal establece un plazo de duración de la liquidación que no ha de superar los 12 meses, pero también lo es que esa duración debe compaginarse y armonizarse con las circunstancias de cada caso y, en concreto, sobre las situaciones de contingencia hasta que esa contingencia desaparece. Desde esta perspectiva resulta razonable prorrogar las operaciones de liquidación por causas justificadas y, entre ellas, la planteada en los presentes autos.

Por lo tanto debe fijarse el crédito privilegiado de la Hacienda Pública sin compensación alguna, sin perjuicio de que en el momento de pago, de ser efectiva la devolución anunciada, se aplique al pago la cantidad adeudada en los términos derivados del artículo 156 de la Ley Concursal.”: SJM-3 Barcelona 23.05.2007 (Incidente Concursal 189/2007)

Artículo 59. Suspensión del devengo de intereses.

1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley.

Art. 59.1

1. La referencia de este precepto a los intereses de los créditos con garantía real no alcanza a intereses moratorios preconcursales derivados de arrendamiento financiero y análogos

“**CUARTO** En cuanto a los intereses moratorios devengados antes del concurso por el arrendamiento financiero y que la impugnante cifra en 1.031,14 euros, la cuestión a resolver pasa por averiguar si los créditos por arrendamientos financieros caen dentro del régimen previsto para los créditos con garantía real toda vez que estos últimos gozan de un tratamiento diferenciado en lo que hace referencia tanto a los intereses preconcursales como a los postconcursales. Se trata por lo tanto de interpretar si la mención de «créditos con garantía real» utilizada por el art. 59-1 LC para excepcionar la regla general de suspensión del devengo de intereses se ha de extender no solo a las genuinas garantías reales sino también a otros créditos con privilegio especial del art. 90-1 LC como es el caso de los arrendamientos financieros, de donde resultaría que también estos últimos tendrían abierta no solo la facultad de seguir devengando intereses postconcursales que se habrían de computar en la masa pasiva sino también la de incluir los intereses preconcursales, y ambos con aquel privilegio.”.

La clara finalidad a la que atiende la regla de suspensión del devengo de intereses del art. 59 LC es, por un lado, la de inmovilizar en lo posible el pasivo del concurso, evitando que éste siga aumentando durante el transcurso del procedimiento en perjuicio de la perspectiva de cobro del resto de acreedores y entorpeciendo notablemente la consecución de una solución concursal, ya sea la convencional o la liquidativa, y de otro lado equiparar en el trato a los distintos

acreedores concursales sin hacer de peor condición a los titulares de créditos que no tuvieran a su favor dicho devengo. Esta regla general encuentra dos excepciones, la del crédito laboral cuyos intereses postconcursoales tendrán la calificación de subordinados (art. 59-1 en relación con art. 92-3º LC) y la de los créditos con garantía real en los que se respeta ese devengo y además con la calificación propia del privilegio especial. La interpretación de la excepción referida a los créditos con garantía real y del alcance de tal prerrogativa debe conectarse tanto con los principios inspiradores de la Ley Concursal como el resto de su articulado, todo lo cual conduce a entender que el art. 59-1 LC limita el devengo de intereses postconcursoales a los créditos revestidos de genuinas garantías reales, entendidas como derechos constituidos sobre cosa ajena y oponibles erga omnes, y no a otro tipo de créditos como son los derivados de titularidades dominicales con fines de garantía (arrendamiento financiero, compraventa de bienes con precio aplazado y reserva de dominio), por más que el legislador les haya dispensado un tratamiento asimilado a las garantías reales al revestirles también de privilegio especial incluyéndoles en el art. 90 LC

Efectivamente, el legislador aún partiendo de la clara diferencia entre ambas categorías (como lo expresa en el apartado III de la Exposición de Motivos) las equipara en su tratamiento hasta el punto de conceder a ambas una posibilidad de ejecución separada en el art. 56. Ahora bien, del examen del régimen de esta ejecución separada -extensible también para los créditos nacidos de los arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución- encontramos que se concede a la Administración concursal la facultad de optar, durante el período de paralización de las acciones a que se refiere el art. 56, por atender con cargo a la masa el pago de dichos créditos y sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 56-3 en relación art. 155-2 LC), siendo así que ante la eventualidad de este rescate de los bienes la Administración concursal vendría obligada a «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» (art. 155-2 inciso final L.C). Se contempla por lo tanto en la norma una expresa previsión de que los únicos intereses que se pueden haber devengado y que deberán ser satisfechos son los «vencidos», concepto predicable de los intereses remuneratorios pero no así de los moratorios, esto es, se tratará ordinariamente de créditos de financiación revestidos de garantías reales que son los que propiamente recogen intereses remuneratorios como medio de retribución por el capital que se concede y cuyo devengo postconcursoal viene precisamente amparado por la prerrogativa del art. 59 con exclusión de cualquier otro, concretamente de los intereses moratorios por arrendamientos financieros que aquí nos ocupan y que llevan a desestimar la demanda incidental en este extremo y a declarar que los intereses moratorios precursoales habrán de quedar postergados como crédito subordinado por disposición del art. 92-3º LC “ : Sentencia JM Oviedo (Asturias) 14.06.2005 (AC 2005/1017)

2. No cabe la imposición de nuevos recargos públicos tras la declaración de concurso

“Se plantea aquí, sin embargo, una cuestión novedosa que es la que en parte explica las sucesivas certificaciones administrativas que la TGSS ha ido presentando durante la tramitación del concurso, y es la relativa a la posibilidad de seguir aplicando con posterioridad a la declaración de concurso recargos sobre las cantidades que integran el crédito concursal. Argumenta la TGSS que en la regulación de los efectos del concurso sobre los créditos sólo se prevé la suspensión del devengo de intereses (artículo 59 LC) y nada se dice acerca de la suspensión o la prohibición de la imposición de nuevos recargos, razón por la cual se han de seguir aplicando pese a la declaración de concurso.

Esa argumentación no puede ser en modo alguno aceptada en cuanto que supone admitir el incremento progresivo de la masa pasiva más allá de la declaración de concurso. En la lógica del proceso concursal con la declaración de concurso los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva (artículo 49) y la lista de acreedores ha de estar referida a la fecha de la solicitud de concurso (artículo 94, que cierta doctrina propugna interpretar de forma correctora para referir la lista a la fecha de la declaración). En todo caso es claro que los créditos nacidos o contraídos con posterioridad a la declaración, aunque deriven del incumplimiento de otros anteriores, no se integran en la masa pasiva y no pueden producir el efecto de incrementarla; no son créditos concursales. Por otra parte el devengo automático de recargos sobre la obligación de pago de cuotas de la Seguridad Social (artículo 27 de la LGSS) tiene dos manifestaciones principales, el recargo de apremio y el de mora, y ni uno ni otro tienen sentido en su aplicación sobre créditos concursales pues declarado el concurso no es posible iniciar ejecuciones singulares ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (artículo 55), ni cabe tampoco incrementar el nominal de una deuda con intereses de ningún tipo (con la única excepción prevista en el artículo 59 para los créditos salariales).”: SJM-1 La Coruña 26.04.2006 (AC 2007/205)

2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional.

Art. 59.2

1. El art. 59.2 se refiere sólo a intereses postconcursoales

El art. 59-1 LC dispone que «Desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de los intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía». De esta regla se desprende que puesto que los intereses postconcursoales no se devengan, no se podrá referir a ellos la subordinación legal.

Cuando esa misma norma señala que «Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92-3º de esta Ley» se está refiriendo a los intereses generados por los créditos salariales a los que hace mención previamente.

El art. 59-2 in fine LC expresa que «En caso de liquidación si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional», lo que solo puede interpretarse como referido a los intereses postconcursoales, pues carecería de sentido que los intereses precursoales que se configuran legalmente como créditos subordinados de 3º grado se pagaran sin embargo en último lugar.

También conduce a ello la Exposición de Motivos al hacer referencia en su apartado V que «La categoría de los créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos», pues carecería de lógica que los intereses se limitaran a los devengados por los créditos públicos posteriores a la declaración del concurso.

De todo ello solo cabe concluir que los créditos por intereses subordinados son únicamente los anteriores a la declaración del concurso, de tal manera que los intereses postconcursoales se sujetarán, en caso de liquidación, a las reglas de pago fijadas en el art. 59-2 in fine LC": Sentencia JM Oviedo (Asturias) 14.06.2005 (AC 2005/1017)

Artículo 60. Interrupción de la prescripción.

1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.

2. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

Art. 60.2

1. ¿Suspensión de las acciones de responsabilidad extraconcursoales hasta la conclusión del concurso?

1.1 Acciones iniciadas antes de la declaración del concurso

1.1.1 No procede su suspensión

“Procede, por tanto, decidir si es ajustado a derecho el Auto recurrido o si, por el contrario, no resultaba procedente acordar esa suspensión. No cabe duda de que en esa resolución se contiene un estudio exhaustivo sobre la cuestión debatida en la que esta dividida la doctrina, como se expresa en ella. Sin embargo a juicio de esta Sala debe diferenciarse el tratamiento que debe darse a las acciones de responsabilidad frente a los administradores que se hubieran ejercitado antes de la declaración de concurso, de las planteadas después. En el presente supuesto nos encontramos en el primero de los casos, tal y como se colige del relato histórico que se contiene en el precedente fundamento de derecho. Es indudable que puede ejercitarse una acción de responsabilidad frente a los Administradores, y que tendrá éxito si concurren sus presupuestos, cuando la Sociedad no está sometida a un proceso concursal. También lo es, a juicio de esta Sala, que esa acción no puede resultar afectada por la declaración

de concurso de la Sociedad ya que la misma tiene características y presupuestos propios que son independientes de la responsabilidad de ésta. Debe tenerse en cuenta que reiterada Jurisprudencia ha señalado que el proceso ha de resolverse en relación a la situación de hecho existente en el momento de la demanda (S 3-2-90, 2-7-94, 23-4-98, 21-5-02, 7-6-02 etc.), por lo que hay que examinar, para ver si se acoge o se rechaza la pretensión, si en ese momento concurrían o no los presupuestos o requisitos de la acción. Por eso el pago o cumplimiento posterior no impide el éxito de la demanda, aunque se tenga en cuenta en la ejecución. La L.E.C. parte de este criterio en los art. 410 y siguientes, señalando por la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, que las alteraciones posteriores no modifican la competencia, que no cabe alterar el objeto del proceso y que no se tendrá en cuenta el cambio de circunstancias salvo que la innovación privara de interés legítimo.

La acción de responsabilidad frente a los Administradores es distinta y obedece a diversos requisitos que la de reclamación frente a la Sociedad. Por consiguiente no puede verse afectada por la declaración de ésta en concurso. Eso es lo que, a juicio de esta Sala, se desprende del núm. 2 del art. 48 de la Ley Concursal cuando indica que la formación de la Sección de Calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Este criterio de no afectación por el concurso a las acciones dirigidas frente a los administradores con anterioridad viene mantenido por diversos autores, como Muñoz Planas, Muñoz Paredes, Rodríguez Esparza, Alonso Ureba, García Cruces, Beltrán Sánchez, Borrás de Quadras, Quevedo Aracil, etc. . Es más, muchos de ellos lo mantienen también para las deducidas con posterioridad a la declaración concursal, lo que, sin embargo, es mas dudoso. En todo caso, a juicio de esta Sala, resulta claro que las acciones de responsabilidad de los administradores ejercitadas antes de esta declaración no resultan afectadas por el proceso concursal y pueden seguir tramitándose.”: Auto AP Asturias 29.12.2006 (Rollo 319/2006)

“La administradora demandada insiste en alegar nulidad del procedimiento, que ya sostiene desde su personación y que siempre ha sido denegada sin que se hayan recurrido las resoluciones que han dado impulso procesal. Es necesario por lo tanto analizar el fundamento de tan insistente solicitud.

Ciertamente la cuestión de si es posible demandar a un administrador social de una empresa declarada en concurso es polémica [*demanda anterior a la declaración de concurso, aunque el emplazamiento es posterior*], porque desde algún sector doctrinal ha propugnado su incompatibilidad o, cuando menos, la prioridad de la *responsabilidad concursal* prevista en el art. 172.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), respecto de cualquier otra que puede declararse al amparo de las normas que regulan las sociedades.

Hay que destacar, además, que ya ha habido algún motivado pronunciamiento judicial, como el conocido Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006\123836), que propugna y dispone la suspensión del ejercicio de la acción individual allí ejercitada hasta la conclusión del concurso.

Para afrontar la cuestión hay que partir del reconocimiento de la contradicción que supone que, ante una situación concursal, en el concurso pueda ventilarse la responsabilidad a los administradores sociales, y fuera del mismo, pero al tiempo, otro tipo de responsabilidad que deriva de la acción individual regulada tanto en el art. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), como en el 133 del R.D.L. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), y de la llamada "responsabilidad sanción" o por deudas de los arts. 104 y 105 LSRL y 260 y 262 LSA.

La contradicción no es fruto, sin embargo, de un descuido del legislador. Es una opción legislativa que parece deliberada, y que podrá compartirse o no, pero no corresponde corregir a la jurisdicción. Porque al tiempo de aprobarse la Ley Concursal se tuvo ocasión de recoger, en la LSA, LSRL o en la propia LC la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del art. 172.3 LC respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo. En efecto, la propia Ley Concursal reforma en las Disp. Finales 20 y 21 los arts. 262 LSA y 105 LSRL, y ni en ese tipo de responsabilidad se posterga o dispone la imposibilidad de exigir responsabilidad por deudas durante el concurso, ni los demás preceptos de tales leyes se cambian para acordarlo. Tampoco hay precepto que impida ejercer acciones no concursales frente al administrador social de la sociedad concursada en la Ley Concursal, por lo que no hay impedimento o postergación para el ejercicio de las acciones extraconcursoales frente a un no concursado, el administrador social.

El único fundamento serio que se ha encontrado es la previsión del art. 60.2 LC, que dispone una excepción a la regla general del art. 1.973 Código Civil (CCv), al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales

durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según el art. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal.

Esa previsión no impide, sin embargo, interponer la acción. Lo que hace es suspender el cómputo para su ejercicio durante el concurso, de manera que privilegia al acreedor que se ve afectado por el concurso, que no se ve forzosamente compelido a ejercitar su pretensión en el término que dispone el art. 949 del Código de Comercio (CCom), pudiendo aguardar al resultado del concurso, por el que pasaría si se aprobara convenio, haciendo innecesario el ejercicio de otras acciones.

Es más, el propio art. 48.2 LC dispone en su último párrafo que "*la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado*". Esa norma no parece que se refiera sólo a la acción social, a la que alude en párrafos anteriores, pues emplea el tiempo plural, en lugar del singular que correspondería si sólo se aludiera a la acción social.

Es significativo que una de las acciones que pueden dirigirse frente al administrador social, la que compete a la sociedad por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o incumpliendo sus deberes de administrador, la acción social del art. 134 LSA, vea ampliada su legitimación a la administración concursal en el art. 48.2 LC. Parece que con ello se ha posibilitado ejercitar tal acción social durante el concurso.

Cierto es que, como señala el citado Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, la falta de prohibición para el ejercicio de acciones extraconcursoales contra el administrador social de la sociedad concursada parece incoherente, y que podría haber optado el legislador por un sistema en el que se supeditara al resultado del procedimiento concursal la posibilidad de su ejercicio. Pero tal opción legislativa no es la recogida en la reforma concursal, que ha dejado incólumes las acciones que cualquier acreedor del concurso quiera ejercitar frente al administrador social de sociedades que se encuentran declaradas en concurso. Y si no hay una prohibición expresa, sería contrario al art. 24 de la Constitución, en cuanto garantiza el acceso al proceso, realizar una interpretación que restrinja tal acceso al mismo, pues no puede el juez "*...imponer requisitos o consecuencias impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones sin o existe previsión legal de las mismas...*" (STC 206/1987, de 21 de diciembre), ya que "*...la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución*" (STC 201/1987, de 17 de diciembre), y una negativa "*carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial*" (STC 171/1988, de 30 de septiembre).

Por otro lado hay que señalar que el fundamento de la acción individual o la responsabilidad sanción por deudas no siempre es coincidente con la responsabilidad concursal que previene el art. 172.3 LC. La primera, individual, porque la acción extraconcursoal se basa en la comisión de un daño, y es más que polémico que otro tanto suceda con la concursal, que podría calificarse como responsabilidad sanción, aunque no corresponda ahora más que dejar apuntada la discusión que se están planteado los tribunales.

Desde luego respecto de la segunda, *responsabilidad sanción* ex arts. 262 LSA y 105 LSRL la diferencia es evidente, pues no hay un solo precepto en la Ley Concursal que contemple responsabilidad que haya de analizarse dentro del concurso por no convocar junta para disolución o adecuación del capital, de manera que difícilmente puede sostenerse que haya de tener que aguardar un acreedor a la finalización del concurso para exigir responsabilidad por omisiones que nunca se dilucidarán concursualmente.

Además puede constatarse como el art. 172.3 LC limita la responsabilidad a quienes hayan sido administradores sociales en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, mientras que conforme al art. 949 CCom podría un acreedor actuar frente al administrador social por los dos años inmediatamente anteriores, e incluso, al no ser apreciable de oficio la prescripción que contempla este precepto (STS 22 de diciembre 2000, RJ 2000\10137, 19 de marzo de 1999, RJ 1999\1860), por otros que superen el término de cuatro años.

Si hubiera coincidencia, que no parece que la haya, será cometido de la administración concursal y del juez del concurso no aguardar a que sean los acreedores quienes ejerciten tales acciones de responsabilidad, puesto que tienen la iniciativa, conforme al art. 48.3 LC, de cuando menos obtener el embargo de bienes de algunos responsables de un eventual concurso culpable con insuficiencia de masa para atender las deudas sociales, como por cierto ha ocurrido en el concurso de la demandada, INGENIERIA TAG S.L., en el que hay acordado un embargo preventivo de los bienes de la aquí demandada. De esta forma podría evitarse el riesgo, que ciertamente puede concurrir, de que mediante el ejercicio de estas acciones extraconcursoales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio del administrador social. Se trata simplemente de que si

prosperan tales acciones extrañas al concurso haya prioridad lograda con el embargo preventivo del art. 48.3 LC adoptado con anterioridad a la ejecución, provisional o definitiva, de una eventual sentencia condenatoria.

Para concluir sólo hay que destacar que las STC 1/1987, de 14 de enero, y 90/1985, de 22 de julio, sostienen que "el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos", y en este caso, el actor ejercitó la acción antes de que se declarara a la sociedad en concurso, por lo que las pocas dudas que pudieran existir al respecto de la viabilidad para el ejercicio de la acción quedan absolutamente disipadas, como además ha señalado el Auto de la AP de Asturias de 29 de diciembre de dos mil seis, que revoca el auto antes citado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, permitiendo la continuación de la acción emprendida por el acreedor, precisamente como sucede en el asunto de autos.

En definitiva, si las Disp. Finales 20 y 21 LC modificaron los arts. 262 LSA y 105 LSRL y no impidieron (ni postergaron) el ejercicio de dichas acciones durante el concurso, si el ámbito temporal de exigencia de responsabilidad es diferente, si es distinta la naturaleza de las que se solventan en el concurso y fuera de él, si el art. 48.2 declara expresamente que la sección de calificación no afectará a las acciones que se hubieran ejercitado frente al administrador social, resulta sumamente dificultoso, por mucho que parezca la opción legislativa más coherente, pretender que de la dicción del art. 60.2 LC puede deducirse una imposibilidad de ejercitar una acción que el ordenamiento jurídico, pues está en juego un derecho fundamental, el art. 24.1 CE, que resistiría mal semejante empeño. Todo ello determina que proceda entrar a analizar la acción ejercitada. ": Sentencia JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Juicio ordinario 206/2005)

1.1.2 Sí procede su suspensión

PRIMERO Formulado por la representación procesal de Roberto, Fernando, Víctor Manuel Y Jose Miguel, recurso de reposición contra el auto de fecha 6 octubre 2005, se plantea en toda su extensión la cuestión relativa a la compatibilidad, y en su caso coordinación, entre las acciones ejercitadas por los acreedores en exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales, ya sea la acción individual de responsabilidad por daño prevista en el art. 135 LSA ya lo sea la acción por la llamada responsabilidad por deudas «ex» art. 262-5 LSA y art. 105-5 LSRL, y la pendencia del procedimiento concursal declarado contra la sociedad de la que estos últimos integran o han integrado su órgano de administración.

SEGUNDO Una primera aproximación a la cuestión enunciada nos lleva a comprobar que la Ley Concursal dedica una única norma a regular de manera explícita la articulación de una responsabilidad general contra los administradores sociales en sede de situación concursal, y así el apartado 2º del art. 48 dispone que:

«2. Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras Leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado».

La lectura de la norma revela claramente que ésta se ocupa de regular en exclusiva las particularidades que atañen al régimen de la acción social de responsabilidad prevista en el art. 134 LSA, de manera que una vez declarado el concurso la legitimación para su ejercicio se extiende no solo a la persona jurídica (la norma se ubica bajo la rúbrica de «efectos sobre el deudor persona jurídica») sino también a los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, con lo que se reconoce expresamente la dualidad de legitimaciones que a propósito del ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores societarios asiste tanto al órgano del concurso como a la propia persona jurídica deudora, atribuyendo seguidamente la competencia funcional para el conocimiento de tal acción al juez del concurso. Finalmente el párrafo último del art. 48-2 L.C. dispone que la apertura de la sección de calificación «no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado», norma cuya cabal interpretación permite por un lado afirmar que la repetida responsabilidad de los administradores sociales por el ejercicio de la acción social puede efectivamente compatibilizarse y superponerse a la responsabilidad que también para ellos puede derivarse de la eventual calificación del concurso como culpable, singularmente la responsabilidad establecida en el art. 172-3 L.C., y por otro lado descartar que pueda ser utilizada por sí sola como argumento

permisivo para compatibilizar con el concurso otro tipo de responsabilidades frente a los administradores sociales como serían las derivadas de la acción individual del art. 135 LSA y la responsabilidad ex lege del art. 262-5 LSA y 105-5 LSR, pues habremos de recordar que la ubicación sistemática de la norma (Capítulo I «De los efectos sobre el deudor» y la propia rúbrica del art. 48 «efectos sobre el deudor persona jurídica») en modo alguno permite tal conclusión.

TERCERO Sentado lo anterior observamos que el art. 48-2 LC deja incólume la cuestión que nos ocupa y que no es otra que determinar la posibilidad de compatibilizar las acciones generales de responsabilidad que los acreedores pueden ejercitar extraconcurralmente frente a los administradores sociales, con la existencia misma del proceso concursal.

Para acercarnos a la respuesta a tal interrogante habremos de comenzar señalando que la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal viene a operar una transformación fundamental frente al régimen derogado, entre otras tantas, en lo que concierne al patrimonio destinado a satisfacer los derechos de los acreedores que conforman la masa pasiva, pues aquél ya no lo constituye únicamente el patrimonio del deudor fallido sobre el que pesa la ejecución colectiva sino que, en el caso de las personas jurídicas, el procedimiento se podrá dirigir también contra los patrimonios de terceras personas como son los administradores o liquidadores de hecho o de derecho y que de esta manera son ofrecidos a los acreedores a modo de garantía para asegurar que, cuando concurren determinadas circunstancias, tales patrimonios estarán llamados a satisfacer el importe de sus créditos en lo que no perciban en la liquidación de la masa activa. La Ley Concursal instaura así una novedosa responsabilidad concursal en su art. 172-3 para los administradores o liquidadores de derecho o de hecho, ya lo sean en el momento actual o ya hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, y que opera en los supuestos de que el concurso desemboque en la apertura de la fase de liquidación y el concurso de la persona jurídica se hubiere declarado como culpable. Con tal cometido la Ley se ocupa de articular los mecanismos necesarios para asegurar el buen fin de esta eventual responsabilidad disponiendo la posibilidad de instrumentar cautelarmente, incluso de oficio, ya desde el inicio del procedimiento abierto con la declaración de concurso, y desde entonces en cualquier momento, el embargo de los bienes de aquellas terceras personas en cuantía suficiente para asegurar la diferencia ente la masa activa y el importe de todas las deudas (art. 48-3 LC) y con esa misma finalidad dispone la Ley una serie de impedimentos expresamente llamados a evitar el que un concurso pueda ser concluido por inexistencia de bienes y derechos del concursado sin antes haber descartado la viabilidad de las acciones de responsabilidad que pudieran ejercitarse frente a aquéllos, imponiendo a la administración concursal la tarea de informar razonada e inexcusablemente al respecto y arbitrando un trámite de audiencia para las demás partes personadas antes de que el Juez decida sobre la conclusión del procedimiento (apartado 3 y 4 art. 176 LC).

En este estado de cosas resultaría sumamente perturbador para la operatividad del sistema así diseñado por el legislador el facultar a los acreedores para, al mismo tiempo que insinúan su derecho en el seno del concurso, dirigirse extraconcurralmente frente a los administradores sociales en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad y en exigencia del pago de sus respectivos créditos. La disfunción que tal reclamación simultánea y paralela a la tramitación del concurso podría acarrear al respeto de las reglas sobre las que se asienta este procedimiento como son la par conditio creditorum y el sometimiento a la comunidad de pérdidas vendría dada primeramente -tal y como se ha apuntado por algún autor- por la posibilidad de que cualquier acreedor, incluso clasificado entre los postergados o subordinados, actuara con mayor diligencia que el resto para dirigir su reclamación frente a los administradores sociales, pues con ello se daría la paradoja de que en el probable caso de resultar el patrimonio de éstos insuficiente para atender al resto de acreedores concurrentes estos créditos verían frustrado su derecho de cobro en el concurso, lo que resulta abiertamente contrario al orden de pagos buscado por el legislador, problema éste para el que no parece la mejor solución -también apuntada por aquella misma doctrina- el anticiparse a solicitar el concurso de tales administradores sociales, pues con ello solo se conseguiría multiplicar el coste y la maraña procedimental. Pero a ello pueden añadirse otros problemas como podrían ser, a título ejemplificativo, los derivados de la fijación de la cuantía del crédito -que deberá ser determinada en el seno del concurso (arts. 86, 95 y 96 LC) y no extraconcurralmente- o de la eficacia novatoria que respecto de ese crédito tendría la eventual aprobación de un convenio en el concurso (art. 135 y 136 LC).

CUARTO La respuesta a la cuestión planteada entendemos que pasa por lo dispuesto en el art. 60 LC que bajo la rúbrica «Interrupción de la prescripción» dispone:

«1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la

declaración.

2. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso».

El núm. 2 de esta norma -que no figurando originalmente en el Proyecto de Ley, fue posteriormente introducido en el trámite parlamentario tras la enmienda núm. 287 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista bajo la motivación de «mejora técnica»- permite en una adecuada hermenéutica dotar de coherencia al sistema diseñado por la Ley Concursal en la cuestión que nos ocupa, para lo cual es preciso examinar previamente y como antecedente cada uno de los apartados recogidos en el precepto:

Interrupción de la prescripción de las acciones individuales contra el deudor.

La Ley Concursal establece una regulación precisa a propósito del derecho que asiste a los titulares de créditos contra el deudor fallido, estableciendo que éstos deberán comunicar sus créditos en el concurso como requisito necesario para su reconocimiento en la lista de acreedores y su integración en la masa pasiva (con las excepciones previstas en el art. 86-2), siendo en el seno del concurso donde se habrán de ventilar las controversias relativas a la realidad del crédito, su cuantificación y clasificación (art. 86-1 párrafo 2º). Lo anterior lleva como medida correlativa e imprescindible la imposibilidad de ejercitar demandas ante los órdenes civil y social en solicitud del mismo derecho que incumbe al Juzgado del concurso (art. 50-1), tal y como proclama con mayor claridad la Exposición de Motivos al señalar en su apartado III que «La Ley regula asimismo con criterios de funcionalidad los efectos que la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado». Siendo ello así es claro que la razón de ser de la interrupción prescriptiva en este extremo no puede buscarse solo en la ruptura del silencio de la relación jurídica, pues en tal caso la norma resultaría superflua frente a la regla general ya prevista en el art. 1973 CC, sino en una genuina imposibilidad de ejercitar contra el deudor esas acciones por créditos nacidos con anterioridad al momento de la declaración del concurso, a salvo las particularidades que atañen a los créditos dotados de garantía real y que quedan salvados por el régimen específico de los arts. 56 y 57 LC. Ello queda corroborado si tenemos presente que el dies a quo para la interrupción es el correspondiente al momento de dicha declaración, mientras que el dies ad quem lo será el momento de la conclusión del concurso (art. 60-3) en el que queda nuevamente expedita la posibilidad de ejercicio de las respectivas acciones individuales, como expresamente se dispone en el art. 178-1 en que bajo el epígrafe «efectos de la conclusión del concurso» se dice que «los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso».

Interrupción de la prescripción de las acciones contra los socios de la persona jurídica.

La norma debe en este punto ponerse en relación con el régimen establecido en el art. 48-5 LC. De conformidad con él nos encontramos de nuevo ante el patrimonio de terceras personas como son los socios que resulten subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad - singularmente los socios de la sociedad civil, sociedad colectiva, socios colectivos de la sociedad comanditaria simple o por acciones y socios comanditarios cuyo nombre se incluya en la razón social- cuya responsabilidad debe reclamarse también en el seno del concurso, conforme a la legitimación principal que asiste a la administración concursal y subsidiaria a los acreedores, que viene a configurar un sistema especial de reintegración de la masa activa -como también lo entiende así la doctrina más autorizada- por cuya virtud lo que se obtenga por el ejercicio exitoso de tales acciones no pasará directamente al patrimonio de los acreedores sino a la masa activa del concurso. En cuanto a la tempestividad para su ejercicio, no podrá reclamarse esta responsabilidad hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social, lo que así resulta por aplicación de la regla de subsidiariedad propia de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Cabe por lo tanto concluir aquí también que la interrupción de la prescripción de las acciones contra los socios que sanciona el art. 60-2 encuentra su fundamento en la imposibilidad de dirigirse extraconcursalmente contra ellos en tanto no se alcance la conclusión del concurso.

Interrupción de la prescripción de las acciones contra liquidadores y auditores de la persona jurídica

Se trata también del patrimonio de terceras personas cuya responsabilidad ante la masa del concurso, solicitada bien por la persona jurídica deudora bien por la administración concursal, debe ser ventilada ante el juez del concurso a quien compete

el conocimiento de tales acciones, tal y como mandata el art. 48-2 LC, por lo que apareciendo vedada su reclamación extraconcursal el plazo prescriptivo quedará interrumpido hasta la conclusión del procedimiento universal
Interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores de la persona jurídica deudora

Llegados finalmente a este punto la conclusión, en congruencia con lo arriba sostenido, habrá de ser que también aquí la interrupción obedece a la imposibilidad de dirigirse extraconcursalmente frente a los administradores sociales en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad, pues en lo que a ellas respecta en modo alguno puede sostenerse que la incoación del proceso concursal opere por sí sola una rotura del silencio de la relación jurídica o sirva como interpelación judicial hábil para interrumpir la prescripción dada la total ausencia de identidad entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad prevista en la regulación societaria, siendo lo cierto que esa perfecta identidad es exigida como presupuesto indispensable de la eficacia interruptiva (así y en entre otras SSTs 3 mayo 1972, 8 marzo 1975, 16 noviembre 1985 [RJ 1985\ 5613], 20 junio 1994 [RJ 1994\ 6025]). Lo primero que merece ser desechado es la idea de que tal interrupción afectaría únicamente al ejercicio de la acción social, única contemplada explícitamente por el art. 48 LC. Antes al contrario, es precisamente por venir el ejercicio de la acción social expresamente autorizado en sede concursal la razón por la que su plazo de prescripción no podrá verse afectado de interrupción. Y es por esa misma razón por la que habrán de ser las acciones que asisten a los acreedores frente al concursado las destinatarias de la interrupción de la prescripción que recoge el precepto legal -repárese en que el art. 60 se ubica sistemáticamente bajo el Capítulo II dedicado a «los efectos sobre los acreedores»- esto es, las acciones generales contempladas en los arts. 135 y 262-5 LSA y 105-5 LSRL.

QUINTO En definitiva, lo arriba razonado conduce a entender que la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, ha operado una transformación en esta materia en relación con el régimen imperante en el derecho derogado en el que, efectivamente, la sola incoación de un procedimiento concursal no afectaba al ejercicio de las acciones que asisten a los acreedores frente a los administradores concursales, quedando por ello indemne el transcurso del plazo prescriptivo tal y como señala la reciente STS 21 septiembre 2005 conforme a la cual «la solicitud de declaración de quiebra no puede suponer una actuación judicial que a tenor de lo dispuesto en el art. 1973 del CC pueda servir para interrumpir el plazo de prescripción, en este caso, para el ejercicio de acciones de responsabilidad societaria. Ya que dicho proceso universal, dada su naturaleza y finalidad liquidativa, no puede incidir en el ejercicio futuro de estas acciones societarias, puesto que incluso la apertura de la pieza de calificación acordada en dicho proceso civil es inoperante a estos efectos. Es más, la tramitación de la quiebra no puede determinar la finalidad de las acciones de responsabilidad societaria. En conclusión, que no puede estimarse la solicitud de una declaración de quiebra como una verdadera interpelación judicial susceptible de interrumpir un plazo de prescripción». Frente a ello el nuevo procedimiento concursal aparece legalmente configurado como un procedimiento de ejecución colectiva que, en su finalidad de encontrarse destinado a satisfacer los derechos de los acreedores concursales que pesan sobre el deudor fallido y conforme a las reglas que le son propias no se encuentra limitado exclusivamente al patrimonio separado que conforma la masa activa de este último (art. 76 L.C.) desde el momento en que están también llamados a tal propósito los patrimonios de terceras personas, singularmente y en lo que aquí interesa el patrimonio de los administradores sociales, teniendo presente que esta afección es buscada por el legislador como un efecto anudado ipso iure a la sola declaración del concurso de la persona jurídica y que tal cometido aparece como preeminente frente al derecho que los acreedores individuales pudieran tener frente a aquéllos, para lo cual la Ley Concursal instaura unos específicos mecanismos de salvaguarda mediante la interdicción de la posibilidad de dirigirse extramuros del concurso frente a los administradores en ejercicio de las acciones generales de responsabilidad, facultad que aparece vedada en tanto se mantenga la pendencia del procedimiento concursal y que únicamente quedará expedita cuando se acuerde su conclusión. A ello conduce la norma contenida en el art. 60 L.C. conforme a la interpretación que mejor dota de coherencia a todo el sistema y que únicamente puede encontrar su justificación lógica en la imposibilidad de accionar en los términos señalados dado lo insatisfactorio de hacerlo con fundamento en la regla general de la ruptura del silencio de la relación jurídica (art. 1973 C.Civil), integrando de esta manera las categorías tradicionales de la interrupción y de la suspensión de la prescripción extintiva al atribuir a una causa imposibilitadora de actuar el efecto de reiniciar y no de reanudar el plazo prescriptivo (art. 60-3 LC).

SEXTO La consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la de acordar la suspensión del curso de las presentes actuaciones en el estado en que se hallan hasta tanto finalice mediante su conclusión el proceso concursal que se encuentra

abierto, concurso 222/05 seguido contra el «Real Sporting de Gijón, SAD»., tal y como se desprende de las presentes actuaciones, reanudándose en su caso en tal instante, resultando procedente conceder frente a la presente resolución la posibilidad de interponer recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el art. 43 LECiv “:Auto JM-1 Oviedo (Asturias) 13.12.2005 (JUR 2006/123836)

1.2 Acciones iniciadas tras la declaración del concurso

1.2.1 Sí procede su suspensión

“PRIMERO.- La actora ejercita una acción de responsabilidad por deudas que ampara en el artículo 262 LSA, si bien dado que se dirige frente a un administrador de una Sociedad Limitada, su cobertura legal es el artículo 105 LSRL, ejercitando subsidiariamente una acción de responsabilidad individual del artículo 135 LSA en relación con el artículo 69 LSRL.

Al haber sido la sociedad administrada por el demandado, HOSDECAN, S.L., declarada en concurso con anterioridad a la presentación de la demandada frente a su administrador, se plantea la cuestión relativa a la compatibilidad de dichas acciones de responsabilidad de administradores con la existencia de un procedimiento concursal frente a la sociedad administrada, cuestión no resuelta de un modo explícito en la Ley Concursal que únicamente se refiere a la acción de responsabilidad social de los administradores del artículo 134 LSA.

SEGUNDO.- Las pistas para la resolución de dicha cuestión se encuentran, en primer término, en el artículo 60 LC, donde se regula la interrupción de la prescripción, estableciendo en su apartado segundo que desde la declaración y hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora, añadiendo que el cómputo de los plazos para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

Coordinando dicho precepto con el artículo 48.2 LC que se ocupa específicamente de la acción social de responsabilidad frente a los administradores extendiendo la legitimación activa a la administración concursal, puede colegirse que el artículo 60.2 LC al ocuparse concretamente a la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores se está refiriendo a las acciones de responsabilidad por deudas e individual de los administradores puesto que la acción social de responsabilidad se encuentra expresamente permitida durante la declaración de concurso, admitiéndose su ejercicio durante su tramitación del mismo, por lo que no resulta congruente la suspensión de la prescripción de dicha acción con dicha permisibilidad. Es más, la propia ubicación sistemática del precepto contribuye a esta solución puesto que el artículo 60 se incluye dentro del capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, siendo así que las únicas acciones de responsabilidad de los administradores cuya legitimación compete a los acreedores y que, en consecuencia, cualquier modificación de su régimen en sede concursal representa un efecto de la declaración del concurso frente a los acreedores, son las acciones ejercitadas por el actor, esto es, la acción de responsabilidad por deudas de los artículos 105 LSRL y 262 LSA y la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSRL. En cambio, el artículo 48 LC, empleado por la doctrina en justificación de la no eficacia impeditiva de la declaración de concurso para el ejercicio de las acciones de responsabilidad individual y por deudas de los administradores sociales se ocupa específicamente según reza su rúbrica, de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica, entre los cuales no es posible incluir dichas acciones puesto que no afectan a dicho deudor sino a terceros vinculados con él por su condición de administradores actuales o pretéritos y, especialmente, en lo que aquí nos interesa, por su condición de acreedores de la concursada, por lo que dicho precepto no constituye un argumento que eficaz para colegir que el régimen del artículo 60 LC no conlleva la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones de responsabilidad frente a los administradores, puesto que ambos preceptos se ocupan de realidades diferentes.

La única justificación posible a la interrupción de la prescripción de dichas acciones viene dada por la imposibilidad de su ejercicio durante la tramitación del concurso. Analizando cada una de las acciones cuya prescripción interrumpe el precepto que nos ocupa, se aprecia que en ellas dicha interrupción viene acompañada del imposible ejercicio de la acción interrumpida durante la tramitación del concurso y hasta su suspensión, momento a partir del cual se inicia nuevamente.

TERCERO.- Un argumento que constituye un complemento necesario de lo anterior se extrae del régimen instaurado por el artículo 172 LC en sede de calificación. Este precepto, en su apartado 3, establece un régimen específico y especial de responsabilidad de los administradores actuales y pretéritos en sede concursal que

requiere como presupuestos la apertura de la fase de liquidación, que en la misma el activo resulte insuficiente para satisfacer a los acreedores y que el concurso se califique como culpable, cuya consecuencia es que los administradores puedan ser condenados a pagar total o parcialmente el importe que de los créditos no reciban los acreedores en la liquidación de la masa activa.

Dicha responsabilidad derivada directamente de la insuficiencia patrimonial y de la calificación como culpable del concurso, conlleva implícitamente la sujeción en el concurso del patrimonio de los administradores y liquidadores de hecho o de derecho actuales y de los que lo fueron dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, puesto que es posible extender a estos la responsabilidad por las deudas impagadas. Lo anterior se extrae no sólo del artículo 172 LC sino también de la específica medida establecida en el artículo 48 LC que permite la adopción, incluso de oficio, de una efectiva medida de naturaleza eminentemente cautelar dirigida frente al patrimonio de dichos administradores y liquidadores consistente en el embargo de bienes y derechos suficientes para cubrir el exceso de pasivo. De esta manera, el legislador ha sujetado al concurso no sólo el patrimonio o masa activa del deudor concursado sino que ha extendido la responsabilidad a dichos administradores o liquidadores afectando en dicha medida el patrimonio de dichos administradores al concurso.

Teniendo en cuenta que declarado el concurso la graduación de los créditos viene dada exclusivamente por lo dispuesto en la ley concursal que partiendo del principio del par *conditio creditorum* privilegia algunos créditos y subordina otros tantos créditos, si se permitiese el ejercicio de dichas acciones de responsabilidad individual y legal por deudas frente a los administradores, se estaría situando en manos de los acreedores un mecanismo para evitar el régimen concursal de prelación de créditos puesto que podría darse el supuesto de que el acreedor más avispado o ágil, incluso de carácter subordinado en el concurso, vería su crédito satisfecho con preferencia al resto de los acreedores dirigiéndose frente a terceros, administradores o liquidadores, cuyo patrimonio puede quedar afecto por el concurso si se declara su responsabilidad vía 172 LC, postergando con ello al resto de los acreedores del concursado preferentes. Parece que se ha querido con la interrupción de la prescripción de dichas acciones de responsabilidad y su correlativa imposibilidad de ejercicio durante la tramitación del concurso salvaguardar el patrimonio de dichos administradores hasta el momento de finalización del concurso impidiendo con ello el ejercicio de cualesquiera acciones de responsabilidad ejercitadas por los acreedores en su beneficio exclusivo durante la tramitación del concurso. Ciertamente es que dado que dichos administradores o liquidadores no son, como tales y por esa simple cualidad, sujetos responsables en el concurso siendo preciso para ello una sentencia de calificación específica con dicho pronunciamiento, su patrimonio no se encuentra exento de cualesquiera acciones de terceros ajenas al procedimiento concursal si bien en salvaguardia de los intereses de los acreedores del concursado se establece en la medida específica del artículo 48 LC que vincula directamente el patrimonio de los administradores y liquidadores con el concurso y que salvaguarda su integridad, cuanto menos, en la parte necesaria para cubrir el déficit patrimonial, en garantía de los acreedores.

CUARTO.- Los argumentos anteriores permiten concluir que las acciones de responsabilidad individual y legal por deudas frente a los administradores sociales y liquidadores de hecho o de derecho actuales o de que lo fueron dentro de los dos últimos años a la declaración de concurso resultan impedidas durante la tramitación del concurso, procediendo en el presente caso donde se ejercita una acción de responsabilidad legal por deudas del artículo 105 LSRL y subsidiariamente, individual de responsabilidad del 135 LSA frente a quien dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad fue su administrador, suspender el curso de las actuaciones hasta la finalización del procedimiento concursal seguido contra la sociedad administrada, como mecanismo procesal que mejor se acomoda al régimen de suspensión de interrupción de la prescripción y de imposibilidad de accionar en ejercicio de dichas acciones.”: Auto JM-1 Santander (Cantabria) 13.02.2006 (JUR 2006/99571)

1.2.2 No procede su suspensión

“Cuarto. Insistiendo en la finalidad persuasiva de la motivación judicial, y porque se ha advertido que sí toca a lo competencial, no hay método para negar la compatibilidad de acciones de responsabilidad contra administradores sociales y procedimiento concursal de la sociedad.

No es menester entretenerse en destacar, de un lado, las diferencias de contextura y resultancia de la responsabilidad derivada de art. 172.3 LECO, y la derivada de arts. 133, 134 y 135 LSA, en relación con art. 69 LSRL, o de arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, tanto por ámbito subjetivo, como objetivo, temporal, y formal.

Tampoco hay que insistir en que la llamada acción social expresamente se contempla ejercible, pendiente el concurso, por el tenor de art. 48.2 LECO, con la incoherencia conceptual de preverse, sin mención a las otras acciones de responsabilidad mercantiles, y sin que la legitimación activa de los administradores concursales sustituya, sino que se suma a la de sociedad, socios, acreedores y terceros.

Son dos órdenes de razonamientos distintos, que se alimentan para proclamar la incompatibilidad, en un planteamiento plenamente deductivo:

A) La inconsistencia de compatibilizar acciones de responsabilidades concursales y societarias comunes de los administradores sociales durante el procedimiento.

B) Supuesta tal inconsistencia, la indagación de la base legal con apoyo en la que restringir el derecho de acción para hacer preferente la acción de responsabilidad concursal sobre las comunes.

En cuanto a lo primero, debe comprenderse que la inconsistencia no está necesariamente en el plano de los principios, sino en el del fracaso económico de las soluciones del procedimiento colectivo. Ha de tenerse presente que los administradores sociales no son en el concurso eventuales codeudores solidarios con el concursado, mientras que así se entienden por la jurisprudencia respecto de las llamadas acción individual por daño y acción por deuda, y el fenómeno del codeudores *in solidum* no cuenta con restricciones en general en el concurso, aparte de la polémica clasificación del crédito del fiador subrogado. Y es claro que en los arts. 260.1 LSA y 104.1 LSRL existen focos de responsabilidad conectados con la idea de insolvencia, no alternativos de la solicitud del concurso, que nunca pueden enjuiciarse en el procedimiento concursal, porque son sanciones por infracción de normas, que no hay base legal, ni razón, para que se releven a los administradores que lo sean, o lo hubieran sido, de mercantiles concursadas. Puede que debieran relevarse por el legislador en cualquier caso --por ejemplo, esa causa de disolución estatutaria despreciada, que para nada se conecta con un "aviso" de insolvencia a los acreedores--, aunque no es misión de los tribunales tal reforma.

No obstante, aunque habrá responsabilidades legales de los Sres. A. y J., en su condición de administradores sociales de Desarrollo y Gestión Deportiva S.L. que, por definición, no puedan verse nunca fiscalizadas en la calificación concursal, supuesto que haya de abrirse, y en cualquier caso, estarán mediatizadas por la voluntad de los únicos legitimados activos en ese procedimiento especial, el administrador concursal y el Ministerio Fiscal, si nos ponemos en la tesitura concreta de una causa de disolución societaria por pérdidas significativas que no se atiende tempestivamente, y al tiempo, una falta correlativa de acudir al concurso voluntario, instaurada la insolvencia, en efecto, se podrían encabalar las responsabilidades de arts. 105.5 LSRL y 172.3 LECO respecto de las mismas personas.

Pero, si se trata, como es la sugestiva propuesta de los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo o Santander, de impedir temporalmente acciones de acreedores concursales que escapen a la colectivización en la masa, no desaparece la supuesta inconsistencia conceptual, ya que debieran supeditarse dichas acciones al resultado convencional o liquidatorio con su calificación y no simplemente suspenderse y/o dirimirse. Es decir, se apuesta por una prioridad temporal, a fin de que una pretensión colectiva no quede sin patrimonio de respuesta por el éxito de una pretensión individual o plural anterior en el tiempo. Al final, se trata de vedar que, debiendo el patrimonio de ciertos sujetos --el ámbito subjetivo y temporal no es coextenso en unas y otras responsabilidades-- se agote en favor de uno o unos interesados, cuando debiera contribuir a satisfacer, conforme a la prelación, mediante un instrumento regido por la administración concursal, a todos los interesados. En esta preocupación también se coloca este Juzgador.

En cuanto al segundo razonamiento, deductivo, de búsqueda de la norma no permisiva, incluso si asumiéramos que hay una incoherencia técnica en la no prohibición de acciones de responsabilidad comunes durante el concurso, textualmente, el art. 42, y las Disposiciones Finales 20.^a y 21.^a LECO no ayudan en absoluto.

Y el precepto de art. 60.2 LECO, en sí mismo, al excepcionar la regla general del art. 1.973 CCiv, interrumpiendo el plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores sociales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se inicia de nuevo al terminar el procedimiento, no impide interponer la acción. Acaso invita a no interponerla, si existe continuidad empresarial, y por ver en qué termina el procedimiento, para lo que se interrumpe el «silencio de la relación» entre acreedor y administrador social durante el concurso, de manera que el acreedor concursal preserve su prescripción cuatrienal de art. 949 CCom, incluso durante el largo cumplimiento de un convenio.

Para llegar a otra conclusión hace falta desplegar una sofisticada hermeneusis. Y efectivamente, si otros supuestos de interrupción prescriptiva del precepto, como las acciones por créditos concursales (art. 60.1 LECO) o las dirigidas frente a socios que

deban responder de las deudas sociales (art. 60.2 LECO), se acompañan de prohibiciones o restricciones de ejercicio, éstas se localizan en otras normas, por lo que precisamente debiera exigirse para las acciones de responsabilidad de administradores la norma de acompañamiento al respecto, y no presumir la identidad con aquellos otros supuestos. Además, no hay por qué presumirla con relación a las acciones ejecutivas contra el concursado, puesto que las acciones de declaración por créditos concursales frente a la mercantil concursada y ante el Juez del concurso no están eliminadas de la Ley, sino que, de suyo, están aludidas en arts. 50.1 y 192.1.pfo.2.º LECO, y puesto que las acciones frente a los socios de art. 48.5 LECO sólo se dirimen, en caso de convenio, hasta su aprobación, y no hasta la conclusión del procedimiento. ¿Por qué suspender las acciones que nos ocupan como si fueran demandas ejecutivas civiles?

En todo caso, el art. 60.1 LECO se refiere a diversas acciones cuya prescripción se interrumpe, cuando no todas son competencia del Juez del concurso, ni vienen afectadas por el procedimiento colectivo, como las acciones laborales excluidas de art. 86.ter.1.2.º LOPJ, las de responsabilidad civil *ex delicto* en procesos penales, o las urbanísticas frente a Juntas de Compensación o cosas por el estilo.

La naturaleza de las acciones concernidas no tiene relevancia, amén de que la polémica entre el carácter indemnizatorio o sancionador parece falsa con relación al art. 172.3 LECO, ya que nada impide que una sanción civil, como en dicha norma, consista en aplicar una determinada indemnización --como pudiera ser una multa alzada--, total o parcial, del daño a un sujeto, y el daño siempre viene insito con la constitución de la masa de acreedores, consistiendo en la insatisfacción del crédito por la sociedad concursada. El problema no es de naturaleza, sino de que se considere amortizada la relación de causalidad por la declaración de concurso culpable afectando a administradores o liquidadores sociales, o no.

Recapitulando, la compatibilidad de acciones por responsabilidad de administradores de las leyes societarias y por la calificación del concurso de la sociedad, origina, en ciertos casos, la consecuencia perversa de que quede sin sentido económico el resarcimiento con que puede sancionar la calificación a aquellos mismos administradores. Pero ello no es más que una opción legislativa, sin «mentís» deducible de norma concursal alguna, y siendo cierto que la tutela de la preferencia del resarcimiento en sede concursal promueve la depuración del mercado, mientras que el resarcimiento individual únicamente promueve el interés del crédito, lo conducente es activar los mecanismos de coordinación entre acciones.

Estos mecanismos de coordinación consisten básicamente en la utilidad de art. 48.3 LECO para adelantar el embargo del patrimonio del administrador o liquidador social, siempre que aparezca el *fumus boni iuris*, y en la afirmación de la competencia del Juez del concurso para conocer de estas acciones.

No son dignas de explorarse vías como la prejudicialidad de art. 43 LEC, o produciéndose el presupuesto objetivo del concurso del administrador social -- concursos en cadena, si el administrador es persona jurídica--, la acumulación al concurso de la sociedad desde art. 25 LECO, por la palmaria falta de base legal y su ineficiencia.

La competencia del Juez del concurso tiene un fundamento literal, que se arroja en otro finalístico, y un último sistemático.

1. La base textual está en arts. 86.ter.1.6.º LOPJ y 8.6.º LECO, precepto que si se lee como competencia atraída para las acciones de responsabilidad por daño al concursado durante el procedimiento, nadie le puede encontrar sentido, y tiene que leerse para las acciones de responsabilidad civil por daño que se formulan durante el procedimiento, pudiendo ser ese daño todo lo que deriva la insolvencia como «perjuicio al concursado.»

2. El argumento teleológico, se halla precisamente en art. 60 LECO, puesto que el mismo, desde diversas perspectivas, como queda indicado, salva de prescripción determinadas acciones durante el procedimiento del concurso, unas restringidas y otras no, y se refiere, con las de responsabilidad frente a los administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica, a acciones que son competencia del Juez del concurso. Desde luego que otras acciones de declaración frente al deudor no están afectadas por esta interrupción legal, como las laborales o de responsabilidad civil en proceso penal, la cual no las implica involucradas en el procedimiento.

3. La razón de contexto es la afirmación en art. 48.2.pfo.2.º LECO de la competencia para el conocimiento de la acción social de responsabilidad, la cual, a la postre, convive para un mismo objetivo, con la calificación de los administradores y liquidadores, la reintegración de la masa, directamente mediante acciones rescisorias especiales o desde el pronunciamiento de art. 172.2.3.º LECO, y las «reintegraciones indirectas» de acreedores concursales mediante acción individual o por deuda de arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL. La ratio debe ser idéntica para objetivos idénticos.

Así las cosas, competente el Juez del concurso, ni pueden haber conflictos con la acumulabilidad de acciones, dada la competencia objetiva universalista del mismo, ni

puede haber ignorancia de la necesidad, en su caso, de activar por la administración concursal, vías de coordinación, a través del embargo de art. 48.3 LECO o ejercicio de acción social. Y así, los inconvenientes patrimoniales de permitir la tutela judicial efectiva del acreedor frente a quien, en principio, es tercero al concurso, no tienen por qué aparecer, cuando no sea justo. ”: Auto JM-2 Bilbao 22.05.2007 (La Ley, 1075/2007)

1.3 Conclusiones del II Congreso de Derecho Mercantil

“1.- Problemas de compatibilidad entre el régimen de responsabilidad extraconcursal de los administradores y liquidadores sociales y el régimen de responsabilidad concursal.

Sin perjuicio de las opiniones sobre la conveniencia, *de lege ferenda*, de evitar la duplicidad de regímenes de responsabilidad de administradores y liquidadores de sociedades mercantiles, concursal y societaria, cuando la sociedad ha sido declarada en concurso, y de evitar asimismo el riesgo cierto de que, cuando concluya la sección de calificación, sea inoperante la sentencia que declare el concurso culpable y condene a los administradores o liquidadores societarios a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.2-3º y 3 de la Ley Concursal), porque las acciones societarias de exigencia de responsabilidad hayan “vaciado” el patrimonio de los administradores y liquidadores sociales, el análisis de la legislación existente, concretamente la normativa societaria y Ley Concursal, arroja los siguientes resultados:

1º) No existe base legal que permita afirmar que la declaración en concurso de una sociedad mercantil suponga que el único régimen posible de responsabilidad de sus administradores es el que resulta de la regulación de la sección de calificación del concurso, y concretamente del art. 172.2-3º y 3 de la Ley Concursal en relación a los demás preceptos reguladores de la calificación del concurso.

2º) Las únicas previsiones de la Ley Concursal relativas a la trascendencia de la apertura del concurso, y más exactamente de la sección de calificación, para las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores societarios no excluyen la posibilidad de ejercicio de las acciones sociales e individuales de responsabilidad. Únicamente se prevé, cuando se atribuye a los administradores concursales la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, y se atribuye su conocimiento al juez del concurso, que “la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado” (art. 48.2º de la Ley Concursal). Asimismo, el art. 60.2 de la Ley Concursal prevé que desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra, entre otros, los administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, de la persona jurídica deudora. Ello en modo alguno puede interpretarse como una imposibilidad de ejercitar las acciones sociales o individuales de responsabilidad contra los administradores y liquidadores, pues la ley lo único que hace es ampliar, mediante la interrupción de la prescripción, el plazo en el que pueden ejercitarse, y ello sin entrar en la polémica de si dicho precepto legal es aplicable únicamente a la acción social de responsabilidad o también a las individuales, como afirman algunos autores.

2.- ¿Es diferente la naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de las acciones de los arts. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la que se exige en la sección de calificación en virtud de lo previsto en el art. 172.2.3º y 3 de la Ley Concursal?

La naturaleza de la responsabilidad que se exige a los administradores como consecuencia del ejercicio de las acciones de los arts. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la que se exige en la sección de calificación en virtud de lo previsto en el art. 172.2.3º y 3 de la Ley Concursal es distinta. Mientras que en el primer caso se trata de una “responsabilidad sanción”, por deudas, sin necesidad de valorar la concurrencia de dolo o culpa de los administradores, y sin que sea precisa la previa excusión del patrimonio social, en el segundo caso se trata de una “responsabilidad por daños”, en la que es necesaria la concurrencia de dolo o culpa grave y una relación de causalidad entre esa conducta dolosa o gravemente culpable y la generación o agravación de la insolvencia y la previa excusión del patrimonio social, en cuanto que, además de la necesaria devolución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa y la indemnización de los daños y perjuicios causados, a lo que puede condenarse a los administradores sociales es a pagar a los acreedores sociales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Si bien es cierto que el legislador tipifica una serie de supuestos, los del art. 164.2 de la Ley Concursal, como dolosos o gravemente culpables y generadores o agravantes de la insolvencia, en cuanto determinantes en todo caso de la calificación del concurso como culpable, mediante el

juego de presunciones *iuris et de iure*, los hechos que sirven de base a esas presunciones y determinan necesariamente esa calificación culpable (y por tanto la responsabilidad de los administradores y liquidadores societarios) son distintos de los que según el art. 262.5º de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada determinan necesariamente la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas de la sociedad.

También la consecuencia de la responsabilidad del administrador o liquidador es distinta en uno y otro caso, pues mientras que en el caso de responsabilidad societaria se trata de responder solidariamente de las deudas sociales, en el de la responsabilidad concursal se trata de devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa e indemnizar los daños y perjuicios causados (con carácter necesario), y a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (con carácter potestativo).

3.- ¿ Y respecto de la responsabilidad de los administradores sociales regulada en el art. 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas?

Respecto de la responsabilidad de los administradores sociales regulada en el art. 133 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, tanto la acción social del art. 134 de la Ley de Sociedades Anónimas como la acción individual del art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas conservan un ámbito propio en el que no se produce ninguna concurrencia con la responsabilidad concursal. Son todos aquellos casos en los que los actos lesivos de los administradores no están relacionados con la solvencia de la sociedad, entendido este concepto en sentido amplio.

4.- Posibilidad de interferencia entre los regímenes de responsabilidad extraconcursales y concursales.

Es cierto que respecto de estas acciones societarias puede haber un ámbito coincidente con la responsabilidad concursal. Por ejemplo, cuando en una sociedad declarada en concurso culpable en el que en la sentencia de calificación se ha declarado que los administradores, por su actuación dolosa o negligente en la causación o agravación de la insolvencia, deben pagar a los acreedores, por responsabilidad concursal, el importe total de los créditos que no puedan cobrarse a través de la liquidación de la masa activa, y, paralelamente, uno o varios acreedores han entablado acciones de responsabilidad individual contra los administradores por actos lesivos de sus intereses que, a su vez, han generado o agravado la insolvencia de la sociedad mercantil, reclamándoles, como indemnización del daño, el importe de la deuda que resultó impagada por la insolvencia de la sociedad.

Pero la responsabilidad concursal presenta unos perfiles propios, que en algunos aspectos se asemejan a los de una responsabilidad-sanción (como es el caso de las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad del concurso del art.

164.2 de la Ley Concursal) y en otros, aquéllos en los que tales presunciones no operan, los de una responsabilidad por daño necesitada de prueba de la relación de causalidad entre la acción negligente y los daños causados a la sociedad y a los acreedores, o con posibilidad de practicar prueba que destruya las presunciones *iuris tantum* del art. 165 de la Ley Concursal. Estos perfiles propios resultan también del carácter “colectivo” de la exigencia de responsabilidad concursal, en un proceso en el que puede intervenir cualquier interesado y en el que interviene el Ministerio Fiscal.

Por tanto, parece difícil que los regímenes de responsabilidad societaria y concursal puedan interferir entre sí.

De entender que en ciertos casos tal interferencia es posible, porque el hecho que determina la exigencia de responsabilidad societaria es el mismo que el que determina la exigencia de responsabilidad concursal, creo (con muchas reservas, porque la homogeneidad de la naturaleza de la acción es más que discutible) que sólo podría operar si el administrador demandado plantea en el litigio en el que se le exige responsabilidad societaria la excepción de litispendencia por haberse abierto la sección de calificación en el concurso de la sociedad. De ello se desprende:

1º) Que no bastaría la existencia de un concurso, sino que es preciso que estuviera abierta la sección de calificación (art. 163.1º de la Ley Concursal) para que pudiera plantearse la excepción de litispendencia. Ello hace que, incluso de admitir la producción de litispendencia respecto de los juicios declarativos sobre responsabilidad de administradores o liquidadores sociales, la eficacia de esta medida sea más que dudosa, pues parece difícil que en ese momento, ya avanzado el concurso, quien desee accionar contra administradores o liquidadores no lo haya hecho ya.

2º) Que, por el contrario, si se abre la sección de calificación con posterioridad al ejercicio de la acción de responsabilidad societaria, es irrelevante que existan litigios anteriores en los que se ejercite la acción social o individual de responsabilidad, porque la naturaleza de la sección de calificación, en la que se puede condenar a los administradores o liquidadores sociales a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, a indemnizar los daños y perjuicios causados o a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en

la liquidación de la masa activa, hace que su ámbito supere al de cualquier acción societaria. Además, como se dijo anteriormente, el art. 48.2 *in fine* de la Ley Concursal prevé que “la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado”.

3º) Tampoco puede admitirse la posibilidad de que se acumulen a la sección de calificación los litigios existentes sobre responsabilidad de los administradores o liquidadores. Los términos en que está redactado el art. 51.1 de la Ley Concursal (“juicios declarativos en que el deudor sea parte”, “trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores”) hace que la previsión de posibilidad de acumulación contenida en tal precepto sea inoperante respecto de la sección de calificación en relación a los litigios sobre responsabilidad societaria de administradores y liquidadores. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Quinto bloque.- La sección de calificación del concurso y las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores societarios)

3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

CAPÍTULO III - De los efectos sobre los contratos

Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.

1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

Art. 61.1

1. Sentencia que califica como créditos concursales y no contra la masa, ex art. 61.1, las rentas de arrendamiento posteriores a la declaración de concurso

“PRIMERO El objeto del procedimiento lo constituye la impugnación de la lista de acreedores por el crédito de la actora, arrendadora de uno de los locales de actividad de la actora y cuyo iter, en el concurso, conforme ambas partes reconocen ha sido el siguiente:

En fecha de 6 de noviembre de 2002 se firmó el contrato de arrendamiento.

En fecha de 4 de mayo de 2005 se declara el concurso de la arrendataria.

En fecha de 15 de junio de 2005 se presentó escrito por la arrendadora poniendo en conocimiento de la administración concursal su intención de instar la resolución del contrato de arrendamiento.

En fecha de 12 de septiembre de 2005 la administración presentó escrito no oponiéndose a dicha resolución.

En fecha de 12 de enero de 2006 se firmó contrato de resolución con entrega del local objeto de arrendamiento.

En fecha de 20 de junio de 2005 se insinuó el crédito por la hoy impugnante recogiendo una cuantía de 556,14 euros más el 16% de IVA reclamando un total de 3.870,72 euros derivados de los seis meses pendientes por una cuantía mensual de 645,12 euros.

En el informe de la Administración concursal (página 46) se reconoce al impugnante, como créditos ordinarios, los derivados de la renta de enero de 2005 a junio de 2005 partiendo de una renta mensual de 645,12 euros.

SEGUNDO A partir de lo anterior cabe, inicialmente, resolver una de las causas de oposición de la administración concursal por sus propios actos entendiendo que si inicialmente reconoce una cuantía mensual debemos partir de que esta no ha disminuido, salvo prueba en contrario que no se ha dado, con posterioridad si no que hemos de estar a la pactada inicialmente. A ello se une el hecho de que dicha causa de oposición no fue puesta de manifiesto en el escrito presentado contestando a la impugnación del acreedor.

TERCERO La cuestión objeto de la litis se centra entonces en determinar el momento en el que realmente se dejan de devengar las cuotas de renta y, por otro lado, en la clasificación de las mismas.

La postura defendida por la impugnante nos lleva a la efectiva entrega de la finca objeto de la misma mientras que la postura defendida por la administración concursal y concursada nos lleva, como alternativa y máximo, a la fecha en que la administración concursal presta su consentimiento.

Pero no puede atenderse a dichas alegaciones partiendo de que la administración concursal, en dicho escrito, no se conforma con la petición de resolución sino que la condiciona a determinados eventos que terminan definitivamente con la firma del contrato referido en enero de 2006 y la efectiva entrega de la finca. De esta forma la resolución del contrato y la entrega del local se sitúan en el mismo momento y prueba de ello es el mismo hecho de que se firme el citado acuerdo entre las partes y de que el impugnante no pueda disfrutar del citado local hasta el momento de la efectiva entrega sobre todo teniendo en cuenta que además era necesaria la autorización judicial para el cierre de dicho establecimiento.

Por tanto debe atenderse a la fecha señalada por el impugnante a los efectos de computar los créditos.

CUARTO Respecto de la clasificación de los mismos hemos de partir de la distinción entre aquellos ordinarios de la masa de los que son créditos contra la masa partiendo de que estos lo será no por la vía del artículo 61 que alega la parte impugnante y tampoco por la vía del artículo 84.2.6º LC que parten de obligaciones recíprocas sin que estas se den en aquellos supuestos de arrendamiento en los que la prestación del arrendador se agota, sin perjuicio de sus obligaciones tipo responsabilidad, con la entrega de la cosa.

Los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, muy discutidos en la doctrina, se refieren a dos supuestos respecto de los que establecen matizaciones:

El apartado primero del artículo 61 LC habla de contratos en los que una parte hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento de las suyas total o parcialmente. En este caso los créditos se incluirán en la masa activa o pasiva según proceda.

El segundo supuesto se refiere a contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes total o parcial. En este caso se distingue:

Si se trata de obligaciones pendientes con posterioridad a la declaración del concurso se satisfarán con cargo a la masa.

Si se trata de obligaciones anteriores lo serán integrándose en la masa pasiva.

A partir de estos supuestos se establecen matizaciones con posibilidad de resolución del contrato cuya legitimación (61.2, párrafo segundo) es de la administración concursal; otro supuesto es la resolución por incumplimiento del artículo 62 LC (que se remite a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes) en cuyo caso si se produce un incumplimiento posterior a la declaración del concurso podrá instarse la resolución del mismo con los efectos que establece el citado precepto.

En el presente caso no se ha instado la resolución, no ha habido pronunciamiento judicial y no estamos dentro de los supuestos del apartado segundo del artículo 61 ni del artículo 62 LC sino que nos encontramos en los supuestos del artículo 61.1 LC del que se deriva que el arrendador ha cumplido íntegramente sus obligaciones mientras que el deudor concursado las ha incumplido antes y después de la declaración del concurso. Ello conlleva que su crédito, anterior o posterior, se integre en la masa pasiva conforme a dicho precepto, salvo que nos encontremos con alguno de los supuestos del artículo 84 LC en cuanto a créditos contra la masa. Supuestos que evidentemente no son los que señala el impugnante del artículo 84.2.6 LC pues ya hemos dicho que no existen obligaciones recíprocas y tampoco del apartado 5º puesto que la actividad de la sociedad no se ejercitaba en dicho local que ya se encontraba sin actividad y que no son créditos generados por el ejercicio de dicha actividad tras la declaración del concurso.

Cabría analizar entonces si se trata de créditos contra la masa que pudieran derivarse del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso entendiendo (84.2.5º LC) que sólo lo serían aquellos que realmente derivaran de actividad y que tampoco es el caso pues en el momento en que se solicita la resolución del contrato ya no existe tal actividad en dicho local. Dicha situación se pone de manifiesto en lo señalado por la administración concursal en su escrito de contestación y que no ha sido negado por el propio impugnante.

Se trataría entonces de una resolución del contrato pactada de forma voluntaria con obligación de pago vencida que deberá incluirse en el concurso en la forma señalada en el apartado primero del artículo 61 LC o de forma análoga en el apartado 4 del artículo 62 de la Ley Concursal atendiendo al momento de incumplimiento. Puesto que la declaración de concurso se realiza en mayo de 2005 y el incumplimiento del pago trae su causa con fecha anterior a dicha declaración y se trata de un contrato de tracto sucesivo, deberemos incluirlas no con cargo a la masa sino dentro de dicha masa y con la clasificación de ordinario.

Es evidente que los perjuicios, en caso de mantenimiento de un local sin actividad, se derivan tanto para el concursado como para el arrendador; y ello porque la mejor forma de solucionar dicha situación es la resolución pronta del contrato. Pero para el concursado esto dependerá de la proyección de su actividad en los siguientes meses o conforme al convenio o la liquidación que se vaya a realizar; el arrendador se ve privado de su facultad resolutoria en cuanto a las posibilidades que dan los artículos 61 y 62 de la LC en protección de la actividad del concursado y para impedir que, mediante la concesión de dicha acción, se pudiera ver afectada una posible reordenación o liquidación en el concurso. No es que no goce el arrendador de protección sino que el mismo se ve condicionado a las resultas del propio concurso. Algún sector doctrinal ha interpretado el párrafo segundo del artículo 61.2 LC como una excepción a todo tipo de contratos

cuestión que, aunque dudosa, se comparte por este juzgador pero cuya legitimación la tiene la administración concursal en beneficio del concurso. Interpretando dicho párrafo en ámbito aplicable tanto a contratos con obligaciones pendientes por ambas partes o por una de ellas, será posible la resolución del contrato y por tanto la finalización del mismo. Si no lo solicita la administración concursal y existe un acuerdo entre las partes (administración concursal, concursado y contratante) nada impide que este se lleve a efecto pero no por ello le es aplicable la clasificación de créditos que recoge el citado apartado.”: Sentencia JM-1 Málaga 9.03.2006 (AC 2006\354)

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

Art. 61.2 Contratos con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes

1. Cuenta de crédito no resuelta. Su saldo deudor al vencimiento es deuda de la masa

“PRIMERO.- Impugna la parte demandante el informe de la administración concursal en cuanto al crédito que la entidad Banco de Santander Central Hispano ostenta en el concurso de la entidad OMP que la administración calificó como de ordinario y por un importe de 116.124,67 €, mientras que el Banco sostiene que se trata de un crédito contra la masa y que su importe es de 74.940,23 E.

La diferencia entre las posturas de una y otra parte viene dada por la consideración que una y otra hacen del contrato de póliza de crédito a interés fijo con vencimiento anual que se produjo según el contrato el día previsto en dicha póliza 22 de enero de 2006 y que según la administración concursal debe considerarse vencida el día de la declaración de concurso y cerrarse en esa fecha con el saldo existente.

SEGUNDO.- Entrando a valorar la documentación obrante en las actuaciones, toda vez que no se practicó prueba resulta que ambas litigantes tienen razón en los extremos que plantean referentes a la existencia no sólo de la póliza de crédito sino de un contrato de cuenta corriente a nombre de la concursada ambos.

Del examen de las fechas en que tienen lugar tanto los ingresos a favor de la concursada como los actos de disposición del saldo que figuraba a nombre de la misma por parte de la administración concursal, resulta que la práctica totalidad de los actos de disposición se llevaron a cabo en fechas muy cercanas a la declaración de concurso y que el propio cierre de la cuenta de crédito por vencimiento se produjo en menos de un mes desde dicha declaración.

Por lo tanto el centro de la discusión no se debe cifrar tanto, como lo hacen las partes en los supuestos actos de disposición de la cuenta de crédito llevados a cabo por la Administración concursal, que en ningún momento se ha acreditado que tuvieron lugar contra esa cuenta de crédito, constando tan solo la orden de disposición de un activo existente a favor de la concursada. Y si más bien en el carácter de la póliza y la fecha de cierre de la misma.

A la vista de los documentos aportados aparece que la concursada recibió en fechas muy próximas a la declaración de concurso pagos provenientes de la Administración por trabajos realizados para ella, pagos que se imputaron por el Banco a la Cuenta de crédito existente y que es objeto de esta litis.

Del mismo modo aparece que por parte de la administración concursal se procedió a dar orden al Banco para que pagara los créditos de los salarios de los trabajadores y se practicó una transferencia por importe de 1.000 €

No consta que las órdenes emitidas por la administración concursal lo fueran para la cuenta de crédito toda vez que en los documentos en que constan las mismas no aparece reseñado ningún número de cuenta.

Dichas órdenes de disposición entran dentro de las facultades que la ley concursal otorga a los administradores, al menos la primera de ellas consistente en el pago de los salarios pendientes de los trabajadores, por consiguiente no se puede considerar que existan actos de la administración concursal que supongan una disposición o mantenimiento en vigor del contrato de cuenta de crédito abierto.

La cuestión a dilucidar queda pues centrada en exclusiva en si se considera como pretende la administración concursal que el contrato quedó cerrado a fecha de la declaración de concurso de OMP o bien si pudo seguir produciendo efectos.

TERCERO.- La LO establece para los contratos con obligaciones recíprocas como sería el que es objeto de esta litis, un régimen especial en los arts. 61 y 62.

Partiendo de la definición general de obligación como «aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona –deudor– tiene el deber jurídico de realizar una prestación a favor de otra –acreedor– que tiene el derecho a exigirselas», se consideran obligaciones bilaterales a las que generan una relación jurídica en la que ambas partes son acreedor y deudor entre sí, siendo sus prestaciones contrapartida la una de la otra. De tal manera que de un mismo acto jurídico (contrato bilateral) surgen dos obligaciones, cuya característica fundamental es la de estar unidas por un nexo de interdependencia y de reciprocidad. Este dato de la reciprocidad constituye la base esencial sobre la que se articula toda la regulación de las obligaciones bilaterales y la que provoca sus especiales efectos. Así, la necesidad de cumplimiento simultáneo, la compensación en caso de mora y la resolución en caso de incumplimiento, son efectos que se producen en las obligaciones bilaterales y no en las unilaterales, atendiendo precisamente al nexo causal que liga las prestaciones de las partes, a las que se consideran contrapartida la una de la otra

La necesidad de cumplimiento simultáneo significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir al deudor su cumplimiento sin que, a su vez, él haya cumplido o, al menos, ofrecido cumplir. En caso contrario, el deudor podrá oponerse al pago, planteando la exceptio non adimpleti contractus, o excepción de incumplimiento contractual. Obviamente, si a tenor de lo anterior, no puede el que incumple pedir, por su parte, el cumplimiento, parece que tampoco podrá pedir la resolución, quedando tal posibilidad restringida exclusivamente al perjudicado, entendiendo por tal aquella de las partes que, habiendo cumplido su prestación, no logra obtener el cumplimiento del contrario.

La póliza de crédito tiene como finalidad esencial permitir al acreditado la disponibilidad sobre una suma de dinero que pertenece al Banco acreditante. En virtud de la suscripción de la póliza se abre un crédito, reflejado en una cuenta bancaria, que confiere al acreditado un poder de disposición hasta la cantidad señalada como límite máximo en la póliza, y que sigue perteneciendo al Banco en tanto el cliente no haga uso de dicha facultad dispositiva sobre todo o parte de los fondos en que consiste el crédito, si bien dicha suma ha de permanecer inmovilizada y a disposición del acreditado, no debiendo devengar interés alguno en favor de aquél mientras no se disponga de ella. Se trata de un contrato bilateral que genera obligaciones para ambas partes contratantes.

A la vista de ello de acuerdo con las disposiciones de la LO el contrato no perdió su vigencia toda vez que de el art. 61-2 establece que:

La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

En el presente caso no consta que por parte de la administración concursal se haya procedido a la resolución del contrato, ni siquiera a solicitar del Banco que los cobros y pagos que tuvieran lugar tras la declaración de concurso se efectuaran a través de la cuenta corriente que la concursada tenía con el mismo banco de tal modo que al no resolverse el contrato el mismo siguió en vigor y produciendo efectos hasta su cierre en enero de 2006.

El hecho de que las fechas tanto de declaración del concurso como de los pagos fueran cercanas a Navidad, no impide que se pudieran adoptar las medidas que la LC prevé para el cierre de los contratos existentes.

No habiéndose procedido al cierre de la cuenta de crédito la misma continuó produciendo efectos y por consiguiente en aplicación de lo dispuesto en el art. 61 de la LC el crédito

que el Banco ostenta no puede considerarse como lo hace la administración como ordinario y en la cuantía que aparecía a la fecha de la declaración del concurso, sino contra la masa y por el importe que tenía a la fecha del cierre.”: Sentencia JM-1 Oviedo 05.03.2007 (Incidente Concursal 238/2007)

Véase también la jurisprudencia sobre el art. 58 (vigencia de pacto de compensación incluido en contrato bilateral no resuelto)

2. Resolución por interés de la masa. Contrato de leasing. Efectos de la resolución

“Primero.- El objeto del presente incidente es la procedencia de la resolución contractual instada

por la concursada al amparo del artículo 61LC y en caso afirmativo, determinación de los efectos de dicha resolución, y en su caso, las indemnizaciones correspondientes

A la vista de los particulares pedimentos que realizan las partes, especialmente la administración concursal, procede dejar sentado previamente algunas consideraciones sobre el alcance del art 61 LC, cuya posibilidad de aplicación incluso cuestiona la admón. concursal (aunque paradójicamente le parece correcta la resolución en interés del concurso)

En materia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes la Ley Concursal ha optado por una disciplina especial, diferente a las reglas generales del artículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso sobre el particular de los contratantes, pudiéndose entender como “interés del concurso”, prototipo de concepto jurídico indeterminado, la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores, o dicho de otra manera, en lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores. Dos son las especialidades que introduce la ley concursal: a) la resolución del contrato en interés del concurso (Art 61.2) y b) La enervación de la resolución en caso de incumplimiento contractual (art 62.3).

Aquí interesa la primera, indicando que el ámbito objetivo es el mismo: los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, es decir, tanto a cargo del concursado como de la parte in bonis. En líneas generales se puede afirmar que en caso de contratos obligaciones recíprocas existirá cumplimiento total por una de las partes cuando la parte haya ejecutado la prestación o prestaciones a las que se comprometió exactamente en los términos previstos en el contrato y el interés del acreedor haya quedado satisfecho, con independencia de que dicha ejecución o cumplimiento haya sido voluntario o forzoso. En todo caso ese cumplimiento ha de ser válido, eficazmente realizado, regular y exacto. Si así ocurre, entra en juego el artículo 61. 1. En otro caso nos encontraremos en el supuesto del artículo 61.2, que es el que aquí interesa

Las obligaciones recíprocas pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes bien porque ninguna de ellas haya cumplido todavía las que asumió al celebrar el contrato (por ejemplo, contrato de tracto único no ejecutado por ningún contratante) o bien porque se trata de contrato de tracto sucesivo o de duración, que ha sido cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero que también está previsto su cumplimiento en el futuro.

La doctrina (entre otros, Aurora Martínez en “Comentarios a La Ley Concursal”, dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán y Ángel Carrasco Perera, en “Los derechos de garantía en la Ley Concursal”) señala por ejemplo el contrato de leasing, ya que se trata de un contrato de tracto sucesivo, pendiente de ejecución parcialmente por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, puesto que aunque el arrendador haya entregado el bien al arrendatario financiero (el deudor concursado) seguirá obligado mantener a éste en el uso y disfrute de la cosa durante todo el tiempo de vigencia del contrato y además será preciso que manifieste una específica declaración de voluntad dirigida a permitir que la contraparte puede ejercitar la opción de compra. A su vez, el arrendatario tendrá pendiente de ejecución al menos parte de las obligaciones asumidas en virtud del contrato (el pago de las cuotas correspondientes). No se puede considerar el contrato de leasing como uno de aquellos en los que sólo están pendientes de cumplimiento obligaciones por parte del deudor concursado (pago de cuotas) ya que su naturaleza no es la de una compraventa a plazos, como de forma reiterada viene a decir la jurisprudencia (STS 30/12/2003), sin que en el caso que nos ocupa se haya cuestionado la naturaleza del contrato con un contrato de leasing. Como dice la STS de 2 de diciembre de 1998 “El contrato de arrendamiento financiero (leasing), como dice la Sentencia de esta Sala de 28 noviembre 1997, institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 del Código Civil (S. 26 junio 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la disposición adicional séptima en su apartado primero de la Ley de 29 julio 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte en el apartado octavo de dicha disposición adicional se dice que las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Por otra parte, la de 30 julio 1998 precisa: Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 10 abril 1981 y 18 noviembre 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio «ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una

unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 julio 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 julio 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno». Esta doctrina es reiteración de otras muchas anteriores, como las de 10 abril 1981, 18 noviembre 1983, citadas por la anterior, 26 junio 1989 y 28 mayo 1990, en el sentido que la naturaleza jurídica del leasing es de arrendamiento con opción de compra; el arrendamiento aparece claramente por la terminología que se expresa en el contrato, por las tercerías de dominio que con harta frecuencia llegan a esta Sala interpuestas por las entidades de leasing que mantienen su postura de propietarios-arrendadores, y se desprende de la propia definición legal que contrapone «la cesión de uso de bienes... a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas»; la opción de compra se añade al arrendamiento por un precio residual, que corresponde al valor de la cosa ya desgastada por el uso».

Hay que afirmar, pues, la plena aplicación al supuesto contractual que nos ocupa (contrato de leasing suscrito en su día por la concursada con la entidad BBVA) del artículo 61.2 LC y por ende, de la posibilidad de instar su resolución si se estima conveniente al interés del concurso.

Segundo.- Aunque la regla general es la vigencia de este tipo de contratos a pesar de la declaración de concurso, realizándose con cargo a la masa las prestaciones pendientes de cumplimiento “ No obstante... la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso” (artículos 62.2 y 84.2.6º). Se faculta, pues, al concursado, o en su caso a la administración concursal (no a la parte in bonis) para continuar la relación o solicitar la resolución del contrato, si se estima conveniente para el interés del concurso, incluso aunque no haya habido incumplimiento.

Instada en su día por la concursada, y dado que en la comparecencia judicial celebrada al efecto no se alcanzó acuerdo sobre la resolución y sus efectos (en cuyo caso se hubiera dictado auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado), deviene necesario el presente incidente concursal, en el que “el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa”, en sintonía con el art 84.2 6º (es crédito contra la masa “ Los que, conforme a esta Ley, resulten de... obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado”).

Queda así perfectamente delimitado el objeto de este incidente, por lo que carecen de sentido las peticiones relativas a la exclusión de las cuotas vencidas desde la declaración de concurso como créditos contra la masa. No solamente porque no es el cauce procesal sino porque dicha cuestión ya ha sido objeto de resolución judicial, remitiéndonos a la misma, siendo claros los artículos 61.2 y 84.2.6 al decir que todas aquellas las prestaciones pendientes del cumplimiento tras la declaración del concurso a las que esté obligado el concursado serán con cargo a la masa. En este sentido y de forma específica al tratar el leasing, el catedrático Millán en la monografía antes citada (pag 178), señala que los cánones posteriores, vencidos y no cobrados, serán deudas de la masa

Una vez solventado lo anterior, y afirmada la procedencia del cauce empleado, del cotejo de las alegaciones de las partes queda claro que no se cuestiona la procedencia de la resolución contractual, sin que haya litigio al respecto, por lo que, al menos respecto de tal cuestión no existe diferencia, lo cual justifica ya la estimación de la resolución del contrato de leasing que liga a la concursada con el BBVA. El principio dispositivo así lo exige, así como el artículo 61.2. En todo caso, es evidente que conviene al interés superior del concurso poner fin a una relación contractual por la que se obtiene el uso temporal de una maquinaria que actualmente no está destinada a la actividad empresarial, que ha cesado

La discusión queda limitada a determinar los efectos que dicha resolución

Tercero.- La resolución contractual lleva aparejada varios efectos, unos de carácter necesario (la eficacia liberatoria) y otros contingentes (eficacia restitutoria e indemnizatoria)

La resolución contractual produce la extinción de la relación obligatoria para el futuro, de manera que quedan liberadas las partes de las obligaciones asumidas en virtud del contrato pendientes de ejecución (así lo dice el art 62.3 expresamente), y por ende la concursada ya no deberá abonar cuotas a partir de la resolución, sin que tampoco esté obligado el arrendador financiero a ceder el uso de la maquinaria a la concursada

Junto a esta eficacia liberatoria, tiene lugar la eficacia restitutoria ex art 1303 y concordantes CC

por extensión al implicar la resolución ex art 61.2 LC pérdida de vigencia sobrevinida de la relación contractual. Ahora bien, en los contratos de tracto sucesivo y como tal hemos calificado al contrato de arrendamiento financiero, siguiendo la doctrina más autorizada (Diez Picazo), la resolución es ex nunc, de manera que las prestaciones a que dan lugar gozan de autonomía, satisfacen el interés de los contratantes a medida que se ejecutan. Por tanto, no se devuelven estas y sus correspondientes, el sinalagma ha funcionado hasta el momento de la resolución. Únicamente aclarar que si la concursada ha tenido a su disposición el bien durante todo este tiempo (lo haya o no usado efectivamente), al margen de cualquier otra consideración, debe resarcir al arrendador por tal uso, suponiendo lo contrario un injustificado enriquecimiento injusto. Por ello hasta la resolución acordada judicialmente debe abonar las cuotas correspondientes, si no consta el pago (y con cargo a la masa si son posteriores al auto de declaración de concurso). Y consecuentemente, al no poder exigir el pago de las cuotas futuras, el arrendador (BBVA) recupera la posesión de la maquinaria, que debe serle devuelta (como propone la propia concursada)

Finalmente, debe ser analizado el eventual efecto indemnizatorio al que se requiere el artículo 61.2 LC en sintonía con la previsión general del artículo 1124CC

La parte contractual in bonis (BBVA) solicita que se le indemnice en la suma de 10.523,72 o subsidiariamente, aquella que judicialmente se considere ajustada, alegando que se trata de una entidad financiera que no se dedica a la compraventa de maquinaria y que dicha resolución contractual le va a producir un quebranto importante. Partiendo de que las cuotas pendientes a la fecha de la declaración del concurso eran de 42.286,94, y que la suma de cuotas vencidas con posterioridad al concurso con cargo a la masa asciende a 11.763,22 y que existe una oferta de 20.000 por la maquinaria, que juntos suman 31.763,22, la diferencia, es decir, 10.523,72 debe ser objeto de indemnización. A ello se oponen la concursada y la admón. concursal

No puede prosperar la petición indemnizatoria por los siguientes motivos:

1º) los daños a indemnizar debe ser probados por la parte in bonis. Y aquí no hay prueba de ello. Se efectúa un cálculo sobre el importe que puede obtener BBVA por la venta de la maquinaria de su propiedad cedida en arrendamiento financiero. Cálculo sobre una oferta de compra de la maquinaria por importe de 20.000, pero olvidando: i) que no hay certeza de que ese precio y no otro superior, sea el que definitivamente se obtenga en esa venta ulterior y ii) que en la tasación anexa al inventario tal maquinaria consta valorada en 28.500 ; valoración que no figura impugnada, y por tanto, consentida por los interesados en el concurso, y entre ellos, la propia arrendadora, sin que desde entonces a la fecha de la presente resolución se hayan acreditado circunstancias que justifiquen su minusvaloración.

Por otra parte, parece (pues no queda debidamente esclarecido) que toma como cifra final la del importe total a percibir por BBVA según el contrato de leasing, sin dejar de tener en cuenta que ello solo tiene pleno sentido si el contrato se cumple en su totalidad, por lo que no puede ser parámetro válido dado que se computa : i) la totalidad de la carga financiera e impuestos y ii) el valor residual, que no se descuenta, a pesar de que evidentemente la contraparte renuncia al ejercicio de la opción de compra por la extinción del vínculo de manera prematura por la resolución

2º) que la parte in bonis sea o no una entidad dedicada a la compraventa de maquinaria no es per justificativo de la indemnización, ya que se trata de una entidad habilitada para celebrar contratos de leasing, que como dice la STS 2/12/1998 no es una operación crediticia sino un arrendamiento de cosa y una opción de compra, y que una vez resuelto, por «arrendador» y «arrendatario», produce la devolución del bien cedido al que es su propietario. Que disponga (o no) de departamentos, unidades o servicios para la venta de los bienes de su propiedad cedidos en arrendamiento financiero es algo que solo le corresponde decidir a ella, pero que no puede considerarse como algo extraño al propio funcionamiento de la modalidad contractual elegida

3º) acudiendo al contrato aportado por las partes ahora resuelto, se prevé como consecuencia de la resolución, la devolución de los bienes y el pago de las cuotas debidas e impagadas, pero no de las pendientes de pago (que sería un cláusula penal a moderar o incluso a obviar, como señala alguna sentencia del TS, que en la de 2/12/1998 en un caso de resolución de leasing dice "... tan sólo le es legítimo reclamar los pagos de aquellas cuotas mensuales vencidas antes de la resolución, no cabe la reclamación de la cláusula penal consistente en el 50% de las sumas pendientes de vencimiento, ni tampoco la indemnización de 15.000 ptas. diarias por retraso en la devolución del camión..."). Si contractualmente solo se deducen esos efectos (pago de las cuotas vencidas y devolución de la cosa) no parece que haya base para la adición de la suma pretendida, a modo de cláusula penal indemnizatoria.

En definitiva, lo que parece buscar es que se declare el derecho a que: i) se le abonen las cuotas devengadas e insatisfechas; ii) la restitución de la cosa cedida en arrendamiento y iii) una suma hasta alcanzar el importe de la totalidad de las previstas pendientes, incluida la cantidad en que había sido fijado el valor residual de las cosas cedidas en arrendamiento. O sea, obtener, conjuntamente el resultado propio de la resolución del contrato y el de su cumplimiento, reclamando la cosa y garantizándose la totalidad del precio, lo cual ha de calificarse de desproporcionado ". Sentencia JM-1 Alicante 19.06.2006 (JUR 2006/183279)

3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

Artículo 62. Resolución por incumplimiento.

1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.

Art. 62.1

“Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 LC cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal.”: S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

“En este sentido y como ya dijimos en la sentencia de 3 de marzo de 2006, dictada en otro incidente concursal derivado también del Concurso núm. 7/04 de la mercantil Copinsa, resulta necesario concretar el marco jurídico-concursal conforme al que la sociedad actora ejercita, vía cauce procesal incidental, la presente acción resolutoria.

Dicho escenario jurídico-legal es el previsto en el artículo 61.2 LC cuando afirma que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimentar a cargo tanto de una como de otra parte. Es decir que la legislación concursal en dicho precepto proclama la vigencia y permanencia de dichos acuerdos contractuales, al tiempo que en el artículo siguiente prevé y regula la facultad de resolución contractual por incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes, distinguiendo entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

En los primeros, contratos de tracto único, el incumplimiento que conllevaría su resolución ha de producirse en un momento temporal posterior a la declaración del concurso, mientras que en el caso de contratos de tracto sucesivo, preexistentes a la declaración del concurso, el citado artículo 62.1 prevé el ejercicio de dicha acción resolutoria tanto por incumplimiento posterior, como también precedente o anterior a dicha declaración concursal.”: Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

1. Contratos con obligaciones recíprocas de tracto único

“**SEGUNDO** Prevista por la regulación concursal la pervivencia durante la tramitación del concurso, de los contratos con obligaciones recíprocas (artículo 61 LC), es el artículo 62.1 LC el que regula la facultad de resolución contractual para el caso de incumplimiento atribuible a cualquiera de las partes. En primer lugar, debe destacarse que la primera regla contenida en el artículo 62.1 LC hace referencia al incumplimiento que faculta el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos con obligaciones recíprocas de tracto único. En tales casos, el incumplimiento que permite obtener la resolución contractual debe ser posterior a la declaración del concurso, esto es, un incumplimiento producido en un momento en el que las facultades del concursado se encuentran, al menos, intervenidas, y por ello, en el que ha tenido alguna incidencia la actuación de la administración concursal. Manteniéndose durante la tramitación del concurso la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas preexistentes, el legislador ha previsto la posibilidad de la resolución de tales contratos para el caso de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso. La causa de tal previsión legal se encuentra en que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación, se debe integrar dentro de la masa pasiva. Así se desprende de la dicción del artículo 62.4º LC que determina que una vez declarada la resolución del contrato, el crédito vencido se incluirá en el concurso «si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso», mientras que será a cargo de la masa si el incumplimiento fuera posterior a tal declaración.”: Sentencia JM-1 Madrid 15.04.2005 (AC 2005/839)

“De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que las mercantiles demandantes no pueden ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente. ”: S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

“**CUARTO** Continuando en esta misma línea de argumentación, entiende este Tribunal que la aplicación de los precedentes criterios y doctrina jurídica a los hechos objeto de controversia en estos autos, no permite otorgar viabilidad a la pretensión actora.

De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que la mercantil demandante no puede ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente.

Téngase en cuenta además, como con acierto se alega por la administración concursal en su escrito de impugnación del recurso, que esos pretendidos incumplimientos contractuales precedentes al concurso, quedan convalidados por la declaración de concurso y reconocimiento del crédito de «Cargill España» como crédito concursal.

Asiste igualmente razón a la administración concursal cuando en dicho escrito de impugnación afirma que los efectos de esos incumplimientos no son extrapolables a las obligaciones contractuales posteriores a la declaración del concurso.

En efecto, incumbe a «Cargill España» la prueba y acreditamiento del cumplimiento de su obligación de puesta a disposición de «Copinsa» de aquella mercancía cuyo suministro habría de producirse después de la fecha de declaración de concurso.

Y es lo cierto que tal obligación de «Cargill» no aparece acreditada en estos autos. La prueba documental que se aporta, de confección unilateral, se muestra insuficiente en tal sentido; en todo caso únicamente alcanzaría a la acreditación del contenido de los contratos y sus componentes, pero no es demostrativa de ese previo cumplimiento de la actora de su obligación de puesta a disposición de «Copinsa» de la mercancía en las fechas antes indicadas posteriores a la declaración del concurso.

Por otro lado y con este mismo marco concursal resulta necesario valorar también, como ya dijimos en la tan comentada sentencia de 6 de marzo de 2006, la actuación de la administración concursal y la incidencia de los pactos o acuerdos que al respecto se hayan producido, pues el pretendido incumplimiento se produciría entonces en un momento en el que las facultades de la mercantil concursada se encuentran limitadas por la intervención de dicha administración concursal.

Nótese que el interés de la misma va dirigido a la reanudación y cumplimiento de los contratos en función de la nueva situación económica generada y de las consecuencias de tal naturaleza derivadas del nuevo estatus de Copinsa como concursada. Sin duda este es el objetivo y finalidad del buro-fax de referencia que el Letrado de la administración concursal Sr. Baños Díez remite a la actora y a otros acreedores conforme consta documentado en los autos.

En concreto esa voluntad cumplidora de la administración concursal queda patente en la reanudación del suministro de mercancía y en el consiguiente pago por dicha administración, como así queda justificado y acreditado en estos autos. Finalmente ese pacto o compromiso resulta roto tanto por Cargill como por otras acreedoras, como ya dijimos en la reiterada sentencia de 6 de marzo de 2006, determinando el planteamiento sucesivo de las acciones resolutorias objeto de los correspondientes incidentes concursales.

Dicho incumplimiento previo de «Cargill» adquiere aún mayor fundamentación, a tenor del testimonio vertido en el curso de este Juicio por el transportista Don Carlos María, cuando afirma que el almacenista, por órdenes expresas de «Cargill» SL, le impide y le niega el cargamento de la correspondiente mercancía. ”: Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

1.1 Si sólo está pendiente el cumplimiento por el concursado no cabe la resolución ex art. 62.1 sino la mera inclusión de un crédito concursal ex art. 61.1

“las partes que intervinieron en el contrato y la administración concursal han admitido la existencia de un contrato de compraventa que tenía por objeto unas mil reses, que fueron efectivamente entregadas a Energía Viva, SA, y cuyo precio se abonaría mediante pagarés que luego no fueron satisfechos, dando lugar a varios procedimientos cambiarios en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Cistierna (León), antes de la declaración de concurso.

Ese contrato obligaba a Ganados Monfer, SL a entregar a la entidad hoy en concurso las cabezas de ganado y en su caso la obligación contractual fue satisfecha

plenamente, sin queja o reserva alguna de Energía Viva, SA, lo que la constituye en contratante in bonis, y por lo tanto, en parte acreedora de la entidad concursada por haber cumplido íntegramente sus obligaciones convencionales.

SEGUNDO Sobre la eventual resolución de los contratos suscritos con quien se encuentra en situación de concurso.

El demandante mantiene que los arts. 61.2 y 62.1 de la LC le autorizan a resolver el contrato que había suscrito con Energía Viva, SA, porque ha cumplido por su parte con lo que le incumbe, y no ha hecho otro tanto la concursada, considerando entonces aplicable el art. 1124 del Código Civil (CC), lo que a su juicio justifica que hayan de reintegrarse el objeto del contrato suscrito.

Sin embargo la Ley Concursal ha establecido un régimen específico, que es además sustento del propio proceso concursal, que no autoriza a una pretensión semejante. El art. 61 al disciplinar la «vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», establece en su apartado primero que en los casos en que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.

Esto sucede precisamente en este supuesto, en el que Ganados Monfer, SL ha satisfecho en su totalidad la prestación, y ante el incumplimiento de la concursada, intentó antes de la declaración del concurso hacer efectivo el precio, que era la contraprestación, acudiendo al Juzgado de 1ª Instancia de Cistierna a tratar de hacer eficaz los títulos cambiarios que se le habían entregado para pago.

Al aplicar esta regla el efecto que se produce es que Ganados Monfer, SL se convierte en un acreedor más de los que integran la masa pasiva del concurso, y tendrá el mismo trato que los demás sin perjuicio de la calificación concursal de su crédito.

El promotor del incidente pretende no obstante la resolución en base a lo disciplinado en el art. 61.2, que expresamente declara que «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Su pretensión choca, sin embargo, con el relato que hace en la demanda, porque no hay obligaciones recíprocas pendientes a cargo tanto del concursado como por su parte. En este caso sólo hay prestaciones pendientes de cumplimiento por la concursada, que ha de abonar el precio.

El sistema que dispone el art. 61.2, disciplina la situación en la que se sitúan los contratos que, en el momento de la declaración de concurso, están pendiente de cumplimiento por ambas partes. En el número primero se recoge una situación usual, que es la de aquéllos contratos en que el contratante ha satisfecho íntegramente su obligación y está pendiente el cumplimiento por la otra. En el número segundo, la situación también habitual de que al declararse el concurso no hay un contratante in bonis, porque hay prestaciones pendientes de ambas partes, razón por la que el precepto dice «tanto a cargo del concursado como de la otra parte».

Ganados Monfer, SL ha satisfecho completamente su obligación, que era la de entregar casi mil cabezas de ganado, antes de declararse el concurso. Energía Viva, SA en liquidación tiene pendiente satisfacer el precio, porque las cambiales entregadas no fueron hechas efectivas y ello determinó el inicio de un procedimiento judicial luego detenido como consecuencia de la situación de concurso. No es de aplicación, por lo tanto, el art. 61.2 de la LC.

Y tampoco puede serlo la previsión del art. 62.1, cuando regula la «resolución por incumplimiento», porque se basa en el presupuesto fáctico que describe el art. 62.1, es decir, contrato de obligaciones recíprocas que están pendientes por ambas partes, al declararse el concurso. En ese caso el incumplimiento ulterior a la declaración se autoriza, porque si el concursado no cumple con cargo a la masa, como ordena el 61.2 primer párrafo in fine de la LC, el acreedor está autorizado a solicitar la resolución del contrato, ya que ante la situación concursal, que le aboca a convertirse en un integrante más de la masa activa, no tiene que verse convencionalmente compelido a cumplir por su parte lo que le incumbe.

La posibilidad del art. 62.1 es perfectamente razonable y trata de evitar que el crédito del acreedor siga incrementándose como consecuencia de la situación de concurso, cuando por su parte está obligado a terminar de cumplir su obligación contractual o continuar verificándolo, pese a que la concursada, que debe por su parte atender las suyas con cargo a la masa, no lo está haciendo.

Esgrime el promotor una cita de «Comentarios a la Ley Concursal» (Tecnos, Madrid 2004, pg. 689) del profesor D. Jesús Manuel, sobre la interpretación del art. 61 de esa norma, que sostiene apoya su tesis de que puede instar la resolución incluso quien ha cumplido íntegramente sus obligaciones en el momento de declararse la situación concursal. Frente a ella puede oponerse que sostiene lo contrario la mayoría de la doctrina (Inmaculada Herbosa, «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», La

Ley 7 de abril 2004; Pablo Vila Florensa en «Nueva Ley Concursal», Edit. Bosch, pág 327; José Ramón Salelles Climent en «Comentarios a la Ley Concursal» Edit. Bosch. Pág. 651).

Además la propia Ley Concursal ha querido optar por un sistema como el descrito, como revela la Exposición de Motivos (III, párrafo 15), cuando señala que «no se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculten a las partes para pactarla o para denunciar el contrato», y al disponer en el art. 61.3 que se tienen por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso.

En definitiva, lo que Ganados Monfer, SL pretende es incompatible con la declaración de concurso y con la expresión literal de los arts. 61 y 62 de la Ley Concursal. Lógicamente todos los acreedores tienen un contrato u obligación de otro origen pendiente de cumplimiento por el concursado. Si ante el impago de su crédito todos pudieran resolver los respectivos contratos, obligándose al concursado a reponer las cosas al estado inmediatamente anterior a la firma del contrato, se acabaría con el trato igual de los acreedores de la misma clase, el principio de universalidad (art. 76 LC) y con el principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa.

El sistema establecido por la LC es mucho más sencillo y consiste en que si una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación, podrá incorporar su crédito a la masa pasiva, de ser acreedor, o a la activa, si es el concursado, para someterse en el primer caso al régimen general de pago a los mismos regulado en la LC o en el segundo para reclamar el cumplimiento voluntario o en su caso, la tutela judicial que garantice la incorporación de ese elemento patrimonial a la masa con la que se satisfará a los acreedores.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 1.09.2005 (AC 2005/1563)

“PRIMERO.- En la presente litis se ejercita la acción resolutoria del art. 62 de la Ley Concursal respecto de un contrato suscrito entre la entidad actora y la concursada el día 10 de febrero de 2005 y por el la concursada ARMECON ESTRUCTURAS Y CONSTRUCCIONES S.L. en su calidad de contratista de unas obras, subcontrato los servicios de la actora para la ejecución de las tareas de carpintería; acción que, afirma, se justifica en el incumplimiento por parte de la concursada de su obligación de pago de los servicios prestados derivada de aquel contrato, concretamente de su cláusula sexta. Alega la actora como hechos en que fundamenta su pretensión básicamente que en ejecución del contrato anteriormente referido comenzó a prestar sus servicios y de acuerdo a lo estipulado comenzó a librar facturas con la retención pactada (del 5%).

Que ARMECON le abono las tres primeras facturas y para abonar el importe de las tres siguientes le emitió un pagaré con fecha 2 de marzo de 2006 que fue impagado así como el resto de los pagares librados posteriormente en pago de otros servicios no contratados inicialmente.

Incumplimiento que, según la actora, justifica la resolución del contrato que solicita, pretendiendo ser indemnizada además en los daños y perjuicios causados por el referido incumplimiento en concepto de hecho cesante o beneficio industrial conforme a lo dispuesto en la cláusula decimoquinta del contrato equivalente al 5% del importe pendiente de ejecutar a la fecha de la resolución del contrato y que fija en 41.360,97 E. Cantidad que sumado al importe de las obligaciones incumplidas contabilizan un total de 258.197,58(incluido I.V.A), crédito que interesa sea satisfecho con cargo a la masa por aplicación de lo dispuesto en el art. 62 de la ley concursal.

SEGUNDO.-Frente a dicha pretensión se opusieron la administración concursal y la concursada.

La concursada si bien se allanó a la pretensión de resolución del contrato, difiere de la actora en el fundamento de la resolución que afirma no es de incumplimiento de las obligaciones contractuales por su parte, sino de la causa prevista en la cláusula decimoquinta, letra G del contrato que liga a las partes, a saber, la terminación anticipada del contrato celebrado entre ARMECON y la promotora de la obra (PROFUSA) donde la mercantil actora, CARPINTERIA POLISAL S.L.V. habia contratado con la concursada la realización de las tareas de carpintería de madera.

Niega que la cantidad debida por dicha ejecutada sea la reclamada, eso es 211.492,95 E, sino que lo adeudado en tal concepto es 164.470,24 E en los que están incluidas las retenciones.

También niega la procedencia de la pretendida indemnización de daños y perjuicios por cuanto que en el contrato se estipuló que en caso de resolución del contrato por terminación anticipada del suscrito entre Armecon y Profusa, la actora incidental renunciaba a los daños y perjuicios y, en cualquier caso, si la resolución contractual tuviese su fundamento en el incumplimiento por su parte, de las obligaciones de pago,

los daños y perjuicios causados deberían ser probados, pues la cláusula decimoquinta del contrato no es imperativa.

Por su parte, la Administración concursal manifiesta que el incumplimiento de la obligación de pago anterior a la declaración del concurso no puede ser motivo para resolver el contrato, sino que es consecuencia precisamente de aquella declaración.

Que fue la actora la que abandono la obra de la que trae causa el contrato que la liga con la concursada.

Que al no poderse resolver el contrato por incumplimiento anteriores a la declaración del concurso no es procedente la indemnización pretendida y que de haberse alegado como causa de resolución contractual la "terminación anticipada" tampoco sería procedente la indemnización al haber renunciado expresamente a ello en el contrato la actora.

TERCERO.- Centrados en los anteriores términos la cuestión suscitada y para su resolución ha de partirse de que el art. 61.2, de la L.C. establece que " la declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos las obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte", lo que equivale al mantenimiento automático de los contratos, si bien su resolución podrá solicitarse en interés del concurso al Juez por la administración concursal o, en su caso por el concursado(art. 61.2.2) o por incumplimiento (art. 62).

Es decir, que si bien el auto de declaración de concurso no afecta en principio a la vigencia de los contratos (art.61.2) si existiera un incumplimiento posterior de cualquiera de los contratantes si que pueden solicitar la resolución a tenor de lo prevenido en el art. 62, de la Ley.

En el caso de autos la relación que liga a las partes litigantes es una relación arrendaticia de obra o empresa, contemplada en el art. 1544 del Código Civil en virtud de la cual un profesional, en este caso la actora, dedicada a la actividad de carpintería(contratista) se obliga a prestar al comitente, contratado en la entidad ahora declarada en concurso, ARMECON, no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por dicha actuación mediante previo cierto que debe ser abonado por la otra parte(comitente).

En el caso las condiciones de abono del precio por parte de la concursada se recogen en la estipulación sexta del contrato de la que se infiere que el cumplimiento por parte de ARMECON de aquella obligación de pago nace no al vencimiento de los pagares emitidos al efecto, sino de la ejecución de la obra de pago mensual.

En consecuencia, ha de concluirse con la administración concursal que no nos encontramos ante incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, sino ante incumplimientos anteriores a los que no son de aplicación lo dispuesto en el art. 62 de la ley 22/2003, de 9 de julio, sino el artículo 61 de la misma, en cuyo primer apartado se contempla la hipótesis que se plantea, que la parte in bonis haya cumplido íntegramente sus obligaciones y el concursado tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las reciprocas a su cargo, en cuyo caso la deuda que corresponde al concursado se incluirá en la masa pasiva.

Cabria añadir además que no cualquier incumplimiento posterior a la declaración del concurso haría prosperar la acción resolutoria, sino que seria preciso que ese incumplimiento sea grave, entendiéndose que el incumplimiento es grave cuando se ha frustrado el fin del negocio, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada.

En definitiva, no concurriendo la causa de resolución invocada (incumplimiento posterior) es por lo que procede la íntegra desestimación de la demanda, ratificando el importe y la calificación que del crédito ostentado por la actora frente a la concursada hace la administración concursal en la lista de acreedores provisional, sin entrar a analizar la causa de resolución invocada por la concursada al no haberse formulado por su parte reconvenición.": Sentencia JM-1 Murcia 11.01.2007 (Incidente Concursal 166/2006)

1.2 Resolución de compraventa pendiente de cumplimiento a cargo de ambas partes, pese a ser el incumplimiento del concursado anterior al concurso

"TERCERO.- Los anteriores preceptos han de ser completados con lo dispuesto en la Ley Concursal en materia de contratos con obligaciones reciprocas, y más concretamente con los arts. 61 y 62 LC. El art. 61 se refiere a la vigencia de los contratos con obligaciones reciprocas pendientes a de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. El art. 62 regula específicamente la resolución por incumplimiento, estableciendo su apartado 1º: "La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando

el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”. De este precepto se colige la posibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, y de los contratos de tractos sucesivos cuando el incumplimiento es anterior o posterior. Ahora bien, ello no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir. Otra interpretación dejaría indefensa a la parte que estuvo dispuesta a cumplir, y con el pago de una señal mínima podría integrarse en el concurso el bien adquirido mediante compraventa no obstante la falta de pago del resto del precio, dándose el supuesto de que en caso de insuficiencia de bienes, la parte vendedora perdiera no sólo el bien, sino que además no pudiera cobrar su crédito, ya que el precio de venta del bien pudiera ser destinado al pago de acreedores con un crédito preferente.

CUARTO.- La parte demandada alega en primer lugar, la falta de un requisito de procedibilidad por no haberse practicado el requerimiento judicial o notarial al que se refiere el artículo 1504 CC.

Señala la STS 5 diciembre 2003: “El artículo 1504 del Código civil exige el requerimiento previo, para dar lugar a la resolución del contrato de compraventa de bien inmueble por falta de pago del precio, aunque medie, como en el presente caso, el pacto expreso de *lex commissoria*; cuyo requerimiento implica una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla (como dicen las sentencias de 28 de enero de 1999 y 24 de julio de 1999), declaración unilateral de voluntad a la que la ley anuda un efecto resolutorio (sentencias de 30 de diciembre de 1997 y 27 de febrero de 1999)”. Y las STS 3 mayo 1994 y 2 febrero 2005, consideran que el incumplimiento que puede dar lugar a la resolución debe ser “grave, sustancial y esencial”. Según esta última sentencia: “La facultad resolutoria que otorga al vendedor el artículo 1504 del Código Civil requiere la existencia de un incumplimiento de la principal obligación que para el comprador surge del contrato de compraventa, requisito que ha sido matizado por la más moderna doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere una actitud dolosa del incumplidor que es a lo que apunta la frase “actitud deliberadamente rebelde” al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustrate el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias (Sentencia de 5 de noviembre de 1989), invocada en Sentencia de 6 de noviembre de 1991. En el mismo sentido las Sentencias de 3 y 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero, 4 de marzo, 31 de marzo, 23 de abril, 8 de mayo, 14 de mayo, 21 de mayo, 1 de junio y 2 de junio de 1992”.

Dicho precepto ha de ser interpretado en el seno del procedimiento concursal. Teniendo en cuenta la finalidad del precepto, y la insolvencia declarada del concursado, sometido a las normas de la LC, debe subrayarse que no resulta necesario dicho requerimiento por cuanto aun cuando se hubiera practicado el requerimiento, el pago no puede ser efectuado ya que prevalece el principio de “*par conditio creditorum*” debiendo observarse las normas de la LC sobre reconocimiento, clasificación y pago de los créditos. Es por ello, que la finalidad perseguida por el art. 1504 y reseñada en la jurisprudencia expuesta no puede ser conseguida una vez declarado el concurso. Pero además a mayor abundamiento, resulta aplicable el art. 1124 en caso de que se declare probado el incumplimiento del demandado, pues así resulta de lo dispuesto en la STS citada de 26 de septiembre de 2000, que tras exponer la jurisprudencia aplicable que ha sido transcrita en precedente fundamentación jurídica, señala: “teniendo en cuenta que la “*ratio decidendi*” en armonía con la “*ratio petendi*” se basa en el incumplimiento acreditado de falta de pago por parte de los demandados, es claro, que aunque no proceda la específica norma de resolución de las compraventas de bienes inmuebles del art. 1504 CC, no obsta para que se pueda, perfectamente, acudir a la sanción del art. 1124 CC, que tal y como se ha expuesto, permite sólo la posibilidad de que, tras el incumplimiento pueda en todo caso el comprador efectuar el cumplimiento o pago, lo que, como se ha hecho constar, no ha sido realizado por los compradores”. En dicha sentencia, tras declararse en ambas instancias que el requerimiento no fue resolutorio sino de pago, y por tanto no se trató del requerimiento al que alude el art. 1504 CC, el Tribunal Supremo desestima el recurso, y estima aplicable el art. 1124, ya que los compradores tuvieron posibilidad de pagar, lo que no constaba que hubieran efectuado. En el presente caso, no se ha practicado el requerimiento de resolución a que se refiere el art. 1504 Código Civil (no consta en las actas notariales aportadas como doc. 2 y 5), pero ello no debe llevar a la desestimación de la demanda como pretende el demandado, por los argumentos anteriormente expuestos, no resultando controvertido

que el pago del resto del precio no se ha efectuado (sólo se ha pagado la señal), y que dado que el concursado se encuentra sometido al procedimiento concursal, el mismo sólo podrá efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Concursal.

QUINTO.- Sentado lo anterior se trata de determinar si ha habido un incumplimiento del demandado que justifique la resolución del contrato. La jurisprudencia, en aplicación del art. 1504 CC, señala en la STS de 4 de julio de 1997, que “no se precisa que la voluntad obstativa al cumplimiento sea indicativa de una contumacia y rebeldía por parte del comprador en torno al cumplimiento, sino que es suficiente que se produzca ese incumplimiento si con ello se frustra el fin normal de dicho contrato, como es, por parte del vendedor percibir íntegramente el precio de la compraventa”. En esta sentencia califica de inoperantes las circunstancias esgrimidas en el motivo que tratan de justificar el impago del demandante, fundamentalmente cuando de manera definitiva, se hace constar que todo ello es debido “a la crisis económica general y que fue presa de mala fortuna y no pudo afrontar los pagos de la manera comprometida”.

Y la STS 5 diciembre 2002, señala: “Tanto para los supuestos del ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa contemplada en el artículo 1504 del Código Civil, en el supuesto de venta de bienes inmuebles, como el con carácter genérico otorga el artículo 1124 del Código Civil, en el caso de obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no es bastante un simple retraso en el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendental importancia pueda justificar su resolución (Sentencia de 20 de noviembre de 1984)”.

El demandado aduce que el incumplimiento resulta imputable a la otra parte, si bien dicho oposición no puede prosperar. Pues así se colige de la documental aportada, consistente en diversas actas notariales que reflejan la incomparecencia del demandado al acto de otorgamiento de escritura, y en concreto de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de septiembre de 2000, que declara injustificada la incomparecencia del demandado para el otorgamiento de la escritura, y que la parte vendedora estuvo dispuesta a cumplir con el requisito de otorgar escritura pública. A pesar de que en dicha sentencia se dice que carecen de justificación los argumentos del demandado para negarse a otorgar escritura pública, dicha parte insiste en la misma argumentación para continuar justificando su conducta de no comparecer a los requerimientos efectuados por el Juzgado, en el procedimiento de ejecución instado por dicha parte, o de comparecer pero negarse a otorgar escritura pública.

Resulta patente la voluntad obstativa del demandado al cumplimiento de lo convenido, ya que han transcurrido más de siete años desde la celebración del contrato de compraventa, habiendo abonado tan sólo una parte insignificante del precio, la entregada en concepto de señal. La STS 5 de diciembre de 2002, considera que el retraso por más del doble del tiempo pactado (en dicho caso para la entrega de la vivienda) justifica la resolución. Y la STS de 15 de julio de 2003, consideró procedente la resolución, pues existió por el demandado una pasividad en el pago del precio aplazado durante varios años y por un importe elevado, lo que considera que constituye un incumplimiento inequívoco.

Abundando en todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que no obstante oponerse el demandado a la resolución, arguye que la actora carece de legitimación para transmitir la propiedad del 65% del inmueble, ya que según la demandada no es propietaria de la finca, lo que da a entender que según dicha parte el contrato suscrito está viciado ya que no se puede transmitir lo que no se tiene. No obstante, como se ha expuesto, no se acogen los argumentos en los que la demandada funda su oposición.

Por todo lo expuesto, procede estimar la demanda y declarar resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes, con pérdida de la cantidad entregada en concepto de señal en aplicación de la estipulación cuarta párrafo 2º del contrato, que establece: “Si el otorgamiento de la escritura pública no se pudiera llevar a efecto por razones imputables a la parte compradora ésta perderá las cantidades que hasta esa fecha haya entregado a la vendedora en concepto de precio.”: Sentencia JM-1 Sevilla 30.12.2005 (JUR 2006/150413)

2. Resolución por incumplimiento. Aplicación de los principios generales.

2.1 Requiere frustración del fin contractual.

“Por otro lado, el éxito de la acción planteada en esta «litis» concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de COPINSA, bien sea anterior o posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1316), que se hace eco de las pronunciadas el 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3920), el 28

de febrero de 1989 (RJ 1989, 1409) y 29 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1310), proclama que el artículo 1124 del CC debe interpretarse restrictivamente, exigiendo ese comentado verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustré el fin contractual. ”: S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

“Por otro lado, el éxito de la acción planteada en esta «litis» concretada en la resolución contractual por pretendido incumplimiento de Copinsa, bien sea anterior o posterior a la declaración de concurso, es decir, la viabilidad en general del incumplimiento de contratos con obligaciones recíprocas, exige necesariamente lo que la jurisprudencia califica como verdadero o propio incumplimiento. Así el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004\ 1316), que se hace eco de las pronunciadas el 23 de mayo de 2000 (RJ 2000\ 3920), el 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\ 1409) y 29 de febrero de 1988 (RJ 1988\ 1310), proclama que el artículo 1124 del Código Civil debe interpretarse restrictivamente, exigiendo ese comentado verdadero y propio incumplimiento, que se corresponde con un incumplimiento grave, es decir, con la concurrencia de una voluntad del infractor obstativa al cumplimiento y que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y decisiva. No basta, por tanto con cualquier incumplimiento, sino que se requiere un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir, o bien un cumplimiento defectuoso que en todo caso, como dice la primera sentencia citada frustré el fin contractual: “.Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

“Más peculiar es el supuesto de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo preexistentes a la declaración del concurso. En tales casos la Ley Concursal establece la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria incluso para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso (artículo 62.1 in fine LC). Por tal razón, en el presente caso en que se reconoce el impago de las facturas por suministro de energía eléctrica anterior a la declaración del concurso, la cuestión que nos debemos plantear es si dicho impago supone un verdadero incumplimiento que permita a la entidad demandante obtener la resolución del contrato. Para resolver tal cuestión debemos partir de la premisa consistente en que en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo para que pueda ejercitarse con éxito la acción resolutoria no es suficiente cualquier incumplimiento. Es menester que el incumplimiento pueda calificarse de grave y total. Así lo establece la jurisprudencia, al exigir que se trate de un incumplimiento con la entidad precisa para producir una grave consecuencia en el funcionamiento de la relación [STS (Sala 1ª) de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7239)]. Tampoco basta con un mero retraso en el cumplimiento de la contraprestación, ni con un cumplimiento defectuoso de la misma. La STS (Sala 1ª) de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4298) no reconoce al mero retraso eficacia resolutoria de contratos con prestaciones recíprocas, salvo que con tal retraso se frustré el fin práctico perseguido por las partes con el contrato. Es necesario un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir; o un cumplimiento defectuoso, siempre que en todo caso se frustré el fin contractual [STS (Sala 1ª) de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1753)]. El artículo 1124 CC tampoco prevé que el mero incumplimiento frustré la relación contractual, y en un sentido favorable a la pervivencia del contrato permite al Tribunal optar por señalar plazo para el cumplimiento de la misma si existen causas justificadas para excluir el efecto resolutorio.

TERCERO Visto lo anterior debemos examinar el supuesto de autos. Nos encontramos ante el impago de dos facturas por suministro de fluido eléctrico a la entidad concursada que se refieren al período inmediatamente anterior a la declaración del concurso. En aplicación de la doctrina jurisprudencial aludida en el anterior fundamento jurídico, el impago de tales facturas no puede calificarse de incumplimiento contractual grave que permita a la parte demandante obtener un pronunciamiento resolutorio. Y ello porque nos hallamos ante la presencia de un mero retraso en el pago que en ningún caso puede sostener que frustra el fin contractual de ninguna de las partes. Retraso cuya trascendencia -en ningún caso resolutoria- se ha visto suprimida como consecuencia de la declaración del concurso de la entidad Dorlast, SL el día 17 de noviembre de 2004. En efecto, la declaración del concurso impide, como regla general, afrontar el pago de cualquier crédito nacido con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso (artículo 49 LC), y por tanto ese retraso inicial en el pago de las facturas cesa como tal retraso en el momento de la declaración del concurso, puesto que la concursada se ve impedida de afrontar el pago como consecuencia de tal declaración. A partir de tal punto, debe procederse a calificar el crédito de la demandante como crédito concursal, procediéndose a la inclusión del acreedor en la masa pasiva del concurso y a la satisfacción del crédito de acuerdo con las normas reguladoras del pago de los acreedores existentes en la Sec. 4ª del Cap. II del Título V de la Ley Concursal.

CUARTO La anterior interpretación no vacía de contenido lo dispuesto en el artículo 62.1 in fine LC, puesto que debe tenerse en cuenta que sí hubiera sido posible hablar de incumplimiento anterior habilitante para declarar la resolución contractual para el caso del contrato de suministro de energía eléctrica que liga a las partes, en el supuesto en que la conducta de la entidad concursada anterior a la declaración del concurso, hubiera sido de tal envergadura y gravedad que hubiera frustrado el fin contractual pactado. Pero este no ha sido el caso de autos. ”: Sentencia JM-1 Madrid 15.04.2005 (AC 2005/839)

“PRIMERO Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal, que dimanen de los autos de concurso voluntario de acreedores núm. 13/2005, relativos a la entidad concursada Torres Film Plastic, SL, y la suerte de vigencia del contrato de suministro de energía eléctrica en su día pactado inter partes en atención al impago de las prestaciones económicas debidas por la concursada correspondientes al período diciembre de 2004 y los veinticinco primeros días del mes de enero de 2005, esto es, en atención a la data del auto de declaración del concurso, el mes y veinticinco días inmediatamente anteriores.

La actora impetra al amparo del artículo 62-1 de la Ley concursal, en atención a que se trata de una relación negocial de tracto sucesivo, la resolución contractual por razón de incumplimiento imputable a la adversa, si bien, con carácter subsidiario, deja apuntado que para el supuesto de que se hiciera recurso de la facultad que contempla el número 3 del artículo 62 de la Ley concursal, se dispusiere el pago de la suma debida con cargo a la masa del concurso.

SEGUNDO La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple la prestación debida. Se trata de un principio que en nuestro Derecho tiene su plasmación en el artículo 1124 del Código Civil, que faculta al contratante que ha cumplido su prestación a optar entre la resolución de la obligación y a la postre del contrato de que aquélla nace o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. En interpretación de dicho precepto la jurisprudencia tiene declarado desde antiguo (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941, 24 de octubre de 1941, 3 de mayo de 1949, 5 de mayo de 1953, 1 de diciembre de 1966, 12 de diciembre de 1966, 17 de enero de 1975, 5 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 6528], 9 de octubre de 1987, 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4298], 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8635], 8 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1346], 20 de diciembre de 1997) lo siguiente:

1.-Que resuelto el contrato por la parte cumplidora y de no aquietarse la otra parte serán los Tribunales los que en cada caso concreto deberán declarar si procede o no tal resolución y sus efectos, debiéndose en principio devolverse las partes las recíprocas prestaciones deservueltas (artículos 1295 y 1303 del Código Civil).

2.-Que sólo puede pedir la resolución y, en su caso el cumplimiento, quien previamente ha cumplido su obligación o si su incumplimiento obedece al anterior de la otra parte.

3.-Que, en principio, para que el incumplimiento sea tal y pueda dar lugar a la resolución es precisa una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que no implica necesariamente que sea doloso sino que basta que se frustre el fin económico del contrato perseguido por la otra parte.

4.-Que el incumplimiento en sí mismo no lleva consigo sin más la indemnización de daños y perjuicios, sino que es preciso probar su existencia, el nexo causal con el incumplimiento y su cuantía, así como que sean ciertos no dudosos, ni contingentes o meramente posibles, hipotéticos o eventuales.

Ahora bien, es lo cierto que se observa una evolución en los criterios al respecto mantenidos por la más moderna jurisprudencia, de suerte que resulta presupuesto para la viabilidad de la acción, por un lado, que el accionante no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro y, por otro lado, que la parte adversa haya incumplido de forma grave las que le incumbían (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 7973], 19 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4910], 15 de febrero de 1993 [RJ 1993, 770], 24 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8715], 24 de enero de 2001 [RJ 2001, 6]). Así, se introduce un cambio relevante, de manera que ya no se exige para la viabilidad de la pretensión de resolución contractual la presencia del requisito subjetivo, a saber, de una conducta rebelde, sino que basta con que pueda atribuirse al contratante que se tacha de incumplidor una conducta contraria al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó. La moderna jurisprudencia señala que no es precisa, a efectos resolutorios, la presencia de una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento sino que, antes bien, basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera sino que por el contrario desarrolle conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial o de no prestación de lo debido, sin causa, razón o justificación para ello, eludiendo frontalmente los objetivos y finalidades del convenio así como las legítimas expectativas de la parte cumplidora; así las cosas, el elemento subjetivo, conformado por la conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento, ha venido sustituido por el objetivo de la frustración del fin del contrato de manera que lo esencial para la resolución es que el incumplimiento impida la realización del fin del contrato o, lo que es lo mismo, que se malogren las legítimas expectativas y aspiraciones

de la contraparte (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7615] y 22 de junio de 1995), no resultando preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento sino con conducta, no sanada por justa causa, obstativa del cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1268], 16 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3706] y 27 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1753]).

TERCERO Aplicando al supuesto de autos los anteriores criterios es claro que no puede entenderse, sin más, que concurren los presupuestos de la resolución contractual que viene impetrada, cuando se trata de la inatención de las facturas correspondientes a los devengos habidos por el período transcurrido entre el 1 de diciembre de 2004 y el 25 de enero de 2005, esto es, en el lapso de tiempo inmediatamente anterior a la declaración de concurso. Pero no se trata de ver con absoluta frialdad el supuesto atendido el diverso tratamiento que se dispensa en los artículos 61 y 62 de la Ley concursal, en lo que ahora interesa, bien entendido que en el artículo 62 en principio se previene la facultad resolutoria para el caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso, si bien en el inciso final del núm. 1 asimismo se previene tal posibilidad para los contratos de tracto sucesivo también en los casos en que el incumplimiento que se imputa sea anterior a la declaración de concurso. Y este planteamiento que se enuncia se lleva a efecto en razón a que el artículo 62-3, en principio, sólo previene el supuesto de que, desestimada la pretensión resolutoria no obstante concurrir los presupuestos de su pertinencia en atención a resultar de interés al buen fin del procedimiento concursal, el contratante frustrado se vea primado en cuanto que las prestaciones que le son debidas serán de atención contra la masa. Pero tal no es el supuesto que ahora nos ocupa, donde se acaba de decir que no se observa la concurrencia de los presupuestos que habrían de propiciar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión principal (esto es, la resolución contractual) que viene deducida. Antes al contrario, la solución es desestimatoria, de suerte que, por ende, ya no tiene sentido ulterior consideración «ex» artículo 62-3; ahora bien, ello no puede obstar la apreciación de que, si bien el concurso vino declarado por auto de 25 de enero de 2005 -y recuérdese que hubo de habilitarse un trámite de subsanación de documental-, es claro que la solicitud de concurso se dedujo en 7 de enero. Pues bien, sin necesidad de hacer ahora consideración en punto a que la emisión de las facturas -iniciales- por los períodos de que se trata es en todo caso (en cuanto que el giro de la factura al cobro se verifica a mes vencido) absolutamente coetánea y posterior a la interposición de la solicitud de concurso, y su período de pago voluntario en el supuesto ordinario es posterior a aquella data, es plausible entender asimismo, dada la evidente complejidad del concurso núm. 13/2005 de que se trata, que la parte venía preparando su demanda durante el mes de diciembre de 2004. Esto es, cuando ya se había adoptado la decisión de promover el concurso («ex» artículo 5 de la Ley concursal), y en ningún caso con anterioridad a tal data, se deja de atender el pago de los devengos correspondientes y ahora no parece ciertamente correcto entender que se da estricto cumplimiento a la normativa concursal cuando se atienden regularmente con cargo a la masa los devengos posteriores a la declaración del concurso (que están al día, sin que exista disputa alguna en este momento al respecto) y se haga escudo de los artículos 49 y 61-1 de la Ley concursal para sostener el impago y que se verificará el reconocimiento y calificación concursal correspondiente en la masa pasiva del concurso. Ello choca frontalmente con las reglas de la buena fe «ex» artículo 7 del Código Civil, al tiempo que se quebranta radicalmente la regla de imputación de pagos de los artículos 1172 y siguientes del Código Civil. En atención a tales circunstancias concurrentes que se observan, en el marco de la relación negocial de tracto sucesivo que vincula a la actora con la concursada Torres Film, y en la consideración de que tal, por tanto, en modo alguno quiebra el principio de universalidad y la par conditio creditorum, se está en el caso de disponer que el pago se verifique en todo caso contra la masa del concurso. En inteligencia diversa piénsese cuál sería la situación para el caso de que, solicitada la declaración de concurso y verificada la subsanación que vino requerida ex artículos 6 y 14-2 de la Ley concursal, el Juzgador se hubiere demorado en el dictado de la resolución de declaración del concurso (esto es, un evento no imputable a la solicitante, pero tampoco desde luego a la entidad ahora actora Iberdrola)”: Sentencia JM-1 Valencia 14.07.2005 (AC 2005/1301)

2.2 Requiere la prueba del propio cumplimiento

“Pero nótese, por otro lado, que el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, exige, como «conditio sine qua non» que quién la solicita haya cumplido previamente con las obligaciones que le incumbían (Sent. Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6859] y 5 de julio de 1999 [RJ 1999, 4980]). Y es lo cierto, que esta exigencia, este previo cumplimiento de las sociedades actoras, no encuentra la adecuada acreditación y fundamento en estos autos. Así la documentación aportada a la «litis» por las demandantes, consistentes en documentos de confección unilateral, alcanzan, en su caso, a perfilar y fijar el tipo de contrato cuya resolución pretende, cantidad de mercancía, precio, modo de pago etc., pero en modo alguno constituye prueba justificativa del cumplimiento por las vendedoras de la obligación que

les incumbe de poner a disposición de la compradora Copinsa la mercancía de referencia, al tiempo que ninguna otra prueba, ha acreditado la realidad de ese suministro o puesta a disposición.

Por el contrario y como con acierto se dice en la sentencia apelada, el testimonio vertido por Don Gregorio, antiguo agente de la actora Bunge Ibérica, viene a poner de manifiesto la realidad de ese previo incumplimiento de las sociedades vendedoras, consistente en la interrupción de los distintos suministros de mercancía por causa de exceso de riesgos. Es cierto que el Sr. Gregorio cesó en su cargo en el mes de junio de 2004 como así manifestó, pero sin embargo continuó efectuando un seguimiento de las operaciones pendientes hasta el mes de diciembre de 2004, lo que avala y justifica su conocimiento acerca de dicha interrupción o suspensión del envío de mercancía.”: S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

“Además el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 Código Civil exige como «conditio sine qua non» que quien la solicite haya cumplido previamente con las obligaciones que le incumbían (S. Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1997 [RJ 1997\ 6379] y 5 de julio de 1999 [RJ 1999\ 4980]). “:Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

“Se pretende por la actora se declare la resolución de los contratos y se le indemnice los daños y perjuicios causados a tenor de lo prevenido en el inciso final del artículo 62 de la Ley concursal conforme al cual producida la resolución, el crédito del acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda. En este punto el precepto coincide con el criterio del art 1124 del código civil, a propósito del cual reiteradísima jurisprudencia del TS ha señalado como requisitos para la resolución del contrato bilateral por incumplimiento los siguientes: a) Reciprocidad de las prestaciones. b) Inejecución de una o varias obligaciones contractuales. c) Previo cumplimiento del actor.d) Existencia en el deudor de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impide.

El requisito del previo cumplimiento del actor es consecuencia de la especial estructura del contrato bilateral, en el que cada una de las partes es, al propio tiempo, acreedora y deudora de la otra, permite el que una de ellas, sin haber cumplido previamente la obligación que le incumbe, exija el cumplimiento al otro contratante, o, alegando el incumplimiento de éste, pida la resolución del contrato. Para evitar estos abusos, cuando se demanda la ejecución o cumplimiento sin que el actor haya cumplido previamente la obligación que le incumbe, el deudor puede defenderse con la exceptio non adimpleti contractus, siendo un supuesto especial del ejercicio de la misma su oposición a la resolución por incumplimiento, como la que en el presente caso se articula por los codemandados.

TERCERO.- Pues bien, sentado lo anterior resulta que correspondía a la entidad actora acreditar, conforme a la doctrina de la carga probatoria consagrada en el art. 217 de la LEC, el previo cumplimiento de sus obligaciones contractuales para que la acción resolutoria pudiera prosperar, esto es el previo cumplimiento de su obligación de poner la mercancía a disposición de la compradora, y en el supuesto que nos ocupa la actora no ha dado puntual cumplimiento a tal postulado probatorio, pues pretende acreditarlo con un documento elaborado unilateralmente por ella (documento nºero 6 de la demanda), carente de todo valor probatorio. Tampoco arroja ninguna luz al pretendido cumplimiento previo de la actora la documental aportada en el acto de la vista a su instancia (fax aportado como documento nºero 3 al escrito de contestación de la administración concursal en el incidente seguido ante este Juzgado con el nºero 32/05). Por contra, la parte demandada sí ha acreditado con el testimonio del transportista D. Cristóbal Serrano Jiménez, el incumplimiento anterior de la vendedora de su obligación, por cuanto que dio la orden al encargado del almacén en el que debía de efectuar la entrega de no cargar la mercancía. En consecuencia, procede la desestimación de la demanda rectora del presente pleito.”: Sentencia JM-1 Murcia 13.06.2005 (Incidente Concursal 31/2005)

3. Contratos con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo.

3.2 Calificación del contrato como de tracto sucesivo

3.2.1 ¿Suministro o compraventa?

“Así y en relación con la primera cuestión jurídica señalada, este Tribunal que comparte los elementos sustentadores e identificativos que enumera la sentencia apelada, acerca del contrato de suministro o de tracto sucesivo, alberga serias reservas con respecto a que tal calificación o naturaleza jurídica pueda atribuírsele sin más, como afirman las mercantiles recurrentes, a los contratos cuya resolución pretende, máxime teniendo en cuenta que el contrato de suministro, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2002 (RJ 2002, 4897), es una figura atípica, carente de regulación positiva.

Entiende este Tribunal que la prueba aportada por la parte actora, permite obtener la conclusión de que estamos más acertadamente en presencia de una pura y simple relación de ventas mercantiles que se suceden en el tiempo, distintas, autónomas e independientes unas de otras, que ante un puro contrato de suministro, catalogado como único y destinado esencialmente a la satisfacción de una serie de necesidades periódicas del suministrado, que se suceden y se repiten temporalmente. Su carácter duradero y el interés de su prolongación temporal, que son características básicas de este tipo de contratos, no se encuentran acreditadas en los que se pretende su resolución sobre todo teniendo en cuenta que tampoco existe constancia, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002, acerca de un compromiso periódico «inter partes» de facilitar y recibir productos. (...)CUARTO Continuando en esta misma línea de argumentación, entiende este Tribunal que la aplicación de los precedentes criterios y doctrina jurídica a los hechos objeto de controversia en estos autos, no permite otorgar viabilidad a la pretensión actora.

De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que las mercantiles demandantes no pueden ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente. “: S AP Murcia 3.03.2006 (AC 2006\490)

“Así y en relación con la primera cuestión jurídica señalada, este Tribunal que comparte los elementos sustentadores e identificativos que enumera la sentencia apelada, acerca del contrato de suministro o de tracto sucesivo, alberga serias reservas con respecto a que tal calificación o naturaleza jurídica pueda atribuírsele sin más, como afirma la mercantil recurrente, a los contratos cuya resolución pretende, máxime teniendo en cuenta que el contrato de suministro, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2002, es una figura atípica, carente de regulación positiva.

Entiende este Tribunal que la prueba aportada por la parte actora, permite obtener la conclusión de que estamos más acertadamente en presencia de una pura y simple relación de ventas mercantiles que se suceden en el tiempo, distintas, autónomas e independientes unas de otras, que ante un puro contrato de suministro, catalogado como único y destinado esencialmente a la satisfacción de una serie de necesidades periódicas del suministrado, que se suceden y se repiten temporalmente. Su carácter duradero y el interés de su prolongación temporal, que son características básicas de este tipo de contratos, no se encuentran acreditadas en los que se pretende su resolución, sobre todo teniendo en cuenta que tampoco existe constancia, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002, acerca de un compromiso periódico «inter partes» de facilitar y recibir productos.

(...) CUARTO Continuando en esta misma línea de argumentación, entiende este Tribunal que la aplicación de los precedentes criterios y doctrina jurídica a los hechos objeto de controversia en estos autos, no permite otorgar viabilidad a la pretensión actora.

De un lado, y teniendo en cuenta que los contratos cuya resolución se aduce, no reúnen, como hemos examinado, la calificación o naturaleza de contratos de tracto sucesivo, es lo cierto que la mercantil demandante no puede ejercitar la citada acción resolutoria por incumplimiento de los mismos anterior a la declaración del concurso, pues como hemos expuesto en el segundo Fundamento de Derecho de esta sentencia, el marco jurídico-concursal de aplicación, le veda e impide el ejercicio de dicha acción por tal incumplimiento precedente. “: Sentencia AP Murcia 10.03.2006 (JUR 2006/141102)

“Por lo que aquí interesa, el contrato que liga a las partes es un contrato de suministro, que no está tipificado en nuestro Derecho privado, pero si lo está en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 172 y siguientes). Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrador) en poder obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de tal manera que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato. Además de la nota de duración, ha de indicarse que el contrato de suministro es único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, ya que es voluntad de las partes el servirse de él para asegurarse la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellos sin tener que realizar varios contratos.

El contrato de suministro se define como el contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio a realizar a favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, 30 de noviembre de 1985, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992 y 3 de abril de 2003).

Por buena parte de la doctrina se estima que nos hallamos ante una variante de la compraventa, si bien se advierte la tendencia de otro sector doctrinal y también de la propia jurisprudencia a escindir ese contrato del de la compraventa, pero sin dejar de hacer notar su afinidad. De ahí que

la doctrina jurisprudencial se haya orientado año sin algunas contradicciones- en sentido de marcar unas ciertas especialidades al contrato de suministro, que lo separan de la compraventa, cuya disciplina, no obstante, se aplica al suministro en lo que no está en contradicción con su carácter peculiar, que viene marcado por la pluralidad de prestaciones y con su contrato de duración.

En concreto, en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica es reiterada la jurisprudencia que establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio público prestado mediante empresas privadas, lo que hace que el contrato de suministro de energía eléctrica sea un contrato mixto que participa de un aspecto administrativo relativo a la forma de gestión y prestación del servicio con un control por la administración y de un aspecto privado que es la relación contractual entre la compañía suministradora y el abonado, es en este aspecto privado donde la jurisprudencia califica el contrato como de compraventa, tratándose por tanto de un contrato bilateral, sinalagmático, existiendo una manifiesta correlación e interdependencia entre las obligaciones de las partes; entrega constante y continua de energía en la potencia contratada y pago del precio pactado.

Pues bien, partiendo de esta conceptualización del contrato de suministro, como contrato único que da lugar a prestaciones periódicas al que se aplica, dada su naturaleza mixta, por una parte el vigente Reglamento de Acometidas Eléctricas y el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía y en su aspecto privado, las normas contenidas en el Código de Comercio relativas a la compraventa mercantil (artículo 325 y siguientes) resultaría discutible aplicarle el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo. De estimarse este no aplicable, no cabría duda alguna de que las deudas generadas a favor de IBERDROLA tienen carácter concursal.

Por el contrario, si se entiende que la especialidad se refiere a la proyección en el tiempo de las prestaciones contractuales y no a la naturaleza jurídica del contrato en sí, el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo sería aplicable también a los contratos que se prolongan en el tiempo, pero en este caso la conclusión a la que se llegaría sería la misma, habida cuenta de que el apartado 3º del artículo 64 anteriormente transcrito y en el que IBERDROLA fundamenta su reclamación parece venir referido a la regla general de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, que pueden resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, pero no especifica si es de aplicación a la especialidad que contempla el párrafo 1º (contratos de tracto sucesivo). Especialidad cuya supresión se llegó a plantear en el debate parlamentario, concretamente en la enmienda nºero 290 del grupo Parlamentario Socialista al considerar que la inclusión de la referencia a los contratos de tracto sucesivo introducía una excepción injustificada en el sistema de la ley concursal.": Sentencia JM-1 Murcia 26.04.2005 (concurso 11/2005)

"PRIMERO.-En la presente litis se ejercita la acción resolutoria ex artículo 62 de la Ley Concursal respecto de varios contratos suscritos entre la entidad actora y la concursada, fundada en el incumplimiento por parte de ésta de sus obligaciones contractuales tanto con anterioridad como con posterioridad a la declaración de concurso de COPINSA y ello por entender la parte actora que los contratos que unen a las partes litigantes y que relaciona en el documento nºero 1 de su escrito de demanda son de tracto sucesivo y por ende, que es de aplicación la especialidad prevista para tales supuestos en el apartado primero del art. 62 que contempla la posibilidad de ejercitar la facultad de resolución incluso cuando el incumplimiento haya sido anterior a la declaración de concurso. Ello obliga, en primer lugar, a determinar la calificación que ha de darse a los contratos cuya resolución se pretende, lo que es discutido por las partes ; la actora afirmando que se trata de contratos de suministro en tanto que la administración concursal los califica de compraventa, siendo bien sabido, por ser doctrina jurisprudencial hartamente reiterada que la calificación de los contratos no depende de la denominación que las partes le den, sino la que se desprenda del contenido de sus cláusulas.

El contrato de suministro no está tipificado en nuestro derecho privado, pero sí lo está en la Ley de contratos de las Administraciones públicas (art. 172 y siguientes). La Jurisprudencia, en sintonía con el art. 1559 del código civil italiano de 1942, entiende que el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra prestaciones periódicas o continuas cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor (sentencias 30 de Noviembre 1984, 8 de Julio 1988, 24 de Febrero 1992 y 2 de Diciembre de 1996).

Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrado) en poder obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de tal manera que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolongue en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato. Además de la nota de la duración, ha de indicarse que el contrato de suministro es único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, ya que es voluntad de las partes el servirse de él para asegurarse la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellas sin tener que realizar varios contratos. En el presente supuesto no nos encontramos ante un único contrato, sino que son varios los

contratos concertados entre las partes, entre cuyos pactos consta expresamente (condición general cuarta) que este contrato es independiente de cualquier otro que ambas partes tengan convenido y en vigor y su rescisión o resolución no perjudica la vigencia de los demás, por ello no pueden conceptuarse propiamente como contratos de suministro. Son contratos bilaterales, sinalagmáticos que generan obligaciones recíprocas para las partes; la de entrega de la mercancía-harina de soja- para el vendedor (la actora) y el pago de la misma a su puesta a disposición a condición general octava- para el comprador (la concursada). En este sentido guarda gran afinidad con la compraventa definida en el art. 1445 del Código civil, pero difiere de ésta en que las obligaciones que genera para sendas partes no son de ejecución instantánea, sino que son contratos de ejecución periódica, es decir, genera obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar actos reiterados durante cierto tiempo (las entregas de las mercancías y su pago han de realizarse en diferentes fechas previamente pactadas por las partes). En definitiva, son contratos atípicos que participan de características propias de una y otra modalidad contractual.”: Sentencia JM-1 Murcia 13.06.2005 (Incidente Concursal 31/2005)

2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

Art. 62.2

1. Incidente concursal sobre resolución de contrato de arrendamiento y desahucio

PRIMERO Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal pretensión de resolución contractual y desahucio de la demandada de las fincas que ocupa en calidad de arrendataria por mor del impago de las rentas a cuya atención viene obligada en virtud de los pactos contractuales en su día habidos inter partes. Cumulativamente, se ejercita la acción dineraria de reclamación de los créditos pendientes por estos conceptos.

El reconocimiento explícito verificado por la parte demandada, mediante su escrito de contestación a la demanda que tuvo entrada en este Juzgado en 6 de julio de 2005, en cuanto a la existencia, origen y certeza del crédito que se reclama, implica su allanamiento a la demanda planteada de adverso, lo que vincula a los Juzgados y Tribunales para fallar de acuerdo con los pedimentos de aquélla cuando, como en el supuesto de autos, su objeto no resulte contrario al interés o el orden Público ni vaya en perjuicio de tercero, de conformidad con lo prevenido en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 6-2 del Código Civil.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en los artículos 1088, 1091, 1254, 1255, 1258 y 1555 del Código Civil, y el artículo 27-2-a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos (, procede la estimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones, declarando la resolución contractual y acordando el desahucio del demandado de la finca arrendada, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verifica en plazo legal.

Y es que, evidentemente, la vis atractiva que despliega el concurso en orden a devenir competente este Juzgador ex artículos 8, 50, 61 y 62 de la Ley concursal, no empece a que la resolución a dictar sea la procedente en todo caso pues de lo que se trata es de coordinar adecuadamente no ya la obtención del título judicial pertinente sino su correcta ejecución con la suerte de la solución concursal, a saber, la concordada o la liquidatoria, que se dispense en su seno.”: Sentencia JM-1 Valencia 12.07.2005 (AC 2005/1299; AC 2005/1557)

1.1 Sobre las rentas adeudadas

“**SEGUNDO** Como quiera que ejercitándose cumulativamente «ex» artículo 438-3, la acción de desahucio (artículo 27-2-a) y la acción de reclamación de cantidades adeudadas, debe estimarse la demanda rectora de las presentes actuaciones si bien tal estimación en esta sede sólo puede resultar parcial, al menos formalmente, y ello en atención a que la acción dineraria que se sostiene por las rentas devengadas desde diciembre de 2004 y sucesivas no ha de merecer pronunciamiento particular en este incidente sino que antes bien debe estarse a su pertinente reconocimiento y calificación en el seno del informe de la administración concursal «ex» artículo 75 de la Ley concursal, atendándose como créditos contra la masa los devengos producidos durante la pendencia del procedimiento concursal y del modo y por el orden que se prescribe al artículo 154 de la Ley”: Sentencia JM-1 Valencia 12.07.2005 (AC 2005/1299; AC 2005/1557)

2. Sobre las costas

“**TERCERO** En materia de costas procesales, no procede efectuar especial pronunciamiento en esta sede ex artículos 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que no obstante la esencial prosperabilidad de la acción que ha venido sostenida, en modo alguno puede reputarse

temerario el proceder de inatención de la merced arrendaticia que viene devengada y ello en razón a que inmersa la mercantil demandada en situación concursal y habiéndose dispuesto un régimen de intervención de sus facultades «ex» artículo 40 de la Ley concursal, es dable considerar que, amén de aquellos créditos anteriores que merecen por ende la consideración de concursales, la Administración concursal dispone en relación a los sucesivos devengos la atención de los créditos contra la masa «ex» artículo 154 de la Ley concursal afrontando en primer término y como no puede ser de otro modo, el debido pago de los salarios de los trabajadores dependientes de los que es empleadora la concursada así como los créditos de proveedores en orden a la prosecución de la actividad empresarial”: Sentencia JM-1 Valencia 12.07.2005 (AC 2005/1299; AC 2005/1557)

“Puesto que el art. 62.2 de la LC remite a los trámites del incidente concursal, y el art. 196.2 LC a las normas de la LECiv, en aplicación del art. 394.1 de esta última no se hará expresa condena en costas, al apreciarse serias dudas de derecho sobre la hermenéutica de un texto legal reciente, como la Ley Concursal, respecto del que además existe, como se ha visto, discrepancia doctrinal.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 1.09.2005 (AC 2005/1563)

“**CUARTO** Tratándose de una cuestión jurídica interpretativa suscitada por una imprecisión de la propia Ley [art. 62.3 «*siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*»], procede no hacer expresa imposición de las costas causadas, según permite el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por remisión del artículo 196.2 de la Ley Concursal. Aparte de que sólo se ha estimado parcialmente la pretensión de la actora, pues no todo su crédito es contra la masa. ”: Sentencia JM-1 Córdoba 8.07.2005 (AC 2005/1705)

3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Art. 62.3

1 “Atendiendo al interés del concurso”

1.1 Contratos de suministro de energía eléctrica

“PRIMERO.- La demandante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, ejercita acción resolutoria del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito con la concursada el día 10 de septiembre de 2.004 para las instalaciones que ésta tiene en la localidad de... (...). Por razones que huelga explicitar, el interés del concurso aconseja que, a pesar de mediar incumplimiento anterior a la declaración, se acuerde el cumplimiento, esto es, que se mantenga el suministro, pues en caso contrario el negocio, simplemente, no podría continuar.”: Sentencia JM-2 Barcelona 21.07.2005 (JUR 2005/185515)

“PRIMERO.- En el momento de presentarse la demanda incidental había incumplimiento de la concursada respecto del pago del precio de los suministros anteriores a la declaración de concurso, pero no en cuanto a los créditos posteriores o contra la masa, que habían sido pagados y puestos al corriente el 5 de mayo (la demanda incidental se presentó el día 10 siguiente). Si bien parece que han existido irregularidades posteriores en el pago, claramente atribuibles a la falta de liquidez de la concursada, según acreditan las facturas aportadas en el acto de la vista, correspondientes a suministros ya efectuados durante la tramitación del concurso.

SEGUNDO.- No obstante, el que los créditos contra la masa estén completamente abonados o retrasados en su pago no es lo relevante para la resolución del contrato, puesto que el artículo 62.1 de la Ley Concursal permite que, tratándose de contratos de tracto sucesivo, como evidentemente lo es el de suministro eléctrico, pueda instarse la resolución también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. A su vez, el artículo 62.3 establece que aunque exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, «siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». Es palmario que, manteniendo la entidad concursada su actividad empresarial, tal y como previene el artículo 44.1 de la Ley Concursal, el suministro eléctrico es de vital importancia para ello, pues su interrupción equivaldría a la suspensión irremediable de la producción. Por tanto, siendo el interés del concurso el mantenimiento de la actividad empresarial productiva, tanto desde un punto de vista general, como desde la realidad concreta de que, estando ya próxima la conclusión de la fase común, tanto para el convenio como para, en su caso, la liquidación, es preferible para los acreedores la generación de nuevos activos, debe optarse por el cumplimiento del contrato. ”: Sentencia JM-1 Córdoba 8.07.2005 (AC 2005/1705)

“SEGUNDO.- Entrando en el análisis de la primera de las cuestiones suscitadas ha de partirse de que en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal ha optado por una disciplina especial, diferente a las reglas generales del artículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia del interés del concurso, sobre el particular de los contratantes; entendiendo como interés del concurso la maximización del valor del patrimonio concursal, como medida de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores.

Efectivamente, en esta materia, la regla general es que la declaración del concurso no conlleva per se la extinción o resolución del contrato (en congruencia con el artículo 44 de la Ley que establece que la declaración de concurso interrumpa la continuación de la actividad del deudor), sino que se mantiene la vigencia de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones recíprocas.

No obstante, la ley posibilita la resolución voluntaria en interés del concurso, de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes con anterioridad a la declaración (artículo 61.2.2), así como la resolución por incumplimiento posterior, incluso anterior de tratarse de contratos de tracto sucesivo (artículo 62), sometidos a un tratamiento diferente.

Por lo que aquí interesa, el artículo 62 de la Ley se refiere a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración de concurso, cuando acontece el incumplimiento por parte de cualquiera de ellas tras la declaración. Si bien el caso de que se trata de contratos de tracto sucesivo, la resolución prevista en el artículo 62 plantea una especialidad, y es que el incumplimiento que faculta para solicitar la resolución puede también ser anterior a la declaración y no sólo posterior, como ocurre en el resto de los supuestos.

En el presente caso, no discutiéndose el incumplimiento anterior a la declaración del contrato que liga a las partes, procedería en principio la resolución, de estimarse que al contrato de suministro como contrato de duración, le es aplicable lo dispuesto lo aplicable en la ley para los contratos de tracto sucesivo, si no fuera porque ese mismo precepto faculta al Juez para acordar el cumplimiento del contrato siempre que lo exija el interés del concurso. Es decir, siempre que se trate de un contrato ventajoso para la masa, lo que es indiscutible en relación al contrato que nos ocupa, pues sin suministro eléctrico sería imposible la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, cuyo objeto es la producción de zinc. En consecuencia, procede acordar el cumplimiento del contrato y rechazar la primera de las peticiones de IBERDROLA.”: Sentencia JM-1 Murcia 26.04.2005 (concurso 11/2005)

1.2 Contratos de arrendamiento de vehículos

“PRIMERO.- en el presente incidente la parte actora pretende que se declaren resueltos los contratos de arrendamiento de gestión a vehículos formalizados entre la concursada y OVERLEASE S.A. en fecha 10 de febrero de 2004. 26 de enero de 2005 y 30 de mayo de 2006 por los cuales se cedían en régimen de arrendamiento respectivamente el uso de los vehículos marca Renault, modelo Clio matricula 4425-csf y chasis VF1BBR8EF30029480, del Renault modelo Megane matricula 4864-DFZ y chasis VF1KMR6063303007 y del Renault modelo Kangoo y chasis VFKCE8EF35176537.

Alega como hechos en los que fundamenta su pretensión básicamente que de los distintas cuotas pactadas para el pago del precio del arrendamiento la concursada ha dejado impagado el importe correspondiente al las plazos hasta el 29 de septiembre de 2006, por lo que a tenor de lo dispuesto en la Condición General Decimoquinta de la póliza de contrato mercantil de arrendamiento se ha visto obligada a resolver el contrato exigiendo la devolución del material arrendado y debiéndose estar en cuanto a las rentas vencidas a lo dispuesto en el art. 62.4 de la ley Concursal.

SEGUNDO.-Frente a dicha demanda se opuso la administración concursal, admitiendo la existencia de los contratos y el impago de las cuotas, pero que a tenor de lo prevenido en el art. 61.3 de la Ley Concursal tal incumplimiento no conlleva una resolución automática de los contratos, y si bien el art. 62 de la ley faculta la resolución de los contratos por incumplimiento, tal posibilidad esta vedada en el caso de que deba prevalecer el interés del concurso, como acontece en el presente caso respecto a dos de los tres automóviles cuya resolución pretende la actora incidental, en concreto los Renault Megane matricula 4864-DFZ y nº de bastidor VF1KMR60633030077 y Clio matricula 4425-CSF y nº de chasis VF1BBR8EF30029480, al estar afectos a dos comerciales de la sociedad, Don Antonio Martinez Alcalde y Don Joaquin Sanz, entendiendo por ello la administración concursal que en interés del concurso los contratos de arrendamiento en relación con esos dos vehículos no deben resolverse, si en cambio, en relación con el tercer contrato de arrendamiento, el referido a un Renault Kangoo con nº de chasis VF1KCE8EF35176537.

TERCERO.- Centrada en los anteriores términos la cuestión suscitada, y para su resolución ha de partirse de que en esta materia rige una la disciplina especial, que difiere notablemente a las reglas generales del artículo 1124 y concordantes del Código Civil, basándose en la prevalencia

del "interés del concurso" entendido como la maximización del valor del patrimonio concursal, como medida de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores.

Efectivamente, en esta materia, la regla general es que la declaración del concurso no conlleva "per se" la extinción o resolución del contrato (en congruencia con el artículo 44 de la ley que establece que la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad del deudor), sino que se mantiene la vigencia de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones recíprocas.

No obstante, la ley posibilita la resolución voluntaria en interés del concurso, de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes con anterioridad a la declaración (artículo 61.2.2), así como la resolución por incumplimiento posterior, incluso anterior de tratarse de contratos de tracto sucesivo (artículo 62), sometiéndolos a un tratamiento diferente.

Por lo que aquí interesa, el artículo 62 de la Ley se refiere a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración de concurso, cuando acontece el incumplimiento por parte de cualquiera de ellas tras la declaración. En el presente supuesto no discutiéndose el incumplimiento por parte de la concursada de su obligación de pago de las cuotas pactadas por el arriendo de los vehículos objeto de los contratos procedería en principio la resolución a tenor de lo dispuesto en el art. 62.1 de la Ley Concursal sin no fuera por que ese mismo precepto, en su apartado tercero, faculta al Juez para acordar el cumplimiento del contrato siempre que lo exija el interés del concurso, por lo que resta por examinar si la acción resolutoria ha de prosperar o si, haciendo uso de la facultad que al Juez del concurso le otorga el párrafo 3º del art. 62 de la LC, es procedente acordar el cumplimiento del contrato.

La facultad que concede al Juez el art. 62.3 de la Ley Concursal recuerda en cierta manera el régimen previsto en el apartado 3º del artículo 1124 del Código Civil, de conformidad con el cual el Juez debe decretar la resolución que se reclama "a no ser causas justificadas que le autoricen para señalar plazo". Respecto a este precepto existe una gran casuística en nuestra jurisprudencia en relación con que debe entenderse por "causas justificadas".

En tanto que en relación con lo que haya de entenderse por "interés del concurso" del art. 62.3 dado que la ley concursal cuenta con poco más de dos años de vigencia no existe jurisprudencia alguna al respecto. Pero en cualquier caso ha de tenerse muy presente que el art. 62.3 de la ley no habla del interés del concursado sino del concurso, debiendo entenderse por tal como ya se argumentó anteriormente la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores.

Pues bien, de las testificales practicadas a instancias de la administración concursal, de Don Antonio Martínez Alcalde y de Don Joaquín Sanz Gómez, ha resultado acreditado que sendos comerciales son los que tienen a su disposición de manera exclusiva los vehículos objeto de los contratos a cuya resolución se opone el órgano de administración del concurso, y la necesidad de tales vehículos para la prospección y el mantenimiento de clientes por cuenta de la mercantil concursada, entidad cuyo domicilio social se encuentra sito en San Javier (Murcia) y cuyo objeto social es la venta mayor y menor de productos accesorios para explotaciones agrícolas, así como su instalación, por lo que el mantenimiento de esos contratos de arrendamiento redundan en interés del concurso al constituir su objeto (vehículos) bienes destinados a la actividad económica de la concursada de forma ordinaria. No así respecto del contrato de arrendamiento acompañado a la demanda como documento nº 3 y respecto a cuya resolución ha mostrado la administración su conformidad.": SJM-1 Murcia 08.05.2007 (Incidente Concursal 365/2006)

1.3 Convenio Singular con la TGSS con motivo de previa suspensión de pagos

"SEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto en art. 62.1 LECO, la resolución por incumplimiento es facultad que en principio no está afectada por la existencia del concurso, siempre que el incumplimiento sea posterior a la declaración concursal, o también cuando sea anterior en el caso de los contratos de tracto sucesivo, como el del Convenio Singular de autos (los de tracto instantáneo sólo pueden resolverse por incumplimiento producido con posterioridad a la declaración del concurso). [La concursada, como consecuencia de haber concluido su expediente de suspensión de pagos mediante convenio de acreedores, suscribió con la TGSS un Convenio Singular, en tanto que ésta acreedora privilegiada con derecho de abstención del convenio de acreedores, comprometiéndose a abonar el importe adeudado en diez años, más un interés anual del 3 por ciento, con garantía de prenda sin desplazamiento sobre maquinaria industrial]

Ahora bien, en realidad, sí que viene afectada la facultad de resolución por incumplimiento, ya que la norma dispone que la acción resolutoria debe ejercitarse a través del incidente concursal ante el Juez de lo Mercantil, pero es que además éste, atendiendo al interés del concurso, puede acordar el cumplimiento aunque exista causa de resolución, siendo a cargo de la masa las prestaciones correspondientes (art. 62.3 LECO).

Por lo tanto, de un lado, la resolución extrajudicial no cabe, y de otro, para la judicial se puede, en interés del concurso, motivadamente y sin arbitrariedad, aunque exista incumplimiento de

contrato por la concursada, mantener la vigencia de la relación negocial, bien que “siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”.

Pues bien, hay objeciones formales en nuestro asunto, dado que no es quien aduce la infracción del negocio el que demanda la resolución por vía incidental ante el Juez del concurso, sino la deudora concursada, y no obviamente para resolver -trámite de art. 61.2.pfo.2º LECO-, sino para que se decrete judicialmente el mantenimiento del vigor del negocio frente a quien lo “ha dejado sin efecto” de manera extrajudicial.

La tesis más conducente es que, si la resolución extrajudicial no resulta operativa una vez declarado el concurso por mandato legal, sencillamente debieran ignorarse, y actuar el deudor concursado como procede ante un acto jurídicamente ineficaz de la contraparte, a la espera del ejercicio cabal de la acción resolutoria, lo mismo que le cumple a un arrendatario si el arrendador le comunicara que ha resuelto el contrato y debe tenerse por desahuciado, o a un empresario si el trabajador le enterara que ha resuelto la relación laboral y se le adeuda una indemnización como si de despido improcedente se tratara.

En el asunto presente ha aparecido en el acto de la vista el tema de la naturaleza administrativa del Convenio Singular, que en la construcción preventiva de la concursada sería merecedor, como oposición de la TGSS, de un pronunciamiento judicial, y en todo caso, no puede negarse el interés legítimo en plantear este tipo de incidente concursal, como cualquier otro atípico que se suscite en el procedimiento.

Pero lo que no alcanza a comprender el Juzgador es el acierto de dicho interés, una vez que se asume el dato de que, desde hace más de un año, no está Fundifes S.A. al corriente del pago de sus cuotas de Seguridad Social. Supuesta una resolución contractual ineficaz, el Informe de la administración concursal tiene que cuantificar y clasificar un crédito con arreglo al Convenio legalmente no desvitalizado, y siendo así, irremediamente será la TGSS quien haya debido impugnar la lista de acreedores ante el Juez del concurso en su perentorio plazo, o no siéndolo, la concursada debió impugnar. En todo caso, sería demandada la administración concursal. Del texto definitivo de dicha lista de acreedores surgen los guarismos para calibrar una solución convencional o liquidativa, y por supuesto, el acreedor privilegiado puede abstenerse de convenir, pero no puede pretender por crédito privilegiado que no se le haya reconocido.

TERCERO.- Sea como fuere, al juzgador se le impele a resolver, tal y como se plantea el caso, en lo que igual no tuviera que haber sido ninguna resolución expresa antes de terminar la fase común del concurso.

Y efectivamente, en cuanto a las cuestiones de fondo, las dudas lógicas por hipótesis, en nuestro supuesto, son tres, a saber, si el Convenio Singular con TGSS es un contrato sujeto a la indicada normativa de arts. 61 y 62 LECO (1); si estando sujeto, se ha producido el incumplimiento por parte de la concursada que fundamenta la acción resolutoria (2); si producido el incumplimiento, procede ordenar el mantenimiento del vigor de dicho Convenio en interés del concurso (3).

Cada una de las cuestiones, sólo si resuelve en sentido positivo concede paso a examinar la siguiente, puesto que si no hubiera sujeción del Convenio a las reglas del efecto del concurso sobre los contratos, nunca podría fallarse como se pide, y por el contrario, si la hubiera, pero el incumplimiento no arraigara una causa resolutoria, debiera necesariamente mantenerse la relación jurídica como se pactó.

Desde luego, no tiene sitio un debate sobre que el concurso “per se” derroque la vigencia del Convenio, ni tampoco que, advenidos al punto final de que fuera interesante para el concurso mantener el Convenio, aún incumplido radicalmente, pueda establecerse una consecuencia prestacional para las partes diferente a la prevista en la Ley.

Pero el caso es que se admite buenamente que desde octubre de 2005 no se pagan las cuotas corrientes, como impera la cláusula duodécima de los acuerdos del Convenio Singular, y por ende, jugaría la resolutoria expresa de cláusula decimotercera, lo mismo que jugaría si no estuviera ex art. 1.124 CCiv.

Y no se va a incurrir en dispendio de justicia razonando si ha habido otros incumplimientos, como lo atinente a la aceptación por la TGSS de la constitución de la garantía pignoratícia de ciertos bienes muebles, comprometida en el Convenio, porque tampoco se razonará más allá que el impago de cuotas corrientes, sucesivo y perseverante durante más de un año, consiste, sin duda, en esa esencial infracción de la obligación recíproca de Fundifes que autoriza para la resolución del concierto, sin más, a la contraparte, en la línea de la moderna jurisprudencia, que ha desarbolado el requisito paralegal de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento en los contratos bilaterales, como presupuesto de la resolución -al socaire de las “causas justificadas que le autoricen a señalar plazo” al Juez de art. 1.124 CCiv-, la cual no existe ninguna razón para excusar en las situaciones concursales.

Por lo tanto, la cuestión se reduce al sometimiento al régimen del art. 62 LECO, y a la decantación del “interés del concurso”.

En cuanto a lo primero, el art. 67.2 LECO establece que los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos, y por lo tanto, el régimen de resolución, son los de LECO, cuando se trata de contrato de carácter privado celebrado por el deudor con Administraciones Públicas. Y conforme al art. 5.3 RD Legislativo 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se demarca el campo de esos contratos

privados por exclusión de los de naturaleza administrativa de art. 5.2, que se describen en dos bloques, el de los que tienen por objeto directo, conjunta o separadamente, la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, y la realización de suministros, amén de otros contratos nominados que aquí no tienen relieve, y el bloque de los de naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

El Convenio Singular es consecuencia de la abstención de la TGSS como acreedora concursal del convenio de acreedores de la suspensión de pagos de Fundifes en expediente nº 124/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Durango, y supone pactar para la recuperación del crédito de Seguridad Social unas condiciones especiales con el deudor, autorizadas por la condición del crédito como privilegiado, y fundadas en el interés socioeconómico del salvamento de empresas, expresándose su vinculación con dicho convenio de acreedores, a cuya eficacia se supedita (manifestando V, y acuerdo cuarto "in fine" del Convenio Singular).

Pues bien, este Convenio Singular, desde luego, no satisface de forma directa e inmediata la finalidad competencial del Servicio Común, que es la recaudación de recursos del sistema, sino que obedece a secundar una decisión plurilateral homologada judicialmente de conservación de una empresa como prevención de su insolvencia -convenio de la suspensión de pagos-, por lo que tiene de mantenimiento de empleo y de tejido industrial. Tampoco ha sido determinado por la prestación de modo directo de un servicio público, que es esa recaudación funcional para las prestaciones del sistema, ni lo contempla una Ley como función de la TGSS.

La conclusión es que los Convenios Singulares con TGSS, como actualmente la concertación de convenios de acreedores en el concurso, conforma una actuación de carácter privado, no de Derecho administrativo, y supone la aplicación a tales de los efectos de la declaración del concurso de LECO.

CUARTO.- Atacando el punto del interés del concurso, ya se ha explicado en alguna otra decisión al respecto en este género de procedimientos colectivos, que es un mínimo común denominador de los intereses necesariamente contrapuestos que confluyen en el procedimiento concursal, a la luz de su principio solutorio, y de la regla a su servicio de continuidad de la actividad empresarial de art. 44 LECO. En realidad, las masas no tienen personalidad, ni pueden tener intereses subjetivos, sino que los tienen el deudor concursado, titular de activos y pasivos, y los acreedores colectivizados, entre sí sólo forzadamente coordinados por la misión de la administración concursal, pero enfrentados muchas veces, y también los tienen los deudores del concursado, los titulares de derechos con efectos reales sobre su patrimonio, y los trabajadores, y las diversas Administraciones Públicas que intervienen, etc.

El convenio es la solución normal del concurso, que LECO fomenta, de modo que la finalidad de la satisfacción de los acreedores se prefiere conseguir, más que a través de la ejecución general, a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico multilateral, homologado judicialmente, producto de una amplia autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, la preferencia de la solución convencional se endereza a la mejor satisfacción de los acreedores, según lo que decida el deudor, y no, en principio, con objetivo sanatorio de las empresas a todo trance, es decir, que la postergación de lo liquidatorio procede, no de la eficiencia para la economía en general del mantenimiento de la empresa, sino de que la idea conservacionista de la actividad de ésta tenga interés para los directamente involucrados en la crisis del deudor, sin rehabilitaciones en general por motivo de orden público. A fin de calibrar la solución adecuada, se contempla la continuidad de la actividad empresarial como regla.

La situación fáctica actual de Fundifes es de continuidad de la actividad, no meramente conservativa de bienes, sino de lo que es una fundición productiva. Y la continuidad no está en función de una solución conservativa o convencional exclusivamente, sino también de una solución liquidativa o de ejecución colectiva, porque la transmisión de unidades productivas, o sencillamente de un "globo" de bienes y derechos, que es preferente ex arts. 148.1 y 149.1.1ª LECO, manteniendo su valor en cambio, permite una "continuidad traslativa" (venta a tercero de la empresa o porciones de la empresa).

Supuesto el incumplimiento de la concursada, anterior y posterior a la declaración del concurso, que es radical y propio, con fuerza de suyo liberatoria y resolutoria para la TGSS, entonces, si se tratara, como es lo usual, de un contrato de suministro, también como es lo habitual entre los Juzgados de lo Mercantil, habría en esta tesitura que decretar el interés del concurso en el mantenimiento del contrato, como regla legal enervante de dicha fuerza liberatoria y resolutoria de la infracción precavida por el concursado de la relación conmutativa, o singular salvedad para el sinalagma. La "ratio" evidentemente es, de un lado, la comunidad de pérdidas que representa el concurso para los acreedores concursales, y la congelación del derecho ejecutivo del crédito para los acreedores contra la masa, y de otro lado, la consideración de que el concursado aqueja una impotencia para cumplir sus compromisos formalizada judicialmente, y sólo puede cumplir intervenido, o en su caso, sustituido por la administración concursal. Por ello se priva de efectos a la resolución extrajudicial, y cabe que judicialmente no se declare, sino el cumplimiento, a pesar de haber causa para tal. Lo que habría que ponderar, a juicio del disponente, es si el concursado no sacrifica inmoderadamente, o por capricho, a quien contrató una relación

duradera con aquél, ponderando las alternativas reales de contratar otro suministro con otra persona.

Claro que en el Convenio Singular no es un suministro, y nada tiene que proveer la TGSS a Fundifes, sino al contrario, lo que comprometió por su parte es no dar curso al ordinario procedimiento administrativo de apremio, si se cumplía el aplazamiento, se mantenía al corriente del pago de cuotas la empresa, y prestaba una garantía. Y resulta que, por los efectos del concurso, ese procedimiento de apremio no puede tampoco agredir la masa activa, puesto que el impago de las cuotas corrientes anteriores a la declaración del concurso ha generado un crédito concursal, y los bienes dados en prenda son patentemente necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de Fundifes, y porque los créditos contra la masa, si no son satisfechos tampoco, será por falta de liquidez, y todo quedará a que, cuando se rindan cuentas, se haya cumplido con las prevenciones de art. 154.2 LECO.

Ocurre, pues, que en apariencia, lo mismo da que la TGSS resuelva el Convenio, que no, dado que nada tiene que dar este Servicio Común a la concursada, sino mantenerse en un no hacer, prestar un "pathi" del impago sin reclamación ejecutiva, que igualmente se produce por la declaración del concurso.

Por otro lado, el art. 62.3 LECO, al contrario de lo que subyace en la postura de la actora del incidente, nunca puede ser que se niegue, ante el incumplimiento del concursado, la resolución contractual, sin más, sino declarar el cumplimiento, a pesar de una de las partes. En la interpretación correctora de estos Juzgados, como es prácticamente unánime, no se entiende que "con cargo a la masa" signifique que todo el débito, anterior a la declaración del concurso y posterior, deba pagarse de inmediato contra la masa, sino que, aplicando el principio de "par condicio creditorum", y la exégesis coordinada de los apartados 3 y 4 del art. 62 LECO -dos facetas, cumplimiento y resolución-, se declara la obligación de incluir el crédito anterior en la masa, y pagar contra la masa todo el devengado con posterioridad. Obviamente, si el cumplimiento tampoco se cumple, valga la expresión, la resolución ya será inevitable.

Pues bien, si se hubiera ignorado la resolución unilateral de la TGSS, el resultado sería equivalente: dejar en la masa el crédito precedente a la declaración del concurso, y pagar contra la masa las cuotas corrientes, y los vencimientos mensuales de lo pactado, a salvo que la TGSS impugnara la lista de acreedores, o reclamara como acreedor contra la masa todo el crédito pendiente.

Puesto que aquí no postula la TGSS, sino la concursada, y la administración concursal no ha intervenido, habrá que satisfacer la tutela pedida, declarando lo arriba indicado, que en definitiva, consiste en que Fundifes no pierde el beneficio del aplazamiento mensual por interés del concurso.

Hay dos flecos notorios: la concursada sostiene que se benefició de una quita del 60%, pero no aparece en el Convenio Singular por ninguna parte, de modo que ello, que sí justificaría este incidente, queda imprejuizado (a); la concursada puede no tener manera de cumplir el Convenio Singular como se ordena, lo que justificaría la resolución del mismo sin remedio, pero también queda imprejuizado (b).": SJM-2 Bilbao 12.03.2007 (Incidente Concursal 34/2007)

1.4 Improcedencia de la imposición de costas al instante de la resolución denegada por interés del concurso

"En este mismo apartado, la recurrente articula un segundo submotivo de apelación: la imposición de las costas en la primera instancia a la mercantil Laudatak Industrialdea, S.A. de conformidad a lo dispuesto en el artº 162I.C. en relación al artº 394 L.E.C. ante la desistimiento de la pretensión incidental. Mantiene la apelante que la sentencia reconoce el incumplimiento de sus obligaciones por partes de la concursada, al reconocer que efectivamente no se desarrolla ningún tipo de actividad del contrato-, pero que, sin embargo, viene en desestimar la demanda por entender que tal pronunciamiento devendría contrario al interés del concurso. Tal pronunciamiento, ciertamente, lleva aparejada la existencia de un fundamento suficiente para que la demandante accionara solicitando la resolución contractual, pues el artº 196.2 L.C. remite expresamente a los artºs 397 y 394.1 ambos de L.E.C.; y, en su consecuencia, no procedería la condena en costas en el incidente concursal, ya que no sólo existen dudas sobre la interpretación de un texto legal reciente, como la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, sino también discrepancias doctrinales, que, lógicamente, suscitan serias dudas de derecho. Motivo que debe ser apreciado, conforme a su propia bien fundada formulación.": SAP Alava 06.11.2006 (Sección 2) (JUR 2007/94926)

2. “siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”.

2.1 Contrato con obligaciones recíprocas de tracto sucesivo. Existe causa de resolución por incumplimiento anterior a la declaración de concurso. Acordado por el juez el cumplimiento del contrato por interés del concurso, los créditos anteriores a la declaración siguen siendo ordinarios y no se convierten en deudas de la masa.

“**TERCERO.**- Resta por determinar la condición de las prestaciones dinerarias adeudadas a la actora con anterioridad a la declaración del concurso. Para la resolución de esta cuestión ha de partirse del análisis del artículo 62 de la Ley Concursal, que lleva por rúbrica resolución por incumplimiento. Dicho precepto, en su párrafo 1º, y por la remisión que efectúa al apartado 2 del artículo precedente, se refiere a la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración del concurso, estableciendo la regla general de que esos contratos puedan resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso. Ahora bien, ese mismo párrafo (el 1º) del artículo 62, contempla como especialidad el supuesto de los contratos de tracto sucesivo, pues en este caso la facultad de resolución se puede ejercitar también cuando el incumplimiento haya sido anterior a la declaración del concurso.

Por su parte, el párrafo 3º del mismo artículo establece que aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo de cargo a la masa la prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Hay que destacar, sin embargo, que la ley concursal no se refiere a los efectos de la resolución en cada uno de los posibles contratos con obligaciones recíprocas, sino que establece un régimen general del que, en su caso, habrá que deducir las consecuencias en cada una de las figuras contractuales en particular, lo que no siempre resulta fácil.

Por lo que aquí interesa, el contrato que liga a las partes es un contrato de suministro, que no está tipificado en nuestro Derecho privado, pero si lo está en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 172 y siguientes). Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrador) en poder obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de tal manera que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato. Además de la nota de duración, ha de indicarse que el contrato de suministro es único y no un conjunto de contratos que se suceden en el tiempo, ya que es voluntad de las partes el servirse de él para asegurarse la realización de prestaciones futuras durante el tiempo que persista la necesidad de ellos sin tener que realizar varios contratos.

El contrato de suministro se define como el contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio a realizar a favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, 30 de noviembre de 1985, 8 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992 y 3 de abril de 2003).

Por buena parte de la doctrina se estima que nos hallamos ante una variante de la compraventa, si bien se advierte la tendencia de otro sector doctrinal y también de la propia jurisprudencia a escindir ese contrato del de la compraventa, pero sin dejar de hacer notar su afinidad. De ahí que la doctrina jurisprudencial se haya orientado a no sin algunas contradicciones- en sentido de marcar unas ciertas especialidades al contrato de suministro, que lo separan de la compraventa, cuya disciplina, no obstante, se aplica al suministro en lo que no está en contradicción con su carácter peculiar, que viene marcado por la pluralidad de prestaciones y con su contrato de duración.

En concreto, en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica es reiterada la jurisprudencia que establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio público prestado mediante empresas privadas, lo que hace que el contrato de suministro de energía eléctrica sea un contrato mixto que participa de un aspecto administrativo relativo a la forma de gestión y prestación del servicio con un control por la administración y de un aspecto privado que es la relación contractual entre la compañía suministradora y el abonado, es en este aspecto privado donde la jurisprudencia califica el contrato como de compraventa, tratándose por tanto de un contrato bilateral, sinalagmático, existiendo una manifiesta correlación e interdependencia entre las obligaciones de las partes; entrega constante y continua de energía en la potencia contratada y pago del precio pactado.

Pues bien, partiendo de esta conceptualización del contrato de suministro, como contrato único que da lugar a prestaciones periódicas al que se aplica, dada su naturaleza mixta, por una parte el vigente Reglamento de Acometidas Eléctricas y el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía y en su aspecto privado, las normas contenidas en el Código de Comercio relativas a la compraventa mercantil (artículo 325 y siguientes) resultaría discutible aplicarle el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo. De estimarse este no aplicable, no cabría duda alguna de que las deudas generadas a favor de IBERDROLA tienen carácter concursal.

Por el contrario, si se entiende que la especialidad se refiere a la proyección en el tiempo de las prestaciones contractuales y no a la naturaleza jurídica del contrato en sí, el régimen previsto en el artículo 62 para los contratos de tracto sucesivo sería aplicable también a los contratos que se prolongan en el tiempo, pero en este caso la conclusión a la que se llegaría sería la misma, habida cuenta de que el apartado 3º del artículo 64 anteriormente transcrito y en el que IBERDROLA fundamenta su reclamación parece venir referido a la regla general de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, que pueden resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración del concurso, pero no especifica si es de aplicación a la especialidad que contempla el párrafo 1º (contratos de tracto sucesivo). Especialidad cuya supresión se llegó a plantear en el debate parlamentario, concretamente en la enmienda nºero 290 del grupo Parlamentario Socialista al considerar que la inclusión de la referencia a los contratos de tracto sucesivo introducía una excepción injustificada en el sistema de la ley concursal.

Nos encontramos ante una de las cuantiosas lagunas de que adolece la ley para cuya integración ha de acudir a los criterios interpretativos de las normas jurídicas del artículo 3 del Código Civil.

-Pues bien, atendiendo a un criterio de interpretación sistemática resulta que habrá que diferenciar dependiendo de que el incumplimiento sea anterior o posterior a la declaración del concurso, tal como lo hace el propio artículo 62, en su párrafo 4º, para el supuesto de que se estimase procedente la resolución del contrato. De acuerdo con el criterio establecido en el párrafo 4º del artículo 62, en los casos en que el incumplimiento proceda del concursado, si este incumplimiento es anterior, se incluye en el concurso el crédito que corresponde al acreedor que hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales, lógicamente debe entenderse que el crédito del acreedor se incluye en la masa pasiva; es un crédito concursal. Y cuando el incumplimiento haya sido posterior a la declaración del concurso, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa.

Esta es también la solución seguida por la ley concursal para el caso de incumplimiento anterior a la declaración del concurso de un contrato de tracto único, en cuyo supuesto (artículo 61), la deuda que corresponda al deudor se incluirá en la masa pasiva del concurso, es decir, la parte in bonis que hubiera cumplido íntegramente antes de la declaración del concurso ha de insinuar su crédito y someterse a la ley del dividendo.

- A la misma solución se llega de aplicar un criterio interpretativo teleológico o finalista de la ley. Efectivamente, según su Exposición de Motivos la finalidad principal de la ley es la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común (que no del concursado), afirmación que se hace pensando en la dualidad de intereses deudor y acreedores, pues cuando entran intereses de terceros en juego (como por ejemplo el de los trabajadores) ha de primar también la conservación de la actividad empresarial, en definitiva, la conservación del empleo.

Pues bien, estos dos principios fundamentales quebrarían en los supuestos en que existiese una considerable deuda anterior (la de IBERDROLA asciende a 6.014.675,91 euros), de mantenerse la solución propuesta por la actora de abono inmediato e íntegro con cargo a la masa, sin someterse a la solución del concurso, lo que abocaría irremediablemente a la empresa a su liquidación.

En conclusión, para lograr una correcta solución del concurso, y de conformidad con la facultad reconocida en el apartado 3 del artículo 62 de la Ley Concursal, procede acordar el cumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica que vincula a las partes, teniendo la consideración de créditos concursales los debidos con anterioridad al concurso en tanto que los devengados durante su tramitación se consideran créditos contra la masa.": Sentencia JM-1 Murcia 26.04.2005 (concurso 11/2005)

“**TERCERO** La cuestión estriba en la interpretación que deba darse a la frase transcrita y entrecomillada en el fundamento anterior [art. 62.3 «*siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*»]; es decir, qué naturaleza tienen los créditos del acreedor cuyo contrato se mantiene por decisión judicial, pese al incumplimiento del concursado. La frase es claramente equívoca, porque no distingue entre las prestaciones debidas antes de la declaración de concurso y las posteriores a la misma, por lo que de su mera literalidad parecería, como sostiene la actora, que toda la deuda se convierte en crédito contra la masa. Sin embargo, dicha solución, que se basa en la literalidad de un precepto que parece pensado para los contratos en general y no para la especialidad de los contratos de tracto sucesivo, en los que se permite la reclamación por deudas anteriores y posteriores y que, por tanto, también debería prever una solución distinta para unas y otras, no es admisible si se pone el artículo 62.3 en relación con otros preceptos. En primer lugar, con el artículo 62.4, que con toda corrección conceptual distingue entre las obligaciones procedentes de incumplimiento anterior a la declaración del concurso, que se incluirán como créditos concursales, y las dimanantes de incumplimiento posterior, que se satisfarán con cargo a la masa. Y en segundo término, con el artículo 84 de la Ley Concursal, que al enumerar los créditos contra la masa, no incluye los créditos anteriores a la declaración de concurso generados por el incumplimiento de contratos de tracto sucesivo.

En resumen, se trata de una mala redacción legal, que debe ser corregida mediante la interpretación conjunta y sistemática de la Ley Concursal. Pues de lo contrario, los acreedores cuyo crédito procede de un contrato de tracto sucesivo verían mejorada su posición, mediante la conversión de todos sus créditos en créditos contra la masa y por tanto abonables inmediatamente (artículo 154 de la Ley Concursal), mediante el simple expediente de ejercitar la acción prevista en el artículo 62.1 de la propia Ley. Resultado absurdo, desigualitario y conculcador del principio de «par conditio creditorum» que no puede ser admisible.”: Sentencia JM-1 Córdoba 8.07.2005 (AC 2005/1705)

“PRIMERO.- La demandante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, ejercita acción resolutoria del contrato de suministro de energía eléctrica suscrito con la concursada el día 10 de septiembre de 2.004 para las instalaciones que ésta tiene en la localidad de Celrà (Girona). Es un hecho no controvertido que la concursada dejó atender facturas anteriores a la declaración del concurso que en conjunto importan 154.779,67 euros. Y consta, por otro lado, que las vencidas con posterioridad han sido satisfechas con cargo a la masa (documentos uno a seis de los aportados por la administración concursal). La parte demandante solicita se declare la resolución del contrato, de conformidad con el precepto citado y que, de acordarse el cumplimiento del contrato en interés del concurso, conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 62, se abone con cargo a la masa las facturas vencidas con anterioridad a la declaración del concurso y que todavía hoy están pendientes. Las demandadas, por su parte, solicitan se ordene el cumplimiento del contrato en interés del concurso, a pesar del incumplimiento, si bien la administración concursal discrepa de la calificación que debe darse al crédito de 154.779,67 euros, pues entiende que debe calificarse como ordinario.

SEGUNDO.- Que el artículo 62 de la Ley Concursal dispone que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por "incumplimiento posterior de cualquiera de las partes". Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, conforme a dicho precepto, la facultad de resolución también podrá ejercitarse cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración del concurso. Ello no obstante, aunque exista causa de resolución, el apartado tercero permite al juez, atendiendo al interés del concurso, acordar el cumplimiento del contrato, "siendo con cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado". Por razones que huelga explicitar, el interés del concurso aconseja que, a pesar de mediar incumplimiento anterior a la declaración, se acuerde el cumplimiento, esto es, que se mantenga el suministro, pues en caso contrario el negocio, simplemente, no podría continuar. La cuestión litigiosa, por tanto, se reduce a determinar qué calificación debe darse al crédito por facturas vencidas antes del concurso y, más en concreto, si el cumplimiento del contrato de suministro debe condicionarse a que se satisfagan con cargo a la masa todas las facturas pendientes de ENDESA. Así parece deducirse del tenor literal del precepto transcrito. Por otro lado, la defensa de la actora añade que si la calificación como crédito contra la masa se limita a las facturas vencidas después de la declaración del concurso, nada añadiría el artículo 62.3º y nada obtendría ENDESA a cambio del cumplimiento forzoso, pues tal calificación ya viene prevista en el artículo 84.5º de la Ley. En segundo lugar también aduce la actora que, de no convertir el crédito anterior en crédito contra la masa, la facultad resolutoria que el artículo 62 le reconoce no daría lugar a consecuencia jurídica alguna, dado que la situación jurídica resultante de la resolución sería la misma que si no se hubiera ejercitado la acción resolutoria. Y si bien la cuestión es discutible y existen argumentos que amparan una y otra tesis, entiendo que ha de prevalecer la interpretación más favorable al interés general del concurso, interpretación que es más acorde con el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3 del Código Civil). En efecto, no parece que el propósito del Legislador haya sido el alterar las reglas sobre calificación de los créditos y el principio general de reservar la categoría de crédito contra la masa a aquellos generados con posterioridad a la declaración del concurso (artículo 84). El crédito de la demandante, ni por su naturaleza ni por la condición del acreedor, merece, en principio, especial protección, por lo que no estaría justificado el trato privilegiado que para sí reclama la actora. Por otro lado el artículo 62.3º sí concede un plus de protección al acreedor con contrato incumplido y que se ve obligado a soportar la vigencia del contrato. En efecto, las prestaciones del concursado no sólo tienen la consideración de crédito contra la masa, sino que deben abonarse "con cargo" a la masa. La norma, por tanto, presupone que el cumplimiento forzoso en interés del concurso sólo puede mantenerse en tanto en cuanto existan bienes bastantes en la masa activa para afrontar, puntualmente, las prestaciones que corresponden al concursado. El actor, por tanto, no concurre, sin más, con el resto de acreedores contra la masa, sino que tiene garantizado el cobro de aquellas facturas vencidas después de la declaración del concurso. La interpretación que se defiende tiene encaje en el tenor literal de la norma. Y como muy bien ha expuesto la administración concursal, de aceptarse la tesis que sostiene el actor, proliferarían los créditos contra la masa, con la consiguiente alteración del sistema de reconocimiento de créditos diseñado por la Ley -piénsese, por ejemplo, en todos los contratos de suministro de material-. Por todo ello, debe estimarse parcialmente la demanda, ordenando el cumplimiento del contrato de suministro suscrito entre las partes, siendo

con cargo a la masa las prestaciones del concursado, en tanto que el crédito anterior de 154.779,67 euros deberá ser calificado como crédito concursal ordinario.”: Sentencia JM-2 Barcelona 21.07.2005 (JUR 2005/185515)

“Por otro lado, el art. 62.3 LECO, al contrario de lo que subyace en la postura de la actora del incidente, nunca puede ser que se niegue, ante el incumplimiento del concursado, la resolución contractual, sin más, sino declarar el cumplimiento, a pesar de una de las partes. En la interpretación correctora de estos Juzgados, como es prácticamente unánime, no se entiende que "con cargo a la masa" signifique que todo el débito, anterior a la declaración del concurso y posterior, deba pagarse de inmediato contra la masa, sino que, aplicando el principio de "par condicio creditorum", y la exégesis coordinada de los apartados 3 y 4 del art. 62 LECO -dos facetas, cumplimiento y resolución-, se declara la obligación de incluir el crédito anterior en la masa, y pagar contra la masa todo el devengado con posterioridad. Obviamente, si el cumplimiento tampoco se cumple, valga la expresión, la resolución ya será inevitable.”: SJM-2 Bilbao 12.03.2007 (Incidente Concursal 34/2007)

4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

Artículo 63. Supuestos especiales.

1. Lo establecido en los artículos anteriores no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley.
2. Tampoco afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes.

Artículo 64. Contratos de trabajo.

1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo.

Art. 64.1

1. Doctrina general

“PRIMERO Determinan los arts. 8.2º y 64.1 de la Ley Concursal (LC), la competencia del juez del concurso para conocer de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de suspensión o extinción colectivas de relaciones laborales, una vez solicitada la declaración de concurso, tramitándose por las reglas que contiene el propio artículo 64 LC, de las que se desprenden los siguientes requisitos:

1º Que se formule por la administración concursal, el deudor o los trabajadores a través de sus representantes legales (artículo 64.2).

2º Que se presente la solicitud una vez emitido el informe de la administración concursal, aunque puede hacerse con anterioridad cuando se acredite que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa (artículo 64.3). Asimismo, puede tramitarse, cuando conforme al art. 44.4 LC, la administración concursal solicite el cierre de la empresa o el cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial, y ello suponga la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo.

3º Que se expongan y justifiquen las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas, y los objetivos que con las mismas se propongan alcanzar para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo (artículo 64.4).

SEGUNDO Una de las novedades de la reforma concursal operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, es la atribución al juez del concurso de competencias laborales, y en concreto, la competencia para conocer, una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, de las acciones sociales (en terminología empleada en el art. 86 ter apartado 1.2º LOPJ y 8.2º LC), o de expedientes (según el término utilizado por el art. 64 LC), de modificación sustancial de

condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado. Conviene precisar que el Juez del Concurso no ha venido a sustituir en estas competencias al Juez de lo Social, ya que en la normativa del Estatuto de los Trabajadores (ET), en el caso de las modificaciones de las condiciones de trabajo, la decisión corresponde al empresario (art. 41 ET), conociendo la jurisdicción social únicamente por vía de recurso, y en el caso de la suspensión o extinción colectiva de las condiciones de trabajo (arts. 47 y 51 ET), la competencia corresponde a la Autoridad Laboral.

El procedimiento regulado en el art. 64 LC, resulta de aplicación a los supuestos de extinción colectiva de los contratos de trabajo, que es la medida solicitada por la concursada, siendo de aplicación supletoria la legislación laboral, según establece el art. 64.11 LC (Estatuto de los Trabajadores y el Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de traslados colectivos aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero).

El art. 64 LC viene a establecer un expediente judicial similar o paralelo al que se plantea en situaciones extraconcursoales ante la Autoridad Laboral, para proceder a regular el empleo en el caso de extinciones colectivas o suspensiones, es decir, los llamados expedientes de regulación de empleo (ERE). Por eso se dice acertadamente como se ha expuesto, que en esta competencia, el Juez del Concurso no viene a sustituir al Juez de lo Social, sino que se le atribuyen funciones propias de la Autoridad Laboral. En este sentido, se ha hablado de una judicialización, ya que se atribuyen al Juez del Concurso, competencias que en situaciones extraconcursoales corresponden a la Administración, y de una laboralización, pues del recurso contra la resolución del Juez del Concurso, conoce la jurisdicción social (Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia), a través del recurso de suplicación, sustituyendo a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, que conoce del recurso contra las decisiones de la Autoridad laboral.

No obstante hay que señalar determinadas diferencias. Por lo que respecta a la medida de extinción solicitada (y a las demás recogidas en el precepto), mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la extinción colectiva, es criterio de esta Juzgadora (en contra del mantenido en la solicitud), que el Juez del Concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, DESDENTADO BONETE, y STSJ de Cataluña de 27-9-2005 [AS 2005, 2699]). Ello significa que frente a los términos genéricos de la solicitud de ERE y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y Contencioso-Administrativa, vg. SSTS Sala 4ª de 17-3-99 [RJ 1999, 3002] y 28-9-99 [RJ 1999, 7758] y SSTS Sala 3ª de 22-5-2002 [RJ 2002, 9427] y 12-2-2002), en el expediente del art. 64 LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (RÍOS SALMERON/DE LA PUEBLA, DESDENTADO BONETE).

TERCERO Para analizar la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud han de analizarse diversas cuestiones. La primera, si se trata de una extinción colectiva, y por tanto, de competencia del juez del concurso, para lo que habrá que relacionar el precepto con el art. 51 ET. La segunda, si resulta procedente la aplicación de la excepción del art. 64.3 LC, ya que la solicitud ha sido presentada por la concursada antes de la emisión del informe de la administración concursal. En tercer lugar, se ha de hacer referencia a la constancia en la solicitud y acreditación documental de las causas motivadoras de conformidad con el art. 64.4 LC. En cuarto lugar, respecto del procedimiento aplicable, se ha de examinar el anterior expediente de regulación de empleo, su naturaleza jurídica (dado que se ha incidido en este punto en la solicitud), a efectos asimismo de la competencia de este Juzgado. En quinto lugar, y dado que el Auto de declaración de concurso ha sido recurrido por tres partes personadas, habrá que analizar la incidencia de los recursos en la solicitud. Y por último, se ha de constatar si se ha aportado el Plan Social al que se refiere el art. 64.5 LC.

Sin perjuicio de incidir sobre dichas cuestiones en este Auto, debe advertirse que al estar en sede de admisión de una solicitud de extinción colectiva de condiciones de trabajo, la tramitación del expediente puede modificar las circunstancias tenidas en cuenta en la presente resolución, en su caso, para la admisión de la solicitud, por lo que la decisión sobre la concurrencia de todos los presupuestos legales ha de hacerse de forma definitiva en el Auto previsto en el art. 64.7 de la Ley Concursal, que resuelva sobre la medida solicitada.

CUARTO El 51 ET delimita el carácter colectivo de la extinción en función del número de trabajadores afectados y por referencia al lapso temporal en que la medida es adoptada. Dada la remisión de la LC (art. 64.11), para que proceda la extinción colectiva de los contratos de trabajo, han de superarse los límites cuantitativos previstos en el art. 51 ET. Según el citado precepto, el despido es colectivo cuando, en un período de noventa días, las medidas extintivas afectan al menos a:

- 10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores,
- el 10% en las que ocupen entre esa cifra y 300, y

-30 trabajadores en las que tengan una plantilla superior.

Asimismo, de conformidad con el art. 51.1.3º ET, se entiende también como despido colectivo la extinción de los contratos que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En el presente caso, puede considerarse que la medida extintiva reviste el carácter de colectiva, al afectar a la totalidad de los trabajadores actualmente en activo en la empresa, siendo superior a cinco, y la concursada fundamenta su solicitud en causas económicas, y en la falta de viabilidad de la actividad industrial. De otra parte, en el calendario de extinciones previsto, aportado como documento núm. 9 de la solicitud, figura un período inferior a noventa días.”: Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

2. No procede la suspensión del expediente por la pendencia de recurso de reposición contra la declaración de concurso

“OCTAVO Habiendo sido recurrido en reposición el Auto de declaración de concurso por la Junta de Andalucía y por los sindicatos CCOO y UGT, procede analizar el efecto que sobre la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo habrían de producir los recursos. El art. 197.1 LC se remite en materia de recursos a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECIV), al establecer: "Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación". El art. 451 LECIV establece que sin perjuicio del recurso de reposición, "se llevará a efecto lo acordado". Y la Ley Concursal tan sólo prevé la suspensión de actuaciones que puedan verse afectadas por la interposición de un recurso de apelación (no de reposición). En consecuencia, la tramitación de recursos de reposición contra el Auto de declaración de concurso no tiene eficacia suspensiva de la tramitación del concurso, ni por ende, de la tramitación de la solicitud de extinción colectiva. Distinta será la situación en el caso (poco previsible), de que una vez que el expediente esté pendiente del Auto del art. 64.7 que resuelva sobre las medidas, aún no hubiese sido resuelto el recurso contra el Auto de declaración de concurso, en cuyo caso, se resolverá sobre la posible suspensión, dadas las graves consecuencias que podrían derivarse en caso de decidirse la extinción y dejarse posteriormente sin efecto la declaración de concurso. Ahora bien, si se acordara en este momento la suspensión, por la mera interposición de los recursos, se estaría privando de eficacia a la excepción que hemos estimado aplicable del art. 64.3, impidiendo la negociación.”: Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

3. Encaje de estos ERE con la propuesta de convenio anticipado

“3) Encaje de los ERES del artículo 64 con el convenio anticipado.- la duda es si hay que esperar a que el convenio tenga adhesiones razonables para empezar el ERE parcial sobre la plantilla o si el ERE empieza antes con el riesgo de que si no se aprueba el convenio haya que hacer un segundo ERE sobre el resto de la plantilla en condiciones económicas distintas.

Cuando los expedientes de regulación de empleo se plantean como instrumento complementario de un plan de viabilidad en una propuesta de convenio anticipada se plantea el problema de decidir si el ERE se tramita y resuelve antes de conocer cual es el resultado del convenio anticipado o si debe esperarse al cómputo de las adhesiones y aprobación del convenio. La cuestión no es pacífica ya que si se concluye el ERE antes de saber el resultado del convenio anticipado se corre el riesgo de que rechazado dicho convenio el expediente de regulación – en los términos planteados – deje de tener sentido. Si se hubiera planteado un ERE que afectara a un 30% de la plantilla y se hubieran pactado unas condiciones económicas determinadas para los trabajadores afectados la no aprobación del convenio podría determinar que el resto de la plantilla si se viera afectada por un nuevo ERE en otras condiciones – por ejemplo en liquidación de la concursada – no pudiera obtener las mismas condiciones económicas. Por otra parte puede ocurrir que algunos acreedores vinculen el sentido de su votación al buen fin del expediente de regulación de empleo. Aunque la LeCo no da un criterio claro que permita coordinar los ERES con las propuestas de convenio el artículo 64 si puede dar algunas pautas para resolver este tipo de cuestiones partiendo de los siguientes criterios: a) Como normal general el artículo 64 determina que este tipo de expedientes no pueden plantearse hasta que los administradores concursales no han emitido su informe, por lo tanto hay argumentos legales para que la administración concursal y el juez precipiten la admisión de expedientes de regulación de empleo durante la fase común que es en la que se desenvuelve el convenio anticipado; b) sin embargo el propio artículo 64.3 sí permite anticipar la tramitación de los ERES cuando “la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa”, esta anticipación del ERE no se vincula a una concreta propuesta de convenio sino a una viabilidad de la empresa en la que pueden concurrir

otros factores tales como la de adecuar las plantillas al volumen de trabajo y de pedidos existente durante el concurso, a la reducción de créditos contra la masa generados por la continuidad de la actividad empresarial, a las previsiones de tesorería y, por lo tanto, de posibilidades reales de pago de los salarios a los trabajadores ... Desde esta perspectiva el ERE se desvincula de la propuesta de convenio y permite a la administración concursal impulsar estos expedientes en función de la situación económica de la empresa. La admisión y tramitación del ERE no ha de vincularse al buen fin de una propuesta de convenio sino a estos factores económicos que pueden coincidir o no con la viabilidad concreta de una propuesta de convenio": II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 3

2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del 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.

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del Juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso.

Art. 64.3

1. ¿Cabe la anticipación de las medidas por razones distintas de la viabilidad prevista expresamente?

"QUINTO La justificación de las medidas colectivas previstas en el art. 64 LC se encuentra, por tanto, en la consecución de la viabilidad futura de la empresa y el empleo. En concreto el art. 64.4 establece:

"La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación."

Y para que pueda aplicarse la excepción del apartado 3º del art. 64 LC, es decir, para que puedan acordarse las medidas antes de la emisión del informe de la administración concursal, es necesario que la demora en la aplicación de las medidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa.

Por lo expuesto, los apartados 3º y 4º del art. 64 LC, se encuentran vinculados, como regla general, al principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, consagrado en el art. 44.1 LC. Precisamente para facilitar la continuidad de la actividad empresarial, la LC en su art. 64 permite la adopción de estas medidas colectivas, para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se trata de un mecanismo más para favorecer la continuidad de dicha actividad empresarial, si bien, en algunos casos dicha viabilidad no resultará factible, lo que no impedirá que puedan adoptarse las medidas, en línea con la doctrina establecida en la STS (Sala Cuarta) de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162) (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde). De esta ilustrativa sentencia, a efectos del presente Auto, interesa hacer mención al Fundamento de Derecho Sexto, que dice:

"SEXTO.- El tercer elemento del supuesto de despido por motivos económicos en la nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores hace referencia a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos. Conviene examinar esta conexión funcional o de instrumentalidad en los dos supuestos señalados de cierre de la explotación y de reducción de plantilla en el marco de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa.

En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes.

En el supuesto en que la amortización de puestos de trabajo pretenda solo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquélla, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empresa.

Siendo así que, en el supuesto de reducción de plantilla, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El objeto de valoración es, por tanto, en este punto, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas."

No se comparten los argumentos de la concursada que, en su solicitud, identifica, para la aplicación de la excepción, la viabilidad de la empresa con la viabilidad de la finalidad esencial del concurso, que según la Exposición de Motivos, es la satisfacción de los acreedores. La excepción, según dice textualmente el art. 64.3 LC, que permite anticipar la solicitud a una fecha anterior a la emisión del informe de la administración concursal, sólo procede "cuando la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa", debiendo acreditarse esta circunstancia. E incluso en el Auto que se cita de este Juzgado de 15 de abril de 2005, en el que se admitió la aplicación de la excepción, no se trataba de una medida de extinción de contratos, sino de suspensión de los mismos, y con la medida se pretendía garantizar la viabilidad futura de la empresa, evitando la extinción de los contratos por falta de pago de salarios del art. 50.1 b) ET.

Para justificar la solicitud anterior al informe de la administración concursal, la concursada alega la imposibilidad de continuación de la actividad industrial, que se colige del informe de la auditora KPMG, obrante en autos, añadiendo que, dadas las cuantiosas pérdidas que arrastra la sociedad, la posposición de las medidas conllevaría graves perjuicios para la masa activa, sobre la que existe un deber de conservación conforme al art. 43 LC y, consecuentemente sobre los derechos del resto de acreedores y de los propios trabajadores. Y en concreto, alega la concursada los siguientes factores a tener en cuenta para la procedencia de las medidas:

(i) La crítica situación de la planta por la progresiva falta de requerimientos de producción en la factoría por falta de clientes, de forma que, a primeros de mayo, apenas existía carga de trabajo para un 30-40% de la plantilla, y que, a pesar de la implantación de ciertas medidas, se comunicó a los administradores concursales que las medidas únicamente permitirían un grado de actividad razonable hasta el 20 de mayo de 2007. Y dicha falta de ocupación ha motivado asimismo la visita en distintas ocasiones de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en Cádiz, que ha constatado tal circunstancia, de la que pudieran derivarse sanciones económicas para la empresa, y que incluso dicha Inspección ha requerido a DASE para que aporte la documentación relativa a la "presentación de un ERE o Plan de Viabilidad", indicando que el incumplimiento del requerimiento podría ser considerado como un acto de obstrucción sancionable con multa de hasta 36.000 euros.

(ii) Que a la fecha de presentación de la solicitud se ha constatado la inviabilidad irreversible de sus actividades productivas, que ya comenzó a ponerse de manifiesto en el informe de ERNST & YOUNG, de finales de 2004, que aconsejaba la adopción de un importante proceso de reestructuración; habiéndose visto agravada la situación por la existencia del Transformation Plan en el seno del Chapter 11 del socio único y de la matriz del grupo en EEUU, en el que se ha incorporado un plan de desinversión, que afecta entre otras a las actividades que desarrolla DASE, que han sido declaradas non core. Por ello, la concursada estima que en este contexto puede afirmarse que, a la fecha de la solicitud, existe una constatación cierta de que las citadas actividades industriales no son viables.

(iii) Que dadas las graves restricciones de flujos de caja, la demora en la presentación de las medidas implicaría que se seguirían devengando salarios y cuotas de la Seguridad Social, y estas deudas vendrían a incrementar la masa pasiva del concurso con perjuicio no sólo de los restantes acreedores, sino de los propios trabajadores, al ver notablemente disminuidas las posibilidades de cobro de las indemnizaciones que pudieran pactarse.

Partiendo de que para la aplicación de la excepción es necesario que la demora comprometa la viabilidad de la empresa, y dejando de lado, como se ha expuesto, las otras finalidades propias del concurso (satisfacción de acreedores y conservación de la masa activa, salvo en la medida en que las mismas incidan en la propia viabilidad empresarial), es lo cierto que la aplicación a este caso no deja de ser discutible, si bien debe sentarse como premisa que la admisión de la solicitud, en este momento, no impide que en el Auto que resuelva sobre las medidas, a la vista de la tramitación del expediente, pueda considerarse que no procedía la anticipación de la solicitud. Este fue el criterio que se siguió por este Juzgado en un concurso también citado en la solicitud, en el que, si bien se admitió por Auto de 5 de mayo de 2006, la solicitud anticipada de extinción colectiva de los contratos en un caso de falta de actividad, posteriormente recayó resolución del expediente de fecha 19 de julio de 2006, que desestimó la medida al no estimar aplicable la excepción del art. 64.3 LC.

Ciertamente, al solicitarse como medida la extinción de la totalidad de la plantilla y, alegarse la inviabilidad de la actividad industrial que se desarrolla, puede parecer, a primera vista, que con la

anticipación no se va a garantizar la viabilidad futura de la empresa y que, en consecuencia, habría que esperar al informe de la administración concursal, o en su caso, iniciarse el expediente por la vía del art. 44.4 LC, es decir, si llegara a solicitarse por la administración concursal, el cierre de los establecimientos, o el cese o suspensión total o parcial de la actividad. Ahora bien, estimo que, en este caso, han de valorarse otras circunstancias. Aun cuando pudiera llegarse al cese total de la actividad industrial desarrollada en las plantas de Puerto Real por la concursada, ello no impediría que pudiera adoptarse alguna solución en el concurso (ya sea a través de convenio, conforme al artículo 100, o a través de la liquidación como permiten los artículos 148 y 149, o de otra forma legalmente admitida), para el desarrollo de actividades industriales alternativas. En este sentido constituye un hecho notorio que las Administraciones Públicas han anunciado la existencia de negociaciones para evitar la pérdida de puestos de trabajo. Ello podría suponer la subrogación de los contratos. Podría parecer un obstáculo, que la medida solicitada sea la extinción de la totalidad de la plantilla. Tampoco parece insalvable, si atendemos al Plan de Acompañamiento Social aportado como documento núm. 11. Aun cuando se parte de la extinción de los contratos, en el mismo se contemplan otras medidas complementarias, estando abierto a otros acuerdos que pudieran alcanzarse en el período de consultas. En este sentido, nada obsta a que pudieran pactarse prejubilaciones, suspensiones de contratos u otras medidas. Otro factor que se estima debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la aplicación de la excepción es la falta de tesorería para el pago de las nóminas, siendo previsible, según la administración concursal, que no pudiera pagarse a los trabajadores en un plazo de pocos meses, lo que aconseja el inicio del período de negociaciones en este momento, pues con ello, sí que podría perjudicarse la viabilidad de la empresa (o de otras actividades alternativas) y, del empleo, pues podría dar lugar a acciones resolutorias del art. 50.1 b) ET, que incluso podrían ocasionar diferencias indemnizatorias (según que la competencia correspondiera al Juez Social o al Juez del Concurso). Pero es más, de esperar al informe para iniciar el expediente, podría provocarse que los trabajadores estuvieran varios meses sin cobrar. Y otro factor determinante a tener en cuenta, es que la propia Inspección de Trabajo ha requerido a la empresa para que presente un expediente de regulación de empleo o un plan de viabilidad, y respecto del primero, la competencia, una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, corresponde al Juez que conoce del procedimiento concursal.

Por lo expuesto, se estima procedente la solicitud por la concursada (cuya legitimación viene reconocida en el art. 64.2 LC), aun cuando no haya sido emitido el informe de la administración concursal, sin perjuicio de lo que a este respecto pueda acordarse una vez tramitado el expediente, y constatadas todas las circunstancias alegadas en la solicitud, y tenidas en cuenta en este Auto.”: Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

4. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

5. Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.

Art. 64.5

1. No es preceptiva la intervención de la concursada en las consultas y negociación. Aprobación del acuerdo pese a su oposición

“En cuanto al importe de la indemnización, la empresa concursada, que no participó en el acuerdo, considera que no es posible superar los límites que establece el art. 50.8 ET, que dispone veinte días por año trabajado con máximo de doce mensualidades. El acuerdo se extiende no a doce, sino a diecisiete meses, lo que se considera incorrecto por Gráficas Igma, SA

Para comenzar hay que señalar que el art. 64.5 LC sólo obliga a evacuar el período de consultas a administración concursal y representantes de los trabajadores. No es necesario, según tal norma, la participación de la concursada, aunque sea sin duda útil, en tanto que en definitiva será ésta la que abone la indemnización. Otro tanto sucede en el art. 64.6 LC, que limita a trabajadores y administración concursal el deber de negociar de buena fe. Y son estos

protagonistas, según el segundo párrafo de ese apartado 6 del art. 64, los que comunican el eventual acuerdo al Juzgado.

Simplymente este argumento formal, la falta de legitimación de la empresa concursada, justifica que deba aprobarse el importe de la indemnización. Pero además hay que tener en cuenta que el art. 64.7 LC establece que el juzgado debe aceptar, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El art. 64.11 LC sólo obliga a acudir a las previsiones de las normas laborales «en todo lo no previsto en este artículo». Si hay previsión, expresa, en el art. 64.7 LC, no hay justificación para recurrir a lo señalado el art. 50.8 ET, si se logra acuerdo, por lo que las partes no han de sujetarse forzosamente a las previsiones de la norma. Así lo ha entendido, incluso en un supuesto en que no había acuerdo, el Auto de 28 de junio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia.

No ha habido, como resalta la autoridad laboral, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Las manifestaciones sindicales que se han sucedido sólo pueden enmarcarse en el ejercicio de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, como el de manifestación, reunión y negociación colectiva. Las denuncias del administrador social no suponen la existencia de los defectos que señala la norma, porque se dirigieron frente a aquel, que aunque tuviera participación en la negociación no era uno de los sujetos negociadores, al verse privado de esa facultad por la Ley Concursal, que se la concede a la administración concursal.

Por último, en cuanto que administración concursal y trabajadores no sólo han alcanzado un acuerdo respecto a la extinción colectiva, sino que han fijado la indemnización en veinte días por año trabajado con tope de diecisiete mensualidades, indicando además la cuantía de la indemnización procedente, no hay razón para esperar a un momento ulterior y puede declararse, con los datos que se consideran probados, la indemnización que corresponde a cada uno.”: Auto JM-1 Bilbao 08.05.2006 (JUR 2006/271972)

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas. Recibida dicha comunicación el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

Art. 64.6

1. Cabe pactar una indemnización superior al mínimo previsto en el ET

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil de Vitoria ha dictado Auto aprobando por causas económicas, la medida colectiva de extinción de relaciones laborales que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa de la que es titular la concursada Inovac Rima SL.

La resolución judicial homologa el acuerdo alcanzado el 5-12-05 entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en el que se fijaba el crédito indemnizatorio de los afectados en treinta y tres días de salario por año de servicios, prorrateándose los periodos de servicios inferiores al año con el máximo de veintisiete mensualidades de dicho salario, reconociéndose el derecho al percibo de la misma a los cincuenta y siete trabajadores relacionados en su parte dispositiva, en la que se excluye a dos integrantes de la plantilla por encontrarse en situación de excedencia voluntaria y condiciona el cobro de la indemnización por un tercero que se encuentra en situación de IT a las circunstancias que señala.

El Auto es recurrido en suplicación por el sindicato ELA y por la TGSS.

El primero de los recursos solicita la modificación del salario regulador de la indemnización de tres de los afectados con la subsiguiente repercusión en la cuantía indemnizatoria, en tanto que el planteado por la TGSS versa sobre la aprobación por parte del Juzgador de los créditos indemnizatorios reconocidos a los trabajadores en el acuerdo entre la administración concursal y la representación de éstos por exceder de la cuantía tasada legalmente, con el subsiguiente detrimento del interés común de los acreedores concursales y de la masa.

SEGUNDO.- Aun cuando desde el punto de vista cronológico o de presentación del recurso el primero a examinar sería el entablado por el sindicato ELA en nombre de los tres trabajadores a los que se refiere, se impone el previo análisis del interpuesto por el Servicio Común puesto que de acogerse, incidiría de forma directa para el supuesto de éxito del primero, en la cuantía indemnizatoria en éste peticionada.

La TGSS denuncia la infracción por la resolución de instancia de los apartados 8 y 11 del artículo 64 de la Ley Concursal, 86 ter 1 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 51 del ET.

Argumenta en el motivo que plantea, sustentado en dichos preceptos y con apoyo también en los apartados 7 y 9 del artículo 64 de la Ley Concursal, que ha de estarse a la indemnización del numeral 8º del artículo 51 del ET, no siendo factible en un supuesto de insuficiencia patrimonial de la mercantil como el suscitado, reconocer créditos indemnizatorios superiores, que incluso exceden del límite previsto en el artículo 33 del ET de responsabilidad del FOGASA.

Razona que en esta situación y por principio, esos superiores importes indemnizatorios nunca pueden ser beneficiosos para los que ostentan créditos frente al común deudor, de tal modo que la capacidad negociadora de la administración concursal y la representación de los trabajadores, siempre ha de tener como límite el interés común de los deudores, tanto concursales como de la masa, y más en una situación abocada a la liquidación como la descrita en el Auto.

El Juzgador niega la existencia de fraude o abuso en el pacto indemnizatorio alcanzado, treinta y tres días de salario por año de servicios prorrateándose los periodos de servicios inferiores al año con el máximo de veintisiete mensualidades de dicho salario, acuerdo al que prestó su conformidad, y aduce una serie de razones en su defensa que la Sala revisará, no sin antes recordar el tenor de los preceptos que sostienen el recurso.

Comenzando por el artículo 64 de la Ley Concursal, éste no señala en ninguno de sus apartados la concreta indemnización que corresponde a los trabajadores por la extinción de sus contratos de trabajo, remitiendo el numeral 11º del mismo en todo lo no previsto "a la legislación laboral", destacando que "especialmente mantendrán sus representantes legales cuantas competencias les atribuye la misma".

Por su parte el artículo 86 ter 1 apartado 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio para la Reforma Concursal, tras disponer que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en el enjuiciamiento de las materias que atribuye a tales órganos judiciales, entre éstas las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, "deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral".

Y es precisamente este precepto el que esgrime la entidad recurrente para aplicar la previsión contenida en el artículo 51.8º del ET para el supuesto de extinción colectiva de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, organizativas o de producción, esto es, veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

Para averiguar si ha conculcado la resolución del Juzgado de lo Mercantil la normativa invocada, partimos de los datos que ésta nos proporciona relativos a la cuestión litigiosa.

Apreciamos que la Autoridad laboral emitió informe en el sentido de no advertir en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas entre la administración concursal y la representación legal de los trabajadores dolo, coacción o fraude o abuso de derecho, afirmando el Auto judicial la inviabilidad de la continuidad empresarial por la situación financiera y patrimonial alcanzada, habiéndose acordado el cese de la actividad y el cierre mediante resolución firme de 9-11-05 de los centros de trabajo de la concursada en Vitoria y San Torcuato (La Rioja).

El Auto recurrido ofrece los siguientes argumentos para sostener el monto de los créditos indemnizatorios establecido en el acuerdo colectivo que aprobó:

1º) El contenido del numeral 6º del artículo 64 de la Ley Concursal expresivo de la obligación impuesta a la administración concursal y a la representación legal de los trabajadores, de negociar de buena fe la consecución de un acuerdo cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia, y dado que los créditos contra la masa ex artículo 154.2 de la citada Ley se pagan al vencimiento, de considerar que no puede exceder la indemnización de la cuantía fijada en el artículo 51.8 del ET se reduciría sobremanera la posibilidad de alcanzar un acuerdo de medidas laborales colectivas en estos procedimientos concursales.

2º) Los créditos indemnizatorios son créditos contra la masa según resulta del artículo 84.2.5º de la Ley Concursal, siendo por ello su disciplina ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, créditos guiados por el criterio de oportunidad, bien porque continúe la actividad empresarial, bien porque se puede alcanzar un convenio, o en su caso por la liquidación de la mercantil.

3º) Los despidos objetivos económicos o los colectivos en situaciones extraconcursoales pueden entrañar, indemnizaciones superiores al mínimo legal siendo la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral, resultando un contrasentido que no se admita más indemnización que la tasada legalmente cuando la empresa ha formalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida y su liquidación reúne garantías.

4º) En este supuesto concreto, en el centro de Vitoria existió una primera solicitud de la mercantil para extinguir los contratos de media plantilla prometiendo una continuidad merced a una financiación anunciada, que luego fue sustituida por la solicitud de extinción de contratos de toda la plantilla pero demorada a que se sirvieran los pedidos de la campaña de navidad, de tal modo que a la fecha de dictado de la resolución examinada (19 de diciembre de 2005), el cese de la

actividad no era completo por más que el Auto judicial de 9 de noviembre decretase el fin de ésta. De otorgarse la indemnización del artículo 51.8 del ET, se defraudaría una expectativa de reparación para los trabajadores tras arduas gestiones por parte de la representación legal de éstos.

Razonamientos sólidos que la Sala comparte, no así la entidad recurrente al objetar que no puede soslayarse la clara previsión legal.

Pero es que entendemos que no existe ésta en el sentido que la TGSS defiende y erige en basamento de su recurso.

No se contiene en la Ley Concursal, ni en la normativa estatutaria y del proceso laboral a la que aquélla se remite y que debe ser observada, un linde imposible de ser superado para el monto de la indemnización en estas extinciones.

El artículo 51.8 del ET fija la indemnización mínima, pero es perfectamente válido instaurar indemnizaciones superiores como han declarado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1997, recurso 1063/96, 14 de febrero de 1997, recurso 2667/96, y las anteriores de 19 de junio de 1986, 21 de enero de 1988 y 12 de septiembre de 1989, que afirman que es una indemnización de mínimos la que este artículo expresa (antes 51.10 del ET), que "no configura normas de derecho necesario absoluto, esto es normas imperativas absolutas, sustraídas a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable". De hecho, como apunta el Juzgador, en los despidos colectivos en situaciones extraconcursales se conciertan indemnizaciones superiores a ese mínimo legal, y en ejecución de sentencia se declara la insolvencia empresarial, y entonces no se aprecia óbice material ni procesal para ello, y sí ahora cuando la situación de la empresa por la intervención a la que se somete y el control judicial que se establece, ofrece mayores garantías.

Es cierto que el reconocimiento de estos créditos indemnizatorios superiores no se percibe como algo beneficioso para los restantes acreedores del común deudor, pero entendemos en consonancia con lo resuelto en el Auto impugnado, que no existe impedimento legal para ello y que la clara opción legislativa por la solución convenida al promover e incitar la negociación entre la administración concursal y la representación legal en el artículo 64.6 de la Ley Concursal, apoya el establecimiento de indemnizaciones por encima del mínimo legal, concurriendo además en este concreto supuesto las circunstancias expuestas por el Juzgador y que pueden explicar éstas.

Aceptamos como criterio regulador que la capacidad negociadora de la administración concursal y la representación social esté limitada por el interés común de los deudores, pero entendemos que no cabe identificar éste con la constitución de indemnizaciones para los trabajadores que ven extinguidos sus contratos laborales nunca superiores a la contemplada en el artículo 51.8 del ET, ni siquiera en un caso como el que se nos ofrece en el que se extinguen las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla con cese de actividad.

El soporte jurídico de esta conclusión se asienta de modo fundamental en el artículo 64 de la Ley Concursal que no limita los posibles ámbitos de negociación. El precepto no ciñe la negociación a la extinción o no de las relaciones laborales y al número de trabajadores afectados, no establece fronteras para ésta contemplando la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionante que la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho para su aprobación judicial.

Vicios que no apreció la Autoridad laboral ni tampoco el Juez del Concurso, que aprobó la extinción de las relaciones laborales conforme al tenor del acuerdo colectivo suscrito y con ello las indemnizaciones fijadas en éste, resolución que la Sala, en el concreto aspecto cuestionado, ha de confirmar por sus propios y atinados fundamentos, previa desestimación del recurso de duplicación interpuesto por la TGSS.": Sentencia TSJ País Vasco (Sala de lo Social) 12.09.2006 (Recurso 1393/2006)

"Si bien es cierto que la indemnización acordada supera los umbrales legalmente establecidos, ha de tenerse en cuenta que el artículo 64 no limita los posibles ámbitos de negociación, esto es, no otorga facultad para negociar únicamente con relación a la extinción o no de las relaciones laborales y el número de trabajadores afectados, sino que establece la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionamiento a la aprobación judicial diferente a la constatación de la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Por lo tanto, parece que una vez examinada la ausencia de esos vicios del consentimiento, fraude o abuso del derecho, la aprobación ha de realizarse de modo automático tras el informe de la autoridad laboral.

En consecuencia, y sin perjuicio de la posibilidad que ha de entenderse implícita de que los demás interesados puedan oponerse al acuerdo en tanto que se trata de una deuda de la masa concretada tanto en su existencia como en cuanto a su cuantía sin su participación, ha de aprobarse el acuerdo adoptado en los términos contenidos en el mismo.": Auto JM-1 Santander 21.04.2005 (JUR 2005/122390)

"Así las cosas, en orden a la recta aplicación de los ordinales 6 y 7 del artículo 64 de la Ley concursal en relación con el artículo 51 ET , no apreciándose en la misma en modo alguno

supuesto de dolo, fraude o abuso de derecho, y considerando que la remisión a la aplicación de la normativa laboral por parte del Juez del concurso en el caso de falta de acuerdo en el período de consultas no puede interpretarse sino como que los parámetros económicos que contempla esa normativa tuitiva con la posición del trabajador conforman normas de *minimis*, procede considerar plausible admitir la virtualidad de los parámetros de esa última oferta planteada, que ha venido mayoritariamente aceptada de modo rotundo aun cuando lo haya sido de manera extemporánea pero en todo caso con anterioridad a la resolución del expediente, lo que se verifica por medio del presente auto judicial, y ello evidentemente sin perjuicio de los eventuales recursos o acciones que al amparo del artículo 64-8 LC puedan venir a sostenerse legítimamente. ”: Auto JM-1 Valencia 28.07.2005 (AC 2005/1302)

“**PRIMERO** En art. 64.4 LECO en orden a la adopción de medidas colectivas laborales de extinción, suspensión o modificación sustancial de condiciones de trabajo, advierte del deber de alegar por el solicitante causas motivadoras de las medidas colectivas, así como los objetivos propuestos, junto con una acreditación documental, mientras que el art. 64.7 LECO previene que se ha de aceptar el acuerdo alcanzado en período de consultas por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, salvo que aprecie en el mismo existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

SEGUNDO En el informe emitido por la autoridad laboral se concluye no apreciar dolo, abuso de derecho, fraude o coacción, en la conclusión del acuerdo, y se asevera comprobada la legitimidad de los firmantes por la representación legal de los trabajadores.

En realidad, una vez que la continuidad empresarial es inviable, por la situación patrimonial y financiera alcanzada, y se ha decretado el cese de actividad y cierre en resolución firme de los dos centros de trabajo de la concursada, en Vitoria y San Torcuato (La Rioja), puesto que no tiene sentido un mantenimiento de relaciones laborales privadas de uno de sus polos, que es la empresa en su sentido económico y orgánico, no puede haber para la homologación judicial ninguna objeción desde el punto de vista causal.

El problema ha sido el monto de indemnización por la pérdida de los puestos de trabajo que acreditarán los trabajadores, que el acuerdo, por fin, ha fijado en 33 días de salario bruto actual por año de servicios, con un tope máximo individual de 27 mensualidades de dicho salario, que es superior al mínimo legal del art. 51.8 ET.

Que el acuerdo colectivo se haya alcanzado a presencia, y con intervención del Juzgador, no debe extrañar, desde el diseño legal en que se le tiene colocado en la extravagante posición de sujeto decisorio de una suerte de expediente administrativo procesalizado sobre las vicisitudes de las relaciones laborales colectivas de las empresas concursadas, en lugar de órgano revisor de las decisiones empresariales intervenidas por la administración concursal, o directamente adoptadas por ésta en empresas suspensas, controlando su causa, y sus formalidades la labor mediadora, o de asistencia a la conciliación, del Juez de lo Mercantil, como la que pueda desenvolver la Autoridad Laboral, de la que ya ha habido algún ejemplo en procedimientos de este Juzgado, resulta perfectamente asumible, dado que cautela un acuerdo desde parámetros legales que excluya una resolución de fondo, por excluir el debate.

TERCERO Pero tampoco existe fraude o abuso en el pacto indemnizatorio. Merece una explicación la mención en aquél haciendo constar que el Juzgador está «de acuerdo con la indemnización de 33 días, independientemente de la existencia de fondos suficientes para hacer frente a ese compromiso de pago, prestando su conformidad al mismo, ya que entiende que hay que diferenciar entre el reconocimiento de esas indemnizaciones y el pago de las mismas».

Cualquiera que sea el acierto al redactar a mano lo literalmente manifestado, lo que se quería responder así era la consulta de los administradores concursales, que exigían un posicionamiento expreso del Juez, pues dudaban en un doble sentido: si la indemnización pactada por el despido colectivo puede superar la previsión del art. 51.8 ET; y pudiendo, si cabe pactar cuando no hay liquidez para afrontar el pago de la indemnización.

La respuesta positiva a ambos interrogantes, tiene un rápido cimiento lógico en la «*reductio ad absurdum*» de lo contrario: si el art. 64.6.párr.1º LECO impone que la administración concursal y los representantes legales de los trabajadores negocien de buena fe para la consecución de un acuerdo, si el concursado se encuentra en estado financiero propio de la insolvencia, y si los créditos contra la masa se pagan al vencimiento según el art. 154.2 LECO, los supuestos en que se podría conseguir un acuerdo de medidas laborales colectivas en el procedimiento concursal serán escasísimos, de abonar la respuesta negativa. No tiene mucho sentido que la norma opte por el acuerdo como objetivo prioritario, en la línea de la autonomía convencional laboral, y sólo encomiende al órgano judicial determinar lo que proceda conforme a la legislación laboral, a título subsidiario, si salvo supuestos extraordinarios de convenio concursal en que se inserte un acuerdo colectivo con compromisos duraderos más complejos (prejubilaciones, recolocaciones, constitución de fondos de pensiones, etc.), la extinción del contrato de trabajo, en todo caso, derivaría las tasas indemnizatorias legales. No lo tiene tampoco que se perciba posible que las concursadas reúnan numerario bastante para liquidar los despidos de toda la plantilla, salvo la dificultosa financiación adosada a un convenio concursal, o el pago por terceros, en fin, tampoco tiene sentido pensar que, normalmente ya emitido el Informe de la administración concursal y

avanzado el procedimiento, no existan créditos contra la masa, y entre tales, los salarios de los trabajadores, pero también las remuneraciones de los administradores concursales, o el precio de los proveedores implicados en una producción de continuidad, etc., de vencimiento y obligación de pago anteriores a las indemnizaciones que corresponden por el despido económico.

Por otro lado, no se percibe cuál es el obstáculo técnico para pactar un crédito superior al legal, dado que la «par condicio creditorum» no puede en modo alguno argüirse para créditos contra la masa, siendo los del caso explícitamente así reputados por el art. 84.2.5º LECO. Estos créditos no se clasifican, ni se gradúan, y su disciplina es ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, la generación, y la cuantía, de los créditos contra la masa pertenecen al criterio de oportunidad en la línea de continuar la actividad empresarial, porque se puede llegar a convenio, o porque se conserva el patrimonio para una liquidación traslativa en globo de la empresa, o de venta de lotes.

El reconocimiento y el pago de estos créditos contra la masa no son equivalentes, como paladinamente advierte el art. 154.2 LECO, pues nunca pueden ejecutarse contra bienes de la masa activa hasta aprobado un convenio, abierta la liquidación, o transcurrido un año desde la declaración del concurso sin ninguna de tales dos ocurrencias. por consiguiente, reconocer una indemnización por despido colectivo no puede someterse a que exista potencialidad del pago, en tanto que no es asegurable, ya que los créditos contra la masa siguen devengándose, y se deducen por vencimiento, y en tanto que puede deferirse su pago, sin arriesgar agresiones a los bienes y derechos de la empresa en concurso hasta que transcurra el año de congelación predicho o se deban prededucir -sin tocar bienes en que gravitan privilegios especiales-, abierta la liquidación.

En fin, la base obvia de un pacto que mejora las indemnizaciones consiste, beneficiando relativamente a otros acreedores contra la masa, en estos supuestos, en el logro de hacer coincidir el mantenimiento del costo salarial de la plantilla de la empresa, o la porción que sea, con su valor en cambio de producción para garantizar la continuidad, teniendo como respaldo financiero las prestaciones del Fogasa. Es decir, un acuerdo con los representantes de los trabajadores para extinguir o suspender sus contratos, lo más temprano y rápido posible -antes del Informe, amortizando el período de consultas, etc.-, lo que sólo tiene viabilidad a través del incentivo de una indemnización superior a la legal -o un complemento de las prestaciones de desempleo en las suspensiones de contratos-, conseguirá eliminar un cargo de créditos contra la masa (salarios y cotizaciones futuros), a cambio de otro (indemnizaciones presentes), contando con el mecanismo subvencional del Fogasa, por el contrario, el pacto lo más tardío posible, con ese mismo inexcusable incentivo de mejora de indemnizaciones, conseguirá que los trabajadores se impliquen en una productividad renovada, no sólo si es viable un convenio concursal, sino para recabar unos ingresos al continuar poniendo bienes y servicios en el mercado, con que hacer frente a la liquidación. Aquí el cargo de créditos contra la masa activa por salarios y cotizaciones se aumenta, pero a canje, como valore económicamente la concursada y/o la administración concursal, de un incremento de los rendimientos o entradas en dicha masa, siendo al igual operativo el auxilio del Fogasa.

Recuérdese que las prestaciones por indemnizaciones derivadas de despido colectivo del Fogasa, son derecho de los trabajadores con fundamento en el procedimiento concursal mismo, sin más, como resulta de los arts. 33 ET, 2.1, 14.2 y 16.3 RD 505/1985 de 6 de marzo, en cuanto vengán reconocidas como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello, que es este Juzgado, en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo de Garantía Salarial, «sin perjuicio de la obligación de los trabajadores de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo de Garantía Salarial la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada, o a la ya percibida».

La subrogación del Fogasa se produce mediante el pago, que lógicamente será posterior al reconocimiento, con lo que, a la postre, se beneficia a los demás acreedores contra la masa, ya que, desaparecidos los créditos contra la masa por salarios, de vencimiento mensual insoslayable, se pospone la deducción de las indemnizaciones en cuanto a los límites máximos de las prestaciones de garantía salarial del art. 19.1 RD 505/1985, las cuales se aproximan mucho a los mínimos del art. 51.8 ET (la diferencia el módulo salarial diario tope del doble del salario mínimo interprofesional).

Y ocurre que no es de recibo que los despidos objetivos económicos, o los colectivos en situaciones extraconcursoales, puedan suponer, unilateralmente por la empresa, o en virtud de pacto colectivo, indemnizaciones superiores al mínimo legal, resultando la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral del art. 274 LPL, aportando el Fogasa sus prestaciones de garantía, y subrogándose en una posición crediticia sin futuro alguno, de la que están repletas los archivos de los Juzgados de lo Social, y precisamente cuando la empresa ha formalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida, y su liquidación puede ser transparente, y los créditos adverbados ante la autoridad judicial, no quepa más indemnización que la del mínimo legal.

Ello es una tesis genérica, pero más justificado aún se encuentra en el acuerdo para el centro del grupo Inovac en Vitoria, que primero se eludió por solicitarse la extinción de contratos de media

plantilla, al socaire de una continuidad para producir bajo promesa de una financiación anunciada, luego se substituyó por la solicitud de extinción de contratos de toda la plantilla, pero demorada a que se sirvieran los pedidos de la campaña de Navidad, para al final, sin que el cese de actividad haya sido completo todavía a principios de diciembre en la realidad de hecho, por más que declarado judicialmente, defraudar una expectativa de reparación por encima de la mínima legal para los trabajadores, quedando estéril la gestión del comité de empresa y los asesores sindicales después de largos meses.

En cualquier caso, como ya se hizo patente en la sesión en que se alcanzó el acuerdo en la sede del Juzgado, lícito el acuerdo, lo que opine uno u otro Juez sobre la responsabilidad de los administradores concursales por haber acordado así, o acerca de las cuentas que rindan de los pagos de créditos contra la masa derivados del acuerdo, no tiene más valor que el que se conceda a sus argumentos, salvo cuando integre el tribunal que al final sentencia la demanda de responsabilidad, o la impugnación de las cuentas, y sin que el expreso razonar de unos resulte «jórdán» que purifique a nadie ante otros.”: Auto JM-1 Vitoria (Alava) 19.12.2005 (AC 2006/302)

“En cuanto al importe de la indemnización, la empresa concursada, que no participó en el acuerdo, considera que no es posible superar los límites que establece el art. 50.8 ET, que dispone veinte días por año trabajado con máximo de doce mensualidades. El acuerdo se extiende no a doce, sino a diecisiete meses, lo que se considera incorrecto por Gráficas Igma, SA (...) hay que tener en cuenta que el art. 64.7 LC establece que el juzgado debe aceptar, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El art. 64.11 LC sólo obliga a acudir a las previsiones de las normas laborales «en todo lo no previsto en este artículo». Si hay previsión, expresa, en el art. 64.7 LC, no hay justificación para recurrir a lo señalado el art. 50.8 ET, si se logra acuerdo, por lo que las partes no han de sujetarse forzosamente a las previsiones de la norma. Así lo ha entendido, incluso en un supuesto en que no había acuerdo, el Auto de 28 de junio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia.

No ha habido, como resalta la autoridad laboral, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Las manifestaciones sindicales que se han sucedido sólo pueden enmarcarse en el ejercicio de derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, como el de manifestación, reunión y negociación colectiva. Las denuncias del administrador social no suponen la existencia de los defectos que señala la norma, porque se dirigieron frente a aquel, que aunque tuviera participación en la negociación no era uno de los sujetos negociadores, al verse privado de esa facultad por la Ley Concursal, que se la concede a la administración concursal.

Por último, en cuanto que administración concursal y trabajadores no sólo han alcanzado un acuerdo respecto a la extinción colectiva, sino que han fijado la indemnización en veinte días por año trabajado con tope de diecisiete mensualidades, indicando además la cuantía de la indemnización procedente, no hay razón para esperar a un momento ulterior y puede declararse, con los datos que se consideran probados, la indemnización que corresponde a cada uno.”: Auto JM-1 Bilbao 08.05.2006 (JUR 2006/271972)

2. Sobre la información a la Autoridad Laboral

“TERCERO Sobre los impedimentos apreciados en el informe de la autoridad laboral

El art. 64.1 de la LC permite la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de los trabajadores de una empresa en concurso, regulando la forma en que debe acordarse. La regulación concursal se remite además en el art. 64.7 a «la legislación laboral», por lo que es de aplicación el RDL 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en particular su art. 51.

En el informe de la autoridad laboral se lamenta la falta de conocimiento del auto en el que se declara en situación de concurso a Complejo Cárnico Picos de Europa, SA y el informe de la administración concursal, lo que impide conocer la situación patrimonial del deudor y otras circunstancias que pudieran ser relevantes.

La publicidad de tal auto ha sido la que disponen los arts. 23 y 24 de la LC, es decir, edictos en el BOE y en otros periódicos, que en este caso fueron EL DIARIO DE LEON y EL CORREO, además de las notificaciones a las partes. Tales normas no obligan a notificar a la autoridad laboral el auto, que puede examinar al menos su parte dispositiva a través de las citadas publicaciones.

Tampoco el art. 64.6 de la LC establece que haya de remitirse, pues lo que indica es que «el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medias propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión».

Aún así, este juzgado remitió oficio el siete de enero (folio 57 de los autos), como se indica en el punto 1º a) del informe, informando de la incoación del expediente y acompañando copia de la solicitud y del auto de incoación de veintisiete de diciembre. Si hubieran pasado desapercibidos los anuncios en periódicos de la provincia o en el Boletín Oficial del Estado, desde entonces podría haberse reclamado la remisión de copia del auto o de cualquier otra documentación o

resolución judicial que se considerara pertinente, pues lógicamente una solicitud de tal naturaleza, planteada por un órgano que tiene la responsabilidad de evacuar un informe por exigencia legal, hubiera sido satisfecha de inmediato.

Al margen de ello, la norma autoriza a la autoridad laboral a «oír» a la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Se ha procedido así con éstos últimos, y tanto a ellos como a la administración concursal podría haberseles reclamado la información que echa en falta, evitando las omisiones que se lamentan en el informe.

Respecto a la falta de informe de la administración concursal, el art. 64.3 de la LC dispone que la solicitud de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, sólo podrán solicitarse del juez del concurso una vez sea emitido por la administración. Establece el mismo precepto, como excepción, «salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición ante el juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso».

Precisamente la solicitud, que conoce la autoridad laboral a través de la copia remitida, se extendía (hecho primero) en argumentos para justificar la razón por la que no se había aguardado a la emisión del informe de la administración concursal para instar la suspensión colectiva de la relación laboral (último párrafo hecho primero, folio 3). Precisamente por ello también, el fundamento jurídico segundo del auto de veintisiete de diciembre de dos mil cuatro, del que tiene copia la autoridad laboral, admite la solicitud y explica que la misma se produce pese a no haberse emitido aún el informe por la administración concursal, al concurrir las circunstancias excepcionales a las que alude el art. 64.3 LC.

Al margen de que, por lo tanto, se explicaba suficientemente por el solicitante y el Juzgado la razón por la que el expediente se tramitaba antes del momento que con carácter general dispone la LC, pudo la autoridad laboral, con fundamento en su art. 64.6, «oír» a la administración concursal para recabar cuantos datos considerara oportunos sobre la situación patrimonial, expectativas económicas, capacidad productiva, cartera de pedidos, previsiones de ocupación y cualesquiera otros aspectos que entendiéndose de interés. Y por supuesto, como antes se indicó, a este mismo juzgado, que hubiera facilitado cuanta información se considerara precisa para que el informe se evacuara con extenso conocimiento de las circunstancias concurrentes.

Hay que hacer mención también a que se dice en el informe que la relación de trabajadores afectados omite datos que se recogen en los anexos de modelos oficiales de tramitación de los expedientes de regulación de empleo, que pudieran resultar imprescindibles para que la Entidad Gestora de las prestaciones de desempleo pudiera reconocerlas. Lamentablemente no se extiende más, de manera que es imposible conocer cuales son esos datos omitidos, lo que impide comprobar, en primer lugar, si hay norma legal o reglamentaria que los exija, y además, si fuera así, corregir la omisión por los interesados.”: Auto JM-1 Bilbao 04.03.2005 (AC 2005/245)

3. Caso de acuerdo sin necesidad de periodo de consultas

“SEGUNDO Habida cuenta de que ¿como se acaba de exponer? en el presente caso los propios solicitantes de la extinción colectiva de relaciones laborales por «falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» [artículo 50.1 letra b) LET] se aporta a los autos un acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la Administración concursal de la entidad Sistelcom Telemensaje, SA, sin que tal período de consultas haya sido convocado, debemos proceder, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.6 de la Ley Concursal a recabar el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado, el cual deberá ser emitido en el plazo máximo de 15 días, el cuyo período la autoridad informante podrá oír a la Administración concursal y a los representantes de los trabajadores.”: Auto JM-1 Madrid 08.11.2006 (AC 2007/450)

4. Caso de acuerdo posterior al fin del plazo señalado

“SEGUNDO.- Establece el artículo 64.7 de la LC, que si la administración concursal y los representantes de los trabajadores alcanzaran en el curso de las conversaciones un acuerdo sobre las medidas propuestas, debe el Juez aceptarlo, salvo que aprecie en su consecución la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si bien en el presente caso el acuerdo no ha sido adoptado en el periodo de consultas sino con posterioridad a su conclusión, no se considera que este extremo sea un óbice para su validez teniendo en cuenta que la regulación del expediente contenida en el artículo 64 promueve e incita su solución convenida y que, en todo caso, el acuerdo ha sido adoptado con anterioridad a la emisión del informe por parte de la Autoridad Laboral y previamente a la conclusión del plazo para su emisión, por lo que todavía no había finalizado el trámite procesal previo a la resolución judicial, por lo que en nada afecta a su virtualidad.

TERCERO.- En el presente caso los representantes de los trabajadores y la administración concursal han alcanzado un acuerdo sobre la extinción colectiva de las relaciones laborales, sin que existan elementos para suponer la concurrencia de alguno de los vicios que pudieran

invalidar los términos del acuerdo, máxime ante la apreciación de causas que justifican la extinción de las relaciones laborales por el cese, primero de facto y luego de derecho, de la actividad empresarial de la concursada, la ausencia de pedidos y, en consecuencia, de trabajo que realizar.”: Auto JM-1 Santander 21.04.2005 (JUR 2005/122390)

“Así las cosas, en orden a la recta aplicación de los ordinales 6 y 7 del artículo 64 de la Ley concursal en relación con el artículo 51 ET , no apreciándose en la misma en modo alguno supuesto de dolo, fraude o abuso de derecho, y considerando que la remisión a la aplicación de la normativa laboral por parte del Juez del concurso en el caso de falta de acuerdo en el período de consultas no puede interpretarse sino como que los parámetros económicos que contempla esa normativa tuitiva con la posición del trabajador conforman normas de *minimis*, procede considerar plausible admitir la virtualidad de los parámetros de esa última oferta planteada, que ha venido mayoritariamente aceptada de modo rotundo aun cuando lo haya sido de manera extemporánea pero en todo caso con anterioridad a la resolución del expediente, lo que se verifica por medio del presente auto judicial, y ello evidentemente sin perjuicio de los eventuales recursos o acciones que al amparo del artículo 64-8 LC puedan venir a sostenerse legítimamente.”: Auto JM-1 Valencia 28.07.2005 (AC 2005/1302)

7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

Art. 64.7

1. Las medidas no pueden tener efectos retroactivos a fecha anterior a la de su aprobación

“SEXTO La eficacia temporal de la suspensión

Pone en cuestión la autoridad laboral la pretensión de la empresa de que la suspensión del contrato tenga lugar con efecto desde el primero de enero de dos mil cinco. Con razón se extraña de que se pretende la suspensión de los contratos de los trabajadores desde el primero de enero de dos mil cinco, pero la solicitud se deposite en el juzgado el día veintidós de diciembre.

Como es obvio que no podía tramitarse y resolverse el expediente en tan breve plazo, pues hay que atender las exigencias y términos legales, hay que analizar la eficacia temporal. Al respecto dice la autoridad laboral que el art. 15 del citado RD 43/1996 dispone en su art. 15 que las resoluciones administrativas que recaen en los procedimientos de regulación de empleo surten efecto exclusivamente desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellas se disponga otra posterior.

En efecto esa regulación hace tal declaración, lo que supone que la decisión que las administraciones públicas toman en situaciones de crisis empresarial no concursal, pueden desenvolver su eficacia desde el momento en que se adoptan u otro posterior, pero en ningún caso con efecto retroactivo.

Hay que admitir, además, que si la relación laboral se desarrolla conforme transcurre el tiempo es imposible que se pretenda luego que, una vez realizada la prestación, ésta se tenga por no realizada y surja derecho a la prestación por desempleo en períodos de tiempo en que se ha trabajado. La contingencia sólo se produce, como establecen los arts. 208 y 209 del RDL 1/1994, de 20 de junio , que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), con la pérdida del empleo.

Al margen de la imprevisión empresarial que pretende que en nueve días de final de año se admita, trámite, negocie, informe y resuelva un expediente como el que propone, lo cierto es que no puede admitirse la suspensión desde la fecha pretendida, uno de enero de dos mil cinco. En el caso de los expedientes del art. 64I, debido a la voluntad omnicompreensiva de la Ley Concursal , que se proclama nítidamente en la Exposición de Motivos (II) de la LO 8/2003, de julio , para la Reforma Concursal (LORC), y en la declaración de competencia exclusiva y excluyente del art. 86 ter 1.2º de la LOPJ y 8 LC, el Juzgado de lo Mercantil actúa en situaciones concursales sustituyendo el papel que en otras crisis no concursales se encomienda a la autoridad laboral, mencionada tanto en los arts. 47 y 51 del ET como en el art. 2 del RD 43/1996 , por lo que no parece exagerado actuar con semejantes exigencias temporales que las previstas en el mencionado Real Decreto.

Pues bien, la finalidad de la intervención judicial en este caso, igual que la administrativa en empresas que no incursas en situación concursal, es que la autoridad judicial o laboral verifique

un control de la solicitud de suspensión con anterioridad al que aquélla se adopte. Ni la LC, ni el ET ni el RD 43/1996, ni el resto de la normativa aplicable autorizan, salvo en casos de fuerza mayor, supuesto que no concurre, que tal control se realice «ex post».

En efecto, para los casos de fuerza mayor el art. 47 del ET se remite al procedimiento del art. 51, y éste en su apartado 12, párrafo tercero, dispone en tales casos que la resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, «y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor», de manera que la regulación legal establece una excepción, los supuestos de fuerza mayor, al carácter no retroactivo de la autorización.

Si el ordenamiento jurídico hubiera querido que el control fuera posterior no hubiera exigido solicitud, ni establecido con carácter obligatorio un período de consultas, ni sometido a autorización la suspensión de la relación laboral. Se hubiera limitado a atribuir al órgano correspondiente, que en caso de concurso sería el Juzgado de lo Mercantil que lo tramita, la posibilidad de revisar, a instancia de cualquier interesado, la decisión empresarial adoptada.

Lo que se ha querido por el legislador con el art. 64, y sobre todo, con la previsión general del art. 47 del ET, es que la autorización tenga carácter constitutivo, pues sin ella la suspensión o cualquier otra modificación no puede imponerse por los integrantes de la relación laboral de modo unilateral (STSJ Castilla La Mancha 24 octubre 1997 [AS 1997, 4790]). Esto exige que la autorización se otorgue con anterioridad, asegurando su conocimiento por los afectados, procurando un acuerdo con el empleador y garantizando el oportuno control de legalidad a través de la posibilidad de revisión de la decisión bien administrativa, bien jurisdiccional, a través del orden jurisdiccional social, que en caso de estar en situación de concurso es la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia (arts. 64.8 y 197.7 LC), y en los demás los Juzgados de lo Social (art. 124 RDL 2/1995, de 7 abril 1995 , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL) con posibilidad de suplicación ante la citada sala.

La decisión que se adopta por el Juez del Concurso o la autoridad laboral es inmediatamente ejecutiva, pero no puede tener efectos retroactivos. Así se deriva no sólo de los anteriores argumentos sino de la doctrina que recogen STSJ Navarra 15 de noviembre de 1999 (AS 1999, 3647), 15 de septiembre 2003 (AS 2003, 4007), 6 de octubre de 2003, o la STSJ Castilla La Mancha de 18 de marzo 1997 [AS 1997, 1174]).

Todo ello determina que la propuesta, y los matices que se han introducido tras la negociación con la representación social, deba aprobarse exclusivamente a partir de la fecha de esta resolución, surtiendo efectos a partir de este momento. Por dicha razón el calendario propuesto y acordado entre las partes, surtirá efecto desde el día de hoy.”: Auto JM-1 Bilbao 04.03.2005 (AC 2005/245)

8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Art. 64.8

1. Ambito del incidente concursal del art 64.8.II

“**PRIMERO** Señala el artículo 64.8 de la Ley Concursal, en su segundo párrafo que «las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal».

Permite el citado precepto que, frente al auto que resuelva sobre la suspensión, modificación o extinción de las relaciones laborales colectivas laborales se instrumente un doble cauce:

Por un lado el auto es susceptible de suplicación y demás recursos previstos en la legislación laboral. Este apartado cubriría necesariamente los aspectos referidos a dicha modificación, extinción o suspensión colectiva.

Por otro lado se podrán ejercitar acciones, por los trabajadores, en cuestiones estrictamente referidas a la relación jurídica individual, es decir, referidas a salario, cuantías, categoría profesional, etc.

No es por tanto una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del proceso sino que es realmente diferente pues en la primera se plantea la misma suspensión, extinción o modificación colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, etc. Y la segunda va referida exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en

relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc.

Es decir que -prima facie- para hablar de relaciones jurídicas-individuales hemos de partir de la existencia de esa relación jurídica base como es el contrato o la relación laboral existente. Este apartado no será, por tanto, discutible en la vía de la impugnación permitida en el artículo 64.8.2º LC sino optando, como veremos, por una de las dos soluciones existentes: la impugnación en suplicación del auto que acuerda dichas medidas o la demanda por ante el juzgado de lo social para que se reconozca la pertenencia a la empresa.

En estos mismos términos se expresa SEMPERE NAVARRO, cuando señala, al referirse al ámbito de las mismas, las siguientes diferencias:

«Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en su aplicación» (art. 64.8 último párrafo LC).

A través de este cauce se tramitarán las acciones relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, salario, antigüedad, categoría profesional, etc.

Ha de tratarse necesariamente de cuestiones de carácter individual, ajenas a la modificación, suspensión, o extinción colectiva de los contratos de trabajo.

En similares términos se pronuncia Martínez Garrigo, quien en análisis de dichas acciones recoge:

«Con nulo rigor técnico, el párrafo 2º del art. 64.8 dispone que “las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”. Contra las resoluciones judiciales caben recursos, no acciones, y el mandato judicial no parece hacer referencia a la interposición de recursos. La doctrina destaca que no es fácil identificar los supuestos a que tal regla se pueda referir, ni concretar la filosofía a la que pueda obedecer. La única delimitación legal es que las acciones se refieran estrictamente a la relación individual, mandato que permite excluir todas las acciones de naturaleza colectiva.

Pero aún siendo ello así, resta por saber qué pretensiones serán las deducibles por tan singular vía, frente a quién pueden y deben ejercitarse y dentro de qué plazo será válido su ejercicio. Trataremos de desentrañar el enigma. De entrada la competencia del juez del concurso en materia laboral se limita, en la fase declarativa, a las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Luego las acciones a que se refiere el art. 64.8 han de estar forzosamente dentro de ese epígrafe. Caso contrario no serían de la competencia del juez del concurso. Siendo ello así puede adivinarse la intención del legislador. En la versión aprobada de la Ley, ha desaparecido la imposición al juez del concurso de fijar las indemnizaciones que procedan en el auto en el que aprueba las alteraciones colectivas de los contratos de trabajo, tanto en los casos de extinción como en los de modificación sustancial, supuestos en los que pueden existir compensaciones a los sacrificios impuestos. Por otra parte, el auto puede haber fijado las indemnizaciones, bien porque existiera acuerdo administración [17 Ríos Salmerón. La Ley Concursal y los trabajadores... cit. pg. 372 concursal/representantes legales de los trabajadores], bien porque el Juez, habiendo tenido a su alcance los datos para hacerlo, lo estime conveniente. Si alguno de los afectados no está conforme con su inclusión en la lista de afectados, o con el importe de las indemnizaciones, tanto si estas han sido concretadas por la administración concursal, como si fueron fijadas en el auto, debe tener un medio de poder reclamar judicialmente lo que a su derecho convenga. Posiblemente, para satisfacer tal exigencia, se ha ordenado este nuevo proceso, incidental en el “expediente” de modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, en el que puedan ser concretadas tales indemnizaciones tras un período de alegaciones y prueba».

De esta forma podemos concretar diferentes apartados que hemos de tener en cuenta para resolver el asunto concreto al que nos referimos:

Que la acción individual ha de partir de una relación-jurídica base existente como es la relación laboral y reconocida en el concurso.

Que la acción individual parte de la resolución del juez del concurso en un supuesto de modificación, extinción o suspensión colectiva laboral concursal dentro de su competencia. 8.2 y 64 LC.

Que dichas acciones sólo pueden iniciarse a partir de dicha relación jurídica individual reconocida en el auto que acuerda las medidas colectivas.

Que el objeto de dicha acción individual no afecta a la modificación, extinción o suspensión colectivas acordadas sino a supuestos individuales de los trabajadores como salarios, cuantías, categoría, etc. que se les haya reconocido. Asimismo sólo podrá discutirse a partir de la inclusión en la lista y no por su exclusión.

La delimitación se puede ampliar aún más a partir de la consideración de una exclusión de determinados trabajadores y la posibilidad de impugnación que se abre en dicho precepto. En estos supuestos podemos distinguir dos apartados:

Por un lado que -siendo reconocidos como trabajadores o trabajadoras de la empresa- no sean incluidos en las medidas de suspensión, extinción o modificación colectivas concursales. En este

caso será posible la impugnación del auto no por la vía de su relación jurídica-individual que no ha sido puesta en entredicho ni aún tratada en la citada resolución, sino por la vía del recurso de suplicación que abre el artículo 64.8 LC en su primer párrafo contra el auto que resuelve.

Por otro lado que -no siendo reconocidos como trabajadores o trabajadoras de la empresa- no sean, por tanto, incluidos en dichas medidas colectivas. En este supuesto la única posibilidad es acudir a los juzgados de lo social pues son estos los únicos competentes para resolver dicha cuestión al amparo de lo previsto en los artículos 8.2 y 64 LC que limita la actuación del juez del concurso sólo a dichas medidas colectivas y a la impugnación mediante la vía de la relación jurídica individual de la que partimos en la resolución dictada al resolver la misma.

SEGUNDO En el presente asunto, quien reclama no ha sido incluido en dicha lista, sencillamente porque se parte de la inexistencia de una relación-jurídica base como es la relación laboral con la sociedad concursada. Si ello es así o no, no es cuestión a resolver en el presente incidente y tampoco lo sería (sin perjuicio de que pueda pronunciarse la Sala de lo Social en otro sentido) a partir de la impugnación del auto en suplicación respecto de la misma medida de extinción que se ha acordado.

A ello hemos de sumarle otra circunstancia concreta como es la misma petición que realiza quien demanda y que parte de la afirmación de que «no ha sido incluido en la lista de acreedores» utilizando fraudulentamente la vía de impugnación señalada para intentar incluir en la masa pasiva un crédito fuera del período legalmente reconocido (un mes desde la última de las publicaciones) y en un momento -el presente- en el que la citada lista e informe de la administración concursal ha quedado firme y definitivo.

En último lugar también hay que señalar que es evidente que quien ejercita dicha acción parte de la propia competencia de los juzgados de lo social pues ha acreditado y así lo puso de manifiesto en juicio que (auto de fecha 18 de noviembre de 2005 ante el juzgado de lo social número 9 de Málaga) la citada pretensión ha sido ejercitada por ante los juzgados de lo social, únicos competentes al efecto.

TERCERO Las conclusiones señaladas en los apartados anteriores no son, sin embargo, el simple planteamiento de una falta de competencia pues en realidad la acción ejercitada es la individual recogida en el artículo 64.8.2º LC, lo que nos lleva tanto a considerar que existe una falta de legitimación pasiva en quien acciona como en la desestimación de la demanda.": Sentencia JM-1 Málaga 24.04.2006 (JUR 2006/147229)

2. Inexistencia de vinculación por actos propios a efectos de reclamar individualmente mayor antigüedad

“SEGUNDO Sobre la supuesta falta de acción por demandar frente a los actos propios

Sostiene la demandada que los trabajadores demandantes carecen de acción en cuanto que actúan contra sus actos propios, pues reconocieron en el expediente del art. 64 LC número 108/2007 y en actos posteriores, como la conciliación presentada por alguno de los hoy demandados frente a la concursada para el cobro de ciertas cantidades, aportada en la vista por el demandado (folios 233 y ss). Esta de los actos propios es una creación jurisprudencial que emana directamente de las exigencias de buena fe que proclama el art. 7.1 del Código Civil, de manera que no puede atribuirse valor jurídico a un comportamiento que objetivamente contradice el anteriormente realizado por el mismo sujeto (STS 6 de octubre [RJ 2006, 6649] y 1 de diciembre 2006 [RJ 2006, 8158]),

Tal imposibilidad debe basarse en actos que puedan ser objeto de disposición por las partes, pues de lo contrario difícilmente pueden vincularle. En este caso se considera que la firma del acuerdo en el expediente de extinción colectiva les vincula, porque allí quedaron fijadas las antigüedades que determinaron el importe de la indemnización. No obstante hay que recordar que el art. 64.8 LC establece como segundo remedio frente al auto que acuerde la extinción o suspensión colectiva de las relaciones laborales, la vía del incidente concursal de naturaleza laboral "en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual".

Con tal previsión, que es la utilizada por los demandantes, parece que la norma concursal ha querido evitar que los acuerdos de extinción por razones objetivas puedan afectar a derechos de naturaleza estrictamente individual, entre los que se encuentra la antigüedad en la empresa, o mejor, para no incurrir en confusión respecto al complemento salarial del art. 25.2 del RDL. 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), los años de servicio realmente prestados que es lo que está en cuestión (STS 26 de septiembre 2001 [RJ 2002, 322], 30 de junio 1997 [RJ 1997, 4950]).

Como además el art. 64.11 LC dispone que en todo lo no previsto en ese precepto se aplicará la legislación laboral, ha de concluirse que la materia de la que se discute no puede ser objeto de disposición en el acuerdo entre administración concursal y representación unitaria al que alude el art. 64.6 LC, porque la materia negociada no era salarial, sino encaminada a regular la extinción de los contratos. En ese expediente las partes podrán pactar si es procedente o no la extinción o suspensión, y caso de considerarla oportuna o conveniente, los términos en que ha de practicarse, el ámbito subjetivo afectado, el importe de la indemnización, el orden para proceder,

el momento en que surtirá efecto a partir de la aprobación del auto o los cambios de lugar o puesto de trabajo necesarios según las circunstancias.

Sin embargo no puede pactarse sobre materias indisponibles y los años de servicio efectivo lo son, porque se trata simplemente de una cuestión de hecho. Ciertamente sobre el particular nada dice el art. 64 LC, pero igual que con carácter general ya se apunta cual es el ordenamiento supletorio en esta materia en el art. 8.2º LC, específicamente se ha señalado la misma remisión a la normativa laboral en el art. 64.11 LC.

Y en esta materia el Estatuto de los Trabajadores parece impedir que pueda negociarse, pues las partes se limitan a reflejar la realidad de la duración del contrato de trabajo. Así, cuando el Estatuto de los Trabajadores regula los contratos de formación en el art. 11.1.f) ordena computar el período de prácticas para determinar la antigüedad, igual que el art. 14.3 en caso de períodos de prueba. Otro tanto acontece al exigirse un criterio idéntico para determinarla en el art. 15.6. También en el cómputo de antigüedad desde la cesión ilegal en la empresa cesionaria del art. 43.3 ET, el cómputo de antigüedad en caso de excedencia por cuidado de hijo del art. 46.3, o la preferencia del más antiguo en caso de empate en elecciones sindicales del art. 70, entre otros casos.

Constituiría un fraude de Ley que pudiera negociarse sobre la antigüedad de un trabajador para influir en la indemnización por despido, igual que se negocian otras materias. El art. 82.2 ET establece que la negociación colectiva permite regular las condiciones de trabajo y productividad o la paz laboral, y el 85 "materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo...". No hay, por lo tanto, amparo legal para una negociación sobre esta materia, lo que no significa que en casos de sucesión contractual no puedan reconocerse derechos derivados de una antigüedad que se refiera a un momento anterior al inicio de esa nueva relación, precisamente en atención a la continuidad en la prestación laboral, ni que las consecuencias de un complemento salarial por este concepto no sean negociables.

Lo negociable, como sucedió en el expediente del art. 64 que extinguió de manera colectiva las relaciones laborales con la concursada que hoy se encuentra en liquidación, es la procedencia de tal extinción, el ámbito subjetivo al que afectará, el momento en que irá surtiendo efecto a partir de su fijación y en su caso, el importe de la indemnización procedente, para lo que es determinante, entre otros criterios, el de la efectiva antigüedad en la empresa.

En definitiva, ni por la presentación de la conciliación el pasado mes de abril indicando unos años de servicios distintos, ni por el acuerdo alcanzado en el expediente del art. 64 tramitado en este concurso, puede considerarse cerrada la posibilidad de revisar la fecha de efectos de los años de efectiva prestación de los demandantes, de manera que ha de entrarse al fondo de la cuestión para dilucidar si concurren las circunstancias y consecuencias pretendidas en la demanda.": SJM-1 Bilbao 25.05.2007 (Expediente art. 64 LC núm. 108/2007)

9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

10. Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

Art. 64.10

“9. Artículo 64.10.- Para alcanzar el umbral que determina la competencia del Juez del concurso ¿Sólo se computan las extinciones promovidas tras la declaración del concurso o también se computan éstas o al menos las declaradas con posterioridad aunque promovidas antes de la declaración?

Aunque la cuestión es muy discutible, el criterio que parece más fundado es el de computar exclusivamente las extinciones promovidas después de la declaración de concurso, por lo que no deben tenerse en cuenta a estos efectos, las declaradas con anterioridad ni las extinciones que se declaren después de declarado el concurso derivadas de acciones ejercitadas con anterioridad.

10. Artículo 64.10.- Las extinciones que se computan para alcanzar el umbral y que se han tramitado ante el Juez de lo Social ¿Quedan sometidas a la competencia del Juez del concurso? En tal caso, ¿Debe respetarse la indemnización de 45 días por año fijada en las sentencias del Juzgado de lo Social cuando esas extinciones se computan para determinar el tratamiento colectivo a las extinciones?

Alcanzado el umbral pasan a ser competencia del Juez de lo Mercantil las extinciones promovidas con posterioridad a la declaración del concurso y que se han computado para atribuir la calificación de extinciones colectivas, pero no puede afectara las extinciones declaradas por sentencia firme.

11. Suspensiones colectivas.- ¿Qué debe entenderse por suspensión colectiva a los efectos de la competencia del juez del concurso y su tramitación por el artículo 64 de la LC?

Al no establecerse distinción en la legislación laboral entre extinciones individuales y colectivas, tampoco cabe hacerlo en el ámbito concursal y la suspensión, con independencia del número de trabajadores al que afecte, aunque sea uno sólo, será competencia del Juez del concurso.

12. Declarado el concurso, ¿El Juez del concurso asume la competencia para tramitar el ERE? ¿Debe paralizarse el mismo e instarse el expediente ante el Juez del Concurso conforme al artículo 64? ¿Es posible que continúe la tramitación del ERE hasta que se dicte resolución por la que debe pasar el Juez del concurso?

Si al tiempo de declararse un concurso se está tramitando un ERE, el Juez del Concurso deberá poner en conocimiento de la Administración laboral la declaración del concurso a efectos de su paralización, debiendo promoverse el expediente ante el Juez del concurso y por las normas previstas en el LC.

13. El auto que resuelve el expediente ¿Debe limitarse a una aprobación genérica de la propuesta o debe precisar la identidad de los trabajadores afectados?

No existe un parecer mayoritario. O bien se estima que, como en los ERE tramitados ante la autoridad laboral, el auto puede limitarse a conceder una autorización genérica o bien se entiende que debe individualizar las medidas y los trabajadores afectados. “: (CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO, DEDICADA A LOS EFECTOS DEL CONCURSO, C, 9-13)

1. Acciones individuales acumuladas que superan el límite cuantitativo

“PRIMERO De acuerdo con lo previsto en el artículo 64.1 de la Ley Concursal (LC) «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo». Ciñéndonos al supuesto de extinción de relaciones laborales, a los efectos de seguir el cauce previsto en el artículo 64 LC es indiferente que las circunstancias que deben producir la aludida extinción tengan el carácter económico, técnico, organizativo, o de producción previsto en el artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET), o sean debidas a incumplimiento del empresario [artículo 50.1 letra b) LET]. En cualquier caso, llegados al umbral de trabajadores que permite calificar la extinción de relaciones laborales como colectiva se procederá según lo previsto en el artículo 64 LC. Ninguna otra cosa puede deducirse del tenor del texto del artículo 64.10 LC cuando establece que «las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo». En el presente caso habiéndose acumulado en la solicitud inicial veintiuna acciones individuales de resolución contractual sobre la base del artículo 50.1. letra b) LET, y uniéndose a los autos con posterioridad las solicitudes individuales con idéntico fin de D. Pedro Enrique y D. Gerardo se sobrepasa el umbral previsto en el artículo 64.10 LC para que se incoe expediente a tramitar según lo previsto en el artículo 64 LC. Corrobora la certeza y corrección de lo antedicho que los propios trabajadores, en conjunción con la Administración concursal, unen a su solicitud ¿aún antes de la apertura del

período de consultas previsto en el artículo 64.5 LC? el acuerdo al que se refiere el artículo 64.6 LC.”: Auto JM-1 Madrid 08.11.2006 (AC 2007/450)

2. Carácter colectivo en caso de acciones individuales. Prevalencia de las reglas específicas del art. 64.10 LC sobre las generales del ET

“SEGUNDO Los requisitos para considerar colectivo el expediente

El art. 64.1 de la LC permite la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de los trabajadores de una empresa en concurso, regulando la forma en que debe acordarse. La regulación concursal se remite además en el art. 64.7 a «la legislación laboral», por lo que es de aplicación el RDL 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en particular su art. 51.

De tales preceptos se deduce que para que pueda adoptarse un expediente de regulación de empleo, en este caso de extinción de los contratos laborales, debe concurrir la característica de ser «colectivo». Es claro al respecto el art. 64.2 LC cuando dispone que bien la administración concursal, el deudor o los propios trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, como es el caso, podrán solicitar del 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.

Para determinar qué sea extinción «colectiva» hay que estar a las propias normas hasta aquí mencionadas. Y pese a que la autoridad laboral sostiene que la solicitud de los cinco trabajadores no supone despido colectivo al amparo de lo dispuesto en el art. 51.1 del ET, porque no se alcanza el número que dispone tal norma, es decir, al menos seis trabajadores, y que, por aplicación de los arts. 6.2 y 64.1 de la LC, no nos encontramos ante un «despido colectivo», hay que recordar que la LC tiene unas reglas específicas en otros apartados, que por ser especiales y propias de una situación concursal preponderan sobre las generales del ET.

En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el art. 51.1 del ET que considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas, el párrafo segundo del art. 67.10 de la LC dice expresamente que «se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa».

No exige la LC que además de afectar a la plantilla completa, el despido tenga que afectar a más de cinco trabajadores. La especialidad salta a la vista, y parece que ha sido buscada por el legislador de forma consciente, de manera que la norma de la Ley Concursal puede aplicarse a este caso, ya que los cinco trabajadores que han instado el incidente del art. 64 de la LC constituyen la totalidad de la plantilla de Obras y Contratas Indautxu, SL. Hay por lo tanto fundamento para la tramitación de este expediente con carácter colectivo.”: Auto JM-1 Bilbao 03.03.2005 (AC 2005/217 y AC 2005/332)

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma.

Art. 64.11

1. El Juez mercantil puede no sólo autorizar la extinción colectiva sino también decretarla.

“**CUARTO** Se denuncia a continuación infracción del art. 51-2 del ET en relación con el art. 64-11 de la Ley Concursal. Argumenta la recurrente que se ha producido una extralimitación del Juez de lo mercantil, pues debió limitarse a autorizar la extinción colectiva de contratos de trabajo en lugar de acordarla en la resolución que ahora es objeto de recurso. Tampoco este argumento puede prosperar pues el art. 64-7 de la Ley Concursal señala que «El Auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo» y por su parte el art. 44-4 de la propia norma legal indica que: «Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores el juez a solicitud de la Administración Concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial de esta. Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2º del art. 8 y en el art. 64». De la lectura de estos preceptos se deduce la posibilidad que la Ley Concursal contempla de que el Juez de lo mercantil acuerde en el Auto que dicte la extinción colectiva de contratos de trabajo si así se le solicita. Es cierto que el art. 64-11 dice que la legislación laboral se aplicará en lo que no prevé el propio art. 64 de la LC, pero en este caso no se produce ninguna laguna u omisión que obligue a acudir al art. 51 del ET, al hallarse establecido en los preceptos citados anteriormente que, tratándose de una empresa en situación

de concurso, cabe la posibilidad de que el Juez de lo mercantil dicte auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo. El motivo no puede pues ser acogido

QUINTO Finalmente y en relación a lo que la recurrente viene sosteniendo respecto a la imposibilidad de que el Juez de lo mercantil acuerde la extinción colectiva de los contratos de trabajo por limitarse sus facultades sólo a la aprobación, propone ésta en favor de su tesis, un supuesto puramente hipotético, sin concretar censura jurídica, en el que se insiste en que la interpretación correcta del art. 64 de la LC permite sólo la autorización de la extinción, no la extinción misma. Tampoco esta argumentación, que como se ha dicho propone un ejemplo puramente hipotético, puede ser acogida a efectos de lo que se pretende que es la revocación del Auto recurrido, y en cualquier caso ha de entenderse que los efectos de la extinción se producirán para los trabajadores afectados a partir de la notificación del Auto extintivo con lo que no se produciría la problemática que en el recurso se plantea. Lo expuesto y razonado supone pues la desestimación del recurso y la confirmación del Auto recurrido.. ”: STSJ Catalunya (Sala de lo Social) 27.09.2005 (AS 2005/2699)

Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección.

1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección.
2. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente.
3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.
4. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación.

Artículo 66. Convenios colectivos.

La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

1. La aprobación de un previo ERE extraconcursal no significa que se requiera acuerdo con los trabajadores para las medidas extintivas ex art. 64

“SÉPTIMO Llegados a este punto, se trata de determinar la incidencia que pueda tener en la solicitud, la tramitación anterior de un expediente de regulación de empleo. Conviene recordar, como así consta en el Auto de declaración de concurso, y en la propia solicitud de extinción colectiva, que en 2005 se tramitó un Expediente de Regulación de Empleo que incluía un Plan de Industrialización. Según obra en la documentación aportada por la concursada, en contestación al requerimiento efectuado por Providencia de este Juzgado de 29 de marzo de 2007, constan dos preacuerdos de fechas 15 de junio de 2005 y 29 de junio de 2005, habiéndose aprobado posteriormente un Plan de Industrialización 2005-2010, que a su vez forma parte de un ERE en el que se alcanzó un Acuerdo de fecha 21 de octubre de 2005, y se aprobó un Plan de Desvinculaciones, cuya ejecución correspondía a la empresa que cada tres meses había de determinar, entre otras circunstancias, el número de trabajadores afectados, y la fecha de extinción.

En los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la Autoridad Laboral, ésta se limita a autorizar la decisión extintiva o suspensiva de los contratos de trabajo, que habría de ser adoptada por el empresario. Sin embargo, en el caso de los expedientes tramitados conforme al art. 64 LC, no se produce ese desdoblamiento entre Autoridad Laboral-empresario, sino que como se ha expuesto, el Juez del Concurso acuerda la medida de extinción o suspensión del contrato, teniendo una competencia exclusiva y excluyente, según señalan los arts. 86 ter LOPJ y art.8 LC. Es decir, una vez presentada la solicitud de concurso, la competencia para resolver las solicitudes de suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo pasa al Juez del Concurso. De ello, cabe colegir, la competencia de este Juzgado para conocer de la solicitud extintiva.

Cuestión distinta es la también planteada en la solicitud (que acompaña Dictamen de D. Íñigo), relativa a la naturaleza que haya de otorgarse a los compromisos alcanzados en el Plan de Industrialización pactado por Acuerdo de 6 de septiembre de 2005, e integrado en el Acuerdo del ERE de 21 de octubre de 2005, y si una decisión de regulación de empleo en el seno del proceso

concurral exigiría la concurrencia de voluntades con la representación de los trabajadores por implicar una modificación de las condiciones establecidas en convenio colectivo, en cuyo caso, resultaría de aplicación el art. 66 LC, que establece: "La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores." El precepto desarrolla lo previsto en el art. 86 ter apartado 1.2º LOPJ, que atribuye al Juez del Concurso "jurisdicción exclusiva y excluyente" para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, "sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores."

Sobre la naturaleza del acuerdo adoptado en el seno de un expediente de regulación de empleo, -como sería el caso-, la STS 21 enero 1997 (RJ 1997, 622)(Sala 4ª) ha declarado:

"Es ya el momento de analizar la naturaleza y la fuerza vinculante y alcance del acuerdo, después homologado. En el régimen anterior a la reforma del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, el período de consultas, como se dijo en el quinto fundamento de esta sentencia, era extraprocedimental y previo al expediente, que se iniciaba tras el desacuerdo en el período de consultas (artículo 13 del Real Decreto 696/1980, de 14 de abril). Por esa razón, porque se había adoptado, en nuestro caso, en el período de consultas extraprocedimental, dicho acuerdo precisaba su aprobación o conformidad expresa por la autoridad laboral, esto es su homologación.

Fue negociado dicho acuerdo por los legitimados para ello, la empresa y el comité de empresa, órgano de representación unitaria al que el artículo 51.3 del Estatuto de 1980 se refería al invocar a los "representantes legales de los trabajadores"; pues sin desconocer la legalmente atribuida a los órganos sindicales, reconocida por el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la mención legal a los representantes para negociar venía atribuida solamente a los comités de empresa y delegados de personal, como reconoció en su día el órgano jurisdiccional que entonces conocía de los conflictos suscitados sobre esa materia (sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Central de Trabajo de 10 de abril de 1986 [RTCT 1986, 2973]); sino que es ahora, en la nueva regulación del artículo 51.4 del Estatuto, cuando el legislador dispone que "el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere".

Repetimos: Negociado el acuerdo por los legitimados para ello y lograda su homologación, es claro que estaba, en este supuesto del artículo 51.5, como en los casos también previstos por los artículos 41.1 y 47 del Estatuto, ante un pacto o convenio impropio, fuera del convenio estatutario, pero que era un producto de la negociación colectiva constitucionalmente reconocida en el artículo 37 de la Constitución ; un acuerdo informal carente de eficacia normativa o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas; que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores."

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, los acuerdos alcanzados en el seno del procedimiento concursal no constituyen convenio colectivo, y por tanto, para su modificación no resultará de aplicación el art. 66 LC, que de otra parte, estimo que no excluye la aplicación del procedimiento del art. 64 LC. Y ni siquiera cabría considerarlos incluidos en el convenio colectivo, al no haberse cumplido lo dispuesto en el art. 5 del Convenio Colectivo de empresa vigente, que prevé la incorporación de acuerdos como anexos al convenio, "previo trámite oficial y conocimiento de la Autoridad laboral". El trámite oficial es el previsto en el art. 90 ET.

En cualquier caso, una vez presentada la solicitud de declaración del concurso, la competencia para acordar medidas extintivas corresponde al Juez del Concurso que deberá seguir el trámite del art. 64 LC, sin perjuicio de, en su caso, observar lo preceptuado en el art. 66 LC, que como se ha expuesto no se estima aplicable al supuesto enjuiciado.": Auto JM-1 Cádiz 22.05.2007 (Expediente de extinción colectiva de relaciones de trabajo núm. 151/07)

Artículo 67. Contratos con Administraciones públicas.

1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.

Artículo 68. Rehabilitación de créditos.

1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de 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.

Art. 68.1

1. La rehabilitación ha de incardinarse en un contexto de continuidad

“ El propio artículo 68 de la Ley Concursal establece las garantías necesarias para el acreedor, garantías que tienen por objeto asegurarle que con la rehabilitación no se ha de incrementar su riesgo y que dicha rehabilitación debe incardinarse dentro de las actuaciones tendentes a facilitar la continuidad de la actividad empresarial, continuidad que no es un fin en si mismo sino que es un mecanismo imprescindible para la propuesta de convenio y el plan de viabilidad con el cual se habrán de generar recursos no sólo para el mantenimiento de la actividad de la empresa sino también para el pago de la deuda concursal en los términos previstos en la propuesta de convenio que sea sometida a la consideración de los acreedores.”: Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

2. Cabe la rehabilitación de cualesquiera modalidades de préstamo o crédito vinculados con la continuidad de la actividad empresarial

“2) Se plantea también la excepción de que el contrato objeto de rehabilitación en realidad no está dentro del ámbito objetivo del artículo 68 por tratarse de una póliza de crédito para la cobertura de los riesgos comerciales. La doctrina no termina de ser uniforme respecto del alcance del artículo 68 puesto que autores como el profesor Madrazo - Comentarios de la Ley Concursal coordinados por los profesores Rojo y Beltrán para la editorial Thomson Civitas - considera que de darle un alcance limitado al artículo 68 e incluir sólo los supuestos de hecho contemplados en el precepto por tratarse esta figura una excepción al régimen general de los contratos; sin embargo otros autores como el profesor Marco Alcalá - en el libro homenaje al profesor Olivencia, Tomo III, editorial Marcial Pons - que defiende una interpretación funcional del artículo 68.1 por la cual serían rehabilitables cualesquiera préstamos y créditos en los que concurre vinculación con la continuidad de la actividad empresarial. La redacción del artículo 68 permite esa interpretación funcional ya que habla de "contratos de préstamo y demás de crédito" la utilización del plural tanto para los contratos de préstamo como para los de crédito lleva a considerar que el legislador es consciente de que existen diversas modalidades de préstamo y crédito. Por otra parte esta interpretación funcional conecta con la voluntad del legislador de apostar por la continuidad de la actividad empresarial que en la exposición de motivos y al abordar la rehabilitación habla de esas fórmulas flexibles en interés del concurso. El documento aportado por la recurrente que es objeto de reposición es una póliza de crédito y, como tal, dentro del ámbito del artículo 68, el hecho de que se limite a cubrir "riesgos comerciales" descuento de papel en la terminología empresarial no modifica su naturaleza, únicamente establece qué tipo de operaciones quedan sometidas a ese adelanto de crédito que sólo quedaría sujeto al límite cuantitativo y temporal de la póliza.”: Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

3. La legitimación para rehabilitar corresponde a la administración concursal, no al concursado

“d. En el supuesto del artículo 68 de la Ley Concursal no es el concursado el facultado para rehabilitar los créditos sino la administración concursal. El concursado puede plantear o sugerir a la administración concursal que active estos mecanismos pero no está legalmente prevista la legitimación del concursado para reclamar la rehabilitación, por lo tanto aún en el caso de ser preceptivo el traslado de copias la omisión por parte del concursado no determina la nulidad de la solicitud puesto que la legitimación para la rehabilitación corresponde a los administradores que no están sujetos a la severidad del traslado de copias por no actuar representados por Procurador. Los Administradores del concurso presentan la solicitud de rehabilitación por escrito de 15 de febrero de 2006.”: Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

4. No se requiere previo incidente concursal

“ No debe compartirse tampoco el argumento de que previamente a la rehabilitación debería de haberse dado audiencia a las entidades afectadas e incluso debería de haberse planteado el incidente concursal-. En este punto el artículo 68 de la Ley concursal no prevé ninguno de estos trámites, todo lo contrario, habilita a la administración concursal para proceder a rehabilitar los créditos con la sola exigencia de notificar al acreedor la rehabilitación. Al preferir la administración concursal la autorización judicial prevista en el artículo 188 de la Ley no ha hecho sino reclamar una garantía, la judicial, que no está inicialmente prevista en el artículo 68 de la Ley. Por otra parte no debe considerarse sorpresiva la actuación de la administración concursal en la medida en la que han existido diversos contactos entre administración concursal, concursada y entidades de crédito para intentar activar las pólizas de modo consensuado y sin necesidad de acudir a la vía del artículo 68. Estos trámites no formales se han producido incluso en alguna ocasión en presencia judicial, trámites no formales que en resoluciones de gran trascendencia - ver auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de febrero de 2006 ordinal 18 como el caso Endesa - permiten agilizar el procedimiento y establecer en un ámbito de lealtad procesal entre las partes los aspectos accesorios del desarrollo del procedimiento. La fórmula de la providencia ahora recurrida y su complemento se deriva de una de estas reuniones informales.”: Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

2. No procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante.

Artículo 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.

1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para 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. El incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación.

2. El transmitente podrá oponerse a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración de concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo en favor de tercero, lo que habrá de acreditar suficientemente si no constare a la administración concursal.

Artículo 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos.

La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento.

No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el último párrafo del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CAPÍTULO IV - De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa

Artículo 71. Acciones de reintegración.

1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

Art. 71.1

“Pues bien, abandonando el sistema de retroacción de la quiebra, las llamadas acciones de reintegración del art. 71 LECO, también se fijan en ese periodo de sospecha anterior a la declaración de concurso, en que la insolvencia de hecho puede ya estar instalada, aunque todavía no se haya convertido en insolvencia de derecho por la declaración de concurso, y cuando el concursado suele caer en la tentación de desviar parte de su patrimonio de responsabilidad, o favorecer a una serie de acreedores en perjuicio del colectivo, ya por propia iniciativa, ya presionado a fin del logro, al final inalcanzado, de salir de su crisis.

Ahora bien, en el nuevo sistema se utiliza el expediente de la rescisión especial, y no esa extravagante nulidad absoluta de actos y negocios en el periodo de retroacción que se fijaba *ex officio iudicis* con notable inseguridad jurídica, y tampoco se toma en consideración la existencia de fraude, sino basta un elemento objetivo, el perjuicio patrimonial causado a la masa, ya que no hay una finalidad represiva, sino indemnizatoria.

No habrá lugar, así, a pesar de alguna mención en tal sentido del suplico de la demanda incidental, a que estudiemos la invalidez del acuerdo combatido, sino que, válidamente celebrado, se analizará su ineficacia como consecuencia de la lesión que produce a la masa del concurso.”: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

“B) La acción básicamente articulada en la demanda se puede calificar como de reintegración concursal, de art. 71 LC, con naturaleza jurídica rescisoria, que tiene por objeto atacar los actos perjudiciales para el patrimonio del deudor concursado, ejecutados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. No obstante su naturaleza de acción rescisoria, esta acción de reintegración concursal se separa en su fundamento de la clásica acción pauliana, igualmente rescisoria, del Derecho civil, art. 1.111 y 1.291 CC, en tener una base absolutamente objetiva. Es decir, la acción prevista en el art. 71 LC, para lograr la rescisión del acto atacado, se asienta en la simple existencia de un perjuicio patrimonial, sin atender a la presencia o no de intención fraudulenta alguna. Una vez probado el perjuicio, tiene lugar la rescisión, con la debida reintegración de las prestaciones de las partes, más sus frutos e intereses. De estar presente esta intención de fraude se generan únicamente unas ulteriores consecuencias frente a la rescisión del acto atacado, como son, según el art. 73 LC, el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados a la masa activa del concurso derivados causalmente del acto rescindido, y la calificación del crédito de la contraparte como subordinado. Por ello, el art. 71 LC establece una serie de presunciones de existencia del perjuicio patrimonial, con los efectos del art. 385 LECiv, tanto *iuris et iure*, para actos a título gratuito o pagos por obligaciones que vencerían tras la declaración de concurso, como *iuris tantum*, para otros actos, dejando finalmente la posibilidad, fuera de tal juego de presunciones, de probar mediante prueba directa la existencia del perjuicio.”: SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

1. Concepto de perjuicio para la masa activa

“La cuestión estriba en determinar qué se entiende por perjudicial, a cuyo efecto el propio artículo 71 establece una serie de presunciones, «*iuris et de iure*» en los casos de disposición a título gratuito, e «*iuris tantum*» respecto de determinados actos de disposición a título oneroso; y en los supuestos no incardinables en tales presunciones, habrá de probarse el perjuicio patrimonial en forma ordinaria. No obstante, como regla general, antes de entrar al análisis de la posible aplicabilidad de tales presunciones, hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Habrá un perjuicio particular si el acto en concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte. Mientras que habrá perjuicio general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor, o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio, o determina que los bienes que quedan por liquidar tengan un valor menor. Debe tenerse en cuenta que el principio rector de todas las actuaciones del concurso, al que la Ley Concursal se refiere en múltiples ocasiones, es el «interés del concurso», entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa.” **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

“SEGUNDO.- Antes de entrar a la valoración de la actividad probatoria desplegada por la parte impugnante, y dado que no ofrece duda alguna que el acto en cuestión se materializó dentro del periodo de sospecha que invariablemente determina la ley, conviene hacer hincapié en el concepto de perjuicio que condiciona la rescisión y que se constituye en fundamento funcional de la acción rescisoria en su razón de ser. Y ese requisito esencial, el *eventus damni*, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia, pues si la

misma es un instrumento que tiene como función evitar que el periodo previo a la declaración judicial de concurso, el deudor realice actos que pueden perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor o una pérdida de valor del mismo.

Pues bien, así como ese perjuicio es claro en los actos gratuitos, ante la falta de contraprestación al desplazamiento patrimonial realizado por el deudor. En los actos o negocios a título oneroso, como el de autos [*compraventa*], el perjuicio para la masa derivará de la falta de equivalencia de la prestación realizada por quien contrata con el deudor, respecto a lo que éste efectuó. En este sentido, y a falta de jurisprudencia al respecto, se pronuncia la doctrina más autorizada. Así ALCOVER GARAV, en la obra Derecho Concursal pag. 334 hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar, la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Continúa señalando dicho autor que habrá un perjuicio de tipo particular si el concreto acto que se analiza implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que, en lo básico, puede acontecer por ser el acto gratuito o, tratándose de un negocio oneroso, por tener la contraprestación del deudor un mayor valor que la contraprestación que recibe de la contraparte, mayor valor que también puede provenir por ser aquella de cumplimiento inmediato y éste estar aplazado

TERCERO.- Conceptuándose de ese modo el perjuicio patrimonial, como un requisito puramente objetivo, procede entrar a efectuar una valoración crítica de las pruebas practicadas en las actuaciones a fin de determinar su concurrencia en el caso, para lo que bastará con poder catalogar el cuestionado acto como económicamente negativo (como determinante de una disminución del patrimonio realizable del deudor o de una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudiera corresponder a los acreedores) al margen de las consideraciones que el tan repetido acto pudiera merecer al Consejo de Administración y a la Junta General de la Concursada, ampliamente aludidas en los escritos alegatorios de las partes, que analizan pormenorizadamente el contenido de las actas de aquellas fechas y que lo único que ponen de relieve es que la venta se efectuó en la época de desarreglo económico que suele proceder a toda declaración de concurso y en la que al deudor procura retrasarla con operaciones que suelen más bien precipitarla.”: Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

“Cuarto. En cuanto al perjuicio de los actos rescindibles para la masa, es polémico igualmente si debe entenderse en sentido estricto, es decir, el detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, porque previamente a constituirse, hayan salido mediante negocios desequilibrados, se les haya gravado con cargas inmoderadas, o se hayan producido actos limitativos del poder de disposición del deudor que los minusvalore, o más bien su inteligencia en art. 71 LECO permanece en la versión amplia tradicional y abarca los actos que aventajan por adelantado en la graduación los créditos, con quiebra de la real *par condicio creditorum*.

El supuesto paradigmático del máximo grado de la ventaja del acreedor frente a la colectivización en la masa es el puro y simple cobro dinerario en cuenta bancaria el mismo día de la declaración del concurso voluntario, cuando quien cobra es, sin remisión, acreedor subordinado. Contemplando este supuesto en otro incidente del procedimiento se ha rescindido por el Juzgado dicho pago, en sintonía con resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil en tal sentido de considerar el perjuicio patrimonial inclusivo de la *par condicio*, aunque se ha cuidado de remarcar que la perspectiva era entonces de rechazar la contraprueba del equilibrio prestacional, por adecuado a un mecanismo legal de despido, respecto de la presunción legal de art. 71.3.1.º LECO, apoyados además en la lesión de los principios de *vis attractiva* del juez concursal, y de universalidad de la masa activa, y en que en dicho caso se produjo una discriminación negativa para el patrimonio del concursado al haberse despedido a varios directivos y haber utilizado expedientes diversos, de modo que sólo unos cobraron y otros quedaban en la masa.

Porque no se comparte una visión clásica para fijar el concepto de perjuicio, sino que debe excluirse de rescisión el acto o negocio llevado a cabo en periodo de sospecha cuando desde el punto de vista económico ha resultado indiferente o beneficioso para el patrimonio del concursado.

El cambio de filosofía respecto a la retroacción de la quiebra hace inadecuado arropar en el concepto de perjuicio patrimonial, sin otro socaire, lo que económicamente no es perjudicial, por cuanto beneficie a un acreedor respecto de otros, ya que la reintegración de la masa se produce ahora siempre *ope actionis*, por ejercicio de una acción rescisoria especial que deben valorar los administradores concursales o legitimados por sustitución de art. 72.1 LECO en beneficio de la masa, y no por una declaración judicial *ex officio* del periodo de inhabilidad contractual del concursado (1), y sólo proyectándose sobre los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin libérrimas facultades judiciales para fijar desde cuándo arrancaba la «quiebra de hecho» (2), sintomático ello de que no se trata de invalidar los actos de quien estaba realmente en estado de quiebra, lo cual tiene presente la masa pasiva o conjunto de acreedores, sino de la

relativa ineficacia de lo que, próximo a la insolvencia, disminuyó la masa activa, lo cual tiene presente sólo ésta.

Y en un caso, como el presente, sin beneficio de presunciones legales, debe acreditarse el perjuicio objetivado para el patrimonio de Matrínor, sin que, desde luego, sea menester acreditar un ánimo de lesionar el crédito concurrente a través de la consciencia del perjuicio procurado. “: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

2. Perjuicio para la masa: alteración (injustificada) de la par conditio creditorum:

2.1 Dación en pago perjudicial para la masa

“El acto que se analiza -la adjudicación de dos parcelas en pago de una deuda preexistente-, tanto por el momento en que tuvo lugar -apenas dos meses antes de la declaración del concurso-, como, fundamentalmente, por alterar, en perjuicio del resto de los acreedores, el principio de la paridad o la llamada par conditio creditorum debe rescindirse conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal. En efecto, si bien no puede tenerse por acreditado que el precio convenido fuera inferior al de mercado, dado que obran en autos dos informes que llegan a conclusiones dispares, lo relevante, en el presente caso, es la vulneración de la par conditio creditorum, que permite, por sí sola, la rescisión del acto. El artículo 71 de la Ley Concursal permite rescindir los «actos perjudiciales para la masa activa», concepto más amplio que el de «perjuicio patrimonial»; es decir, aun cuando el acto, considerado de forma aislada, no se considerara perjudicial, por mantener la equivalencia de las prestaciones, si no respeta aquel principio, que es consustancial al concurso y que encuentra su fundamento en la necesidad de dar al conjunto de acreedores un mismo trato, dicho acto debe ser rescindido. La adjudicación de parcelas en pago de deudas no integra la actividad ordinaria de la demandada, que se dedica a la promoción de viviendas, de tal manera que, por su proximidad al concurso, cuando la concursada se encontraba en situación de insolvencia, y por favorecer a uno sólo de los acreedores, en perjuicio de la masa, debe acordarse su rescisión. Por todo ello, debe estimarse la demanda.

CUARTO La rescisión, como se ha indicado, determina, además de la ineficacia del acto impugnado, la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Por tanto, la demandada deberá restituir las fincas adjudicadas, sin prestación alguna con cargo a la masa, dado que la transmisión lo fue en pago de deudas. Debe descartarse que los gastos de la adjudicación deban ser soportados por la masa, dado que dicho efecto no está contemplado en el artículo 73 de la LC como propio de la rescisión dicho precepto solo habla de «frutos e intereses». Ahora bien, la entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe. La administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada ni justifica porqué el crédito debe ser calificado como subordinado. No consta que la adjudicataria tuviera conocimiento de la situación de insolvencia y de la inminencia del concurso. La operación que se impugna, en situaciones extraconcursoales, no merecería reproche alguno; se trataría, en definitiva, de un recurso lícito al que acude quien quiere percibir su crédito. ”: Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534)

“Pues bien, «Nanta, SA» no ha logrado acreditar que la dación en pago, realizada en escritura pública de 30 de junio de 2003 y cuya rescisión se pretende, no fue perjudicial para la masa activa. Antes al contrario, lo que consta en autos es que mediante dicha operación salieron del patrimonio del patrimonio de «Pavosol» dos de sus tres inmuebles, valorados en el propio documento en 1.727.270 euros; lo que no puede ser calificado sino como un evidente perjuicio objetivo para la masa activa, que quedó privada de dos de sus bienes más valiosos. Es cierto, como se dice en la contestación a la demanda, que si por un lado se minoró el activo, al salir del patrimonio los inmuebles, por otro también se minoró el pasivo, al enjugarse deudas por el importe de la dación en pago, por lo que, según la parte, no habría tal perjuicio al contrarrestarse una cosa con la otra. No obstante, esta realidad que podríamos denominar como «de balance de situación» no obsta a que se causara el perjuicio en el sentido que venimos preconizando, de acto atentatorio contra la maximización patrimonial que requiere el interés del concurso, pues en la apreciación de si ha habido o no perjuicio tiene que atenderse no sólo al interés de las partes en el contrato («Pavosol» y «Nanta»), sino también al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor. En este orden de cosas, el mero hecho que «Pavosol» cediera a «Nanta» dos de sus más valiosos activos ya implicó un trato de favor respecto de este acreedor en relación con los demás, que no vieron satisfecho su crédito ni por ese ni por ningún otro procedimiento, e implicó una reducción de la masa destinada a la satisfacción del conjunto de los acreedores concursales. Es más, la dación en pago encaja en los supuestos que la doctrina considera como máximos exponentes del perjuicio: aquéllos en que se cumple una deuda vencida y exigible por un medio de pago que no sea el inicialmente pactado y que no se haga en dinero o de la manera normal en el tráfico,

porque, como ha quedado dicho, supone al tiempo privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa.”: **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

2.2 Traspaso de cuenta de crédito hipotecaria para cobrar deudas con garantía personal

“ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- Con fecha 28 de junio de 2006, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Lugo, Mercantil, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: ESTIMAR la demanda incidental interpuesta por la Administración Concursal de Conservas Burela SA., contra la entidad Conservas Burela SA. y la mercantil Banco Gallego SA., con los siguientes pronunciamientos: 1ª) Acordar rescindir y dejar sin efecto los pagos realizados a banco Gallego SA. por transferencia desde la cuenta nº 82730 a la cuenta de crédito nº 82480 por importe de 200.000 ? y a la cuenta de impagados de cartera por importe de 5.200?. 2ª Condenar a la entidad Banco Gallego SA.. a reintegrar a la cuenta nº 82480 la cuantía de de 205.200?. 3ª Calificar como crédito subordinado el crédito de 205.200? a favor del Banco Gallego SA. generados por la reintegración a la masa de dicha cantidad. 4ª Denegar los intereses moratorios derivados del impago del préstamo hipotecario nº de cuenta 82345 por el importe de 205.200? Con imposición de las costas causadas en este incidente a la parte demandada". (...)

SEGUNDO.- La segunda alegación tampoco puede ser acogida. Ya el propio apelante reconoce que el traspaso de 5.200 euros fue incorrecto y existe un evidente perjuicio para la masa activa desde el momento en que el Banco apelante intentó disminuir el importe de lo que se le debía asegurando primeramente el cobro de los créditos que no estaban garantizados, es decir, de los personales y con ello obtenía la satisfacción de éstos quedando a salvo los garantizados como los créditos hipotecarios con garantía real y con dicha actuación el Banco apelante por una parte incrementa los créditos privilegiados y disminuye en cantidad igual los créditos ordinarios con el consiguiente y evidente perjuicio para el resto de los acreedores, no entendiéndose tampoco como se reconoce lo incorrecto de la aplicación del crédito anteriormente citado y no se estima igualmente lo incorrecto del traspaso y aplicación del crédito mayor. El ofrecimiento del Banco recurrente en el acto de la vista de rectificar la aplicación demuestra lo equivocado de su postura y es extemporáneo al haberse producido ya parte del daño y posibilitar la ejecución de la hipoteca al no hacer frente a los vencimientos y la obtención en subasta de uno de los mejores activos de la entidad Conservas de Burela SA. Finalmente señalar que la actuación del Banco apelado puede ser considerada de mala fé al no desconocer la incorrección de los traspasos efectuados y el estado de insolvencia de la entidad Conservas de Burela SA., dado su condición de acreedor principal, lo que lleva a que la calificación del crédito como subordinado y la denegación de los intereses moratorios a que se refieren los puntos 3º y 4º del fallo de la sentencia recurrida deban mantenerse como lo restante de lo establecido en la misma.”: SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096)

3. Compraventa en condiciones desfavorables

“Pues bien del resultado probatorio obrante en las actuaciones ha de concluirse la procedencia del acogimiento de pretensión de rescisión por desequilibrio que se deduce en la demanda rectora del presente pleito. Efectivamente la falta de equivalente en la transacción del inmueble se infiere:

1º.- Del precio de venta pactado, a razón de 30.000 euros/m², casi un 50% inferior al fijado en los informes de tasación de Arquitasa y de Arco Valoraciones S.A., acompañados a la demanda como documentos nº 12 y 13. Y si bien es cierto que las entidades demandadas presentan otros informes que valoran la finca a un precio muy similar a aquel por el que se efectuó la venta no puede desconocerse la parcialidad de que adolecen estas otras periciales emitidas a solicitud de la parte codemandada expresamente para el presente pleito, a diferencia de la tasación aportadas a instancia de la administración concursal, una (la de Arquitasa) lo fue para garantía hipotecaria de préstamos sujetos a la ley 2/1981 antes de la declaración concursal y, la otra, por encargo de la Compañía ahora en concurso, antes también de su declaración, al plantearse la venta de los terrenos, punto VII del orden del día del Acta de Reunión de su Consejo de Administración celebrada el día 23 de diciembre de 2003, y en la que todos los consejeros asistentes a la reunión llegaron a la conclusión de proceder a la venta de los terrenos al mejor precio posible y nunca inferior al de la tasación disponible.

2º.- De la forma de pago, pues la mayor parte del precio, 1.972.000 euros, se difiere mediante entrega de pagares a 2 y 3 años, además de que son asumidos por la vendedora la mayor parte de los gastos financieros. En este sentido es el informe de la administración concursal, en el apartado 1.1 Historia económica de Española del Zinc S.A., al folio 2, reseña que la venta se efectuó en unas muy desfavorables condiciones de cobro, generando una plusvalía contable de 2.680.000 euros que es provisionada en el mismo ejercicio por cuanto que los propios Consejeros de la Sociedad consideran que tal operación debería deshacerse”: Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

“A) Pese a haberse acreditado el hecho indicio, art. 385.1 LECiv, de la presunción del art. 71.3.2º LC, al admitir esta prueba en contrario, ha de examinarse igualmente la existencia de perjudicialidad para la masa activa del contrato de compraventa celebrado el 29 de marzo de 2004.

Según consta en el documento núm. 3 de la demanda, copia de la escritura de compraventa, el precio de venta ascendió a 210.354,24?. Frente a dicho precio, en fecha de 2 de febrero de 2004, es decir, menos de dos meses antes de la compraventa, la finca objeto del contrato fue tasada en la cantidad de 563.041,21?, según documento núm. 4 de la demanda, tasación realizada en fecha muy anterior a cualquier litigio, por un experto inmobiliario, y a instancia de un tercero, entidad bancaria, lo que dota de especial objetividad la tasación realizada. Es decir, la tasación supera en casi 2, 5 veces el precio pagado. La certeza de que el valor del inmueble vendido por la concursada era mucho mayor que el precio pagado por él, es que en la misma fecha de la compraventa, Eco Pelmar hipotecó dicha finca en garantía de un préstamo, por suma de 300.000?, es decir, más de un tercio superior al precio pagado.

Es por tanto palmario que la entidad concursada enajenó de su patrimonio su principal activo inmobiliario por un precio muy inferior de su valor real, menos de la mitad del mismo, lo que implica un perjuicio patrimonial directo y grave para la concursada, el cual ha tenido lugar precisamente dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en los términos previstos en el art. 71 LC.

B) Se alega por la parte demandada dos defensiones al respecto de la perjudicialidad. La primera afirma que a su vez la entidad concursada había adquirido en el año 2002 la finca también por un precio sensiblemente inferior a su valor de mercado. No puede prosperar esta alegación, ya que de una parte, la forma de adquisición por la concursada de la finca en el año 2002 no pertenece al objeto del litigio, y en segundo lugar, por que ello en ningún caso haría desaparecer la perjudicialidad para el patrimonio de la concursada, único elemento contemplado en la norma del art. 71 LC.

En segundo término, la demandada sostiene que el menor precio pagado se debe al estado del local, que debido a su deterioro precisó de una reforma por valor de 163.781?. Sobre tal alegación han de realizarse dos presiones. La primera es que sorprende que tanto el presupuesto inicial, como la mayor parte de las cantidades pagadas a cuenta por la obra son de fecha anterior a la compraventa, la cual es de fecha de 29 de marzo de 2004, mientras que el presupuesto es de fecha 14 de agosto de 2003, documento núm. 2 de la contestación, y la mayoría de las sumas entregadas a cuenta de la obra, son previas al día de la venta, según estado de cuentas emitido por Arco Integral SL, empresa de reformas, con fecha 29 de octubre de 2004. De ello se concluye que el local en cuestión ya estaba siendo reformado al momento de la venta. La segunda de las precisiones es que aún adicionando al precio de compra, 210.354?, la cantidad pagada para la reforma de la finca, 163.781?, se arroja una suma aún muy inferior al precio de tasación, unos 374.000? frente a 563.000?, es decir, un tercio menos. Debe pues rechazarse la alegación.”: SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

4. Compensación convencional (impropia). Venta de valores y aplicación de su importe a deuda vencida, en aplicación de cláusula contractual. Inexistencia de perjuicio para la masa al estar vencido el crédito.

“PRIMERO La administración concursal de la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA (Tracoinsa) solicitaba que se condenara a la mercantil Caja de Ahorros de Santander y Cantabria a reintegrar a la masa activa del concurso la suma de 299.601,85, intereses y costas, cantidad derivada de la venta entre el 5 y el 11 de octubre de 2004 de títulos valores titularidad de Tracoinsa por parte de la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria para aplicarlos a los descubiertos en las cuentas bancarias que la concursada tenía abiertas en la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria. Dicha pretensión la amparaba en el artículo 71 y siguientes de la Ley Concursal, en los que se regulan las acciones de reintegración.

SEGUNDO Las acciones de reintegración previstas en los mencionados preceptos de la Ley concursal vienen a sustituir el «viejo» sistema de retroacciones de las quiebras, sustitución que determina que deban ser rescindidos de modo individual aquellos actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, siempre y cuando se haya causado un perjuicio patrimonial a la masa y se puedan haber quebrado los principios de «par conditio creditorum». Conforme al párrafo sexto del mencionado artículo 71 establece que el ejercicio de las acciones rescisorias no impide que puedan plantearse otras acciones de impugnación frente a actos del deudor que procedan conforme a derecho.

TERCERO Sobre el anterior marco legal deben examinarse las pretensiones de las partes, pretensiones que deben partir de la determinación de unos hechos que deben considerarse probados a la vista de la documental aportada por la parte demandada:

1) El 5 de septiembre de 2002 la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria (Caja Cantabria) concede un crédito en cuenta corriente a la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA (Tracoinsa) por la suma de 1.200.000 €. El crédito vencía el 5 de septiembre de 2003.

2) El 7 de julio de 2003 se firma nueva póliza de crédito por la suma de 1.500.000 € en las mismas condiciones que la póliza anterior con vencimiento el 7 de julio de 2004.

3) El día 14 de julio de 2004 se firma nueva póliza de crédito por la suma de 1.200.000 €, con vencimiento el 14 de enero de 2005. Esta nueva póliza tiene la particularidad de que aunque se encabeza con la fecha 14 de julio el apunte bancario se produce el día 7 de octubre de 2004. Los extractos bancarios aportados por la demandada evidencian que la firma de esta última póliza cancelaba la anterior.

4) En todas y cada una de las pólizas examinadas aparecía en la cláusula 7ª, párrafo 2 que «la parte acreditada y los fiadores establecen a favor de la Caja el derecho de compensación de créditos y deudas en el sentido más amplio, a cuyo fin autorizan y ordenan de forma expresa e irrevocable a la referida Caja para que dicha Entidad pueda efectuar los cargos citados en el párrafo anterior, en cualquier otra cuenta o posición que exista en la Caja a favor del acreditado y de los fiadores. El derecho de compensación establecido comprende también la facultad de la Caja para vender los valores representados por títulos o anotaciones en cuenta, propiedad del acreditado o de los fiadores, que estén depositados en la Caja, y aplicar el importe de la venta a la cancelación total o parcial del crédito».

5) Tracoina en diciembre de 2002 y en marzo de 2004 adquirió títulos valores que quedaron depositados en las cuentas que tenía abiertas en Caja Cantabria y que fueron enajenados entre el 5 y el 11 de octubre de 2004 por la suma total de 299.601,85 €, no consta una autorización expresa de la hoy concursada, esas cantidades se aplicaron al descubierto existente en la cuenta en la que operaba el crédito, concretamente a la diferencia entre la póliza que vencía el 7 de julio de 2004, que arrojaba en la fecha de su vencimiento un saldo favorable a la Caja por la suma de 1.510.536,12 € y la póliza fechada el 14 de julio anotada en octubre de 2004 por un total de 1.200.000 €.

6) El 27 de octubre de 2005 se declara el concurso de la mercantil Tracoina.

CUARTO Sobre estos hechos pueden hacerse algunas consideraciones jurídicas de interés para resolver el conflicto:

1) Realmente no se puede hablar de un acto de disposición del concursado, sino de la aplicación automática de una cláusula suscrita en un contrato bancario.

2) Tampoco se puede hablar verdaderamente de una compensación, sino de un sistema de garantías previsto en la propia póliza, sistema de garantía que habilita a la Caja de un modo automático o, cuando menos, sin autorización expresa del firmante de la póliza, a realizar los títulos valores que el deudor pueda tener en el momento en el que venza la póliza para aplicar el precio obtenido por esa venta al pago total o parcial de la deuda. Una vez se han enajenado los títulos si operaría una compensación convencional.

3) Esa compensación pactada en la póliza debe ponerse en relación con el apartado 2 de la cláusula sexta de todas las pólizas, en la que se prevé la posibilidad de que el banco autorice incluso tácitamente descubiertos o cargos que excedan del crédito, excesos de crédito que tienen la consideración a todos los efectos de operaciones de crédito y, por lo tanto, reclamables ejecutivamente, tal y como expresa literalmente la póliza.

En este supuesto lo sucedido responde a la siguiente concatenación de hechos:

- Tracoina disponía hasta julio de 2004 de una póliza de crédito por un límite máximo de 1.500.000 €.

- Cuando vence esa póliza la cantidad dispuesta excedía incluso de ese 1.500.000 € inicialmente previsto y dispuesto.

- Tracoina y Caja Cantabria renegocian la póliza -renegociación que sin duda hay que localizar en el contexto de una empresa en crisis con una importantísima deuda financiera- y fruto de esa renegociación se firma una nueva póliza por un límite inferior, el límite de 1.200.000 €.

- Si se considera la fecha valor de la operación, 14 de julio de 2004, respecto de esa última póliza el límite se habría excedido en más de 300.000 €.

- Si se considera la fecha de apunte de la póliza -7 de octubre de 2004- desde el 7 de julio hasta el 7 de octubre existía una deuda vencida y exigible de más de 1.500.000 € a favor de Caja Cantabria, deuda que, cuando se renegocia la póliza, no cubre toda la deuda existente.

- En este contexto a principios de octubre de 2005 Caja Cantabria hace efectiva la cláusula séptima y realiza las garantías de las que dispone compensando, una vez se han vendido los títulos, los saldos acreedores y deudores que Tracoina tenía en la entidad financiera.

QUINTO El artículo 58 de la Ley Concursal, encabezado con el título de: Prohibición de compensación, recoge, sin embargo una norma no tan radical como la de su epígrafe en la medida en la que permita que produzcan sus efectos las compensaciones cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso, en otras palabras «cuando la situación objetiva de compensación se haya materializado con anterioridad» [Nuria Bermejo, Comentario de la Ley Concursal, Civitas, 2004, en la obra colectiva coordinada por los profesores Rojo y Beltrán].

En este caso la compensación se produce y opera con anterioridad a la declaración del concurso, concretamente las operaciones de venta de valores termina el 11 de octubre y hasta 16 días más tarde no se declara el concurso. La compensación se produce cuando o bien la póliza de crédito ya había vencido -la que tenía su vencimiento en julio de 2004- o, cuando

menos, cuando la nueva póliza antedatada no cubría la totalidad del descubierto existente en la cuenta dado que la renegociación de la póliza reducía la línea de crédito en 300.000 € al pasar de 1.500.000 € a 1.200.000 €.

El RDL 5/2005 de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, 14 de marzo de 2005, páginas 8832 y siguientes) abunda en esta tesis al normalizar las operaciones de compensación y permitir que se recoja en el concurso el saldo neto, una vez realizada la compensación en los términos contractualmente pactados.

En definitiva no hay un verdadero acto de disposición del concursado, sino la aplicación de una cláusula contractual en una póliza de crédito, no hay un verdadero perjuicio contra la masa en la medida en la que la Caja de Cantabria tenía un crédito a su favor que en el momento de la operación bajo sospecha estaba vencido y era exigible, cuestión distinta es que se hubiera anticipado el vencimiento de la póliza a fechas inmediatamente anteriores a la declaración de concurso o bien que se hubiera articulado la operación de compensación antes de que venciera la póliza, sólo de ese modo se podría considerar quebrada la par conditio creditorum y sólo de ese modo se podría rescindir la operación obligando a la Caja de Cantabria a devolver ese cobro anticipado.

Como los documentos obrantes en autos no permiten considerar que haya existido un vencimiento anticipado de la póliza ni permiten considerar acreditado que la compensación se realice antes del normal vencimiento de la póliza y dentro de los límites de ésta, debe rechazarse la demanda.”: Sentencia JM-3 Barcelona 28.09.2005 (AC 2006\270)

5. Procedencia de la rescisión aunque el activo sea suficiente

“Por otra parte la parte demandada ha cuestionado la procedencia del ejercicio de la acción rescisoria en el presente caso en el que según informe de la administración concursal, a su folio 58, la situación patrimonial real, una vez corregidos los valores contables por los valores de mercado, podemos resumirla en que el activo es superior al pasivo exigible por lo que en principio y de acuerdo con el posible valor de realización de sus bienes y derechos, estos seran suficientes para liquidar el pasivo exigible.

Pero ello no puede ser aceptado habida cuenta de que las acciones de reintegración concursal no tienen el carácter subsidiario propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1.111 y 1.291 y siguientes del Código Civil y, en consecuencia, el ejercicio de aquellas no se subordina a la circunstancia de que en el momento de la declaración el pasivo exigible fuera superior que el activo real.”: Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

Art. 71.2

1. Actos de disposición a título gratuito

“PRIMERO Al amparo de lo dispuesto en los arts. 71.2 primer inciso de la Ley Concursal, la Administración Concursal promueve acción de reintegración por Rescisión contra la concursada y Comercial Montabes Vaño, SA Ha quedado acreditado los siguientes hechos:

1º.- Que la Sociedad Lita Canarias, SA fue declarado en Concurso Voluntario por Auto de este Juzgado de fecha 3 de enero de 2005.

2º.- Por Junta General de Accionistas de 13 de noviembre de 2002 se acordó el aumento de capital de la concursada por importe de 2.404.048,4, expirando el plazo para éste el 7 de julio de 2003 (dentro de los dos años anteriores a la declaración del Concurso). Consta en autos que a principios de julio se realizaron dos transferencias bancarias a la cuenta cotitularidad de las demandadas Compañía Lita Canarias, SA y Comercial Montabes Vaño, SA, realizadas por Transportes, Maquinarias y Obras, SA (Tramo S.A) por importe de 547.330, (que por error material mecanográfico la demandante expresa en 547.350) y otra por Comercial Montabes Vaño, SA (Monva S.A) por importe de 541.000 (Documentos nº: 1 y 2 acompañados a la demanda). En la escritura otorgada con fecha 10 de octubre de 2003, realizada por el Notario D. José Villaescusa Sanz en Madrid con núm. de Protocolo 8.366, hay unido una certificación de B.S.C.H. en la que figura que en la cuenta abierta a nombre de la Sociedad Lita Canarias, SA se han recibido transferencias Bancarias por el importe total 1.442.430,57.

El 10 de julio de 2003, tal y como consta acreditado mediante la certificación expedida por el B.S.C.H. (Documento nº: 3 de la demanda) se realizaron dos transferencias de la cuenta conjunta Comercial Montabes Vaño, SA y Compañía Lita Canarias, hacia las entidades Monva, SA por importe de 541.000 y a Tramo, SA por importe de 547.330. Según se refleja en dicha certificación no consta copia del original de la orden de transferencia realizada hacia Tramo, SA, motivado según se dice por el incendio del Edificio Windsor, anexo a nuestra sucursal, no pudiendo localizarse dicho documento; aunque si se adjunta copia del original de la transferencia

de Monva, la cual fue firmada por D^a Elsa, tal y como reconoció en el interrogatorio realizado en calidad de representante de Comova.

Consta en autos el reconocimiento de deuda realizada el 16 de enero de 2004 por Comova a Lita Canarias, SA por importe de 1.237.585,69. Con fecha 4 de marzo de 2005 se presentó escrito en el Decanato y en este Juzgado el 8 de marzo de 2005 en el que Comova comunicó su crédito contra la concursada por importe de 1.688.366,2 desglosado en el crédito con origen en el contrato de reconocimiento de deuda por importe de 1.237.585,69 más un crédito con origen en servicios prestados por Comova durante el año 2004, por importe de 30.072,04 y un contrato de préstamo participativo suscrito entre Comova y Lita Canarias, SA por importe de 420.708,47.

Con fecha de entrada en el Decanato el 18 de marzo de 2005 y a raíz de la comunicación que la Administración Concursal hizo a la concursada de los hechos que acontecieron en el mes de julio de 2003, de los que se refiere ésta en su demanda, se presentó escrito por Comova con entrada en este Juzgado el 23 de marzo de los corrientes en el que comunicaba una rectificación del crédito al entender que los pagos referidos con anterioridad eran pagos a terceros con cargo a la deuda que Lita Canarias, SA tenía con Comova, cuyo original consta en los autos del concurso. Dicha rectificación bajaba el crédito a 600.036,20. La parte actora considera que nos hallamos en un acto a título gratuito -Liberalidad no de uso- la referida salida de dinero del Patrimonio de la concursada (ya fueran pagos a terceros con cargo a la deuda que Lita Canarias, SA tenía con Comova, o bien una transferencia de Lita a Comova, y de ésta a su vez a Monva, SA y a Tramo, SA, por las razones que expone en su demanda a lo que se oponen las partes codemandadas.

SEGUNDO El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, «cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso».

En cuanto a los efectos de la rescisión, el artículo 73 establece que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del actor impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».

La Ley presume iuris et de iure la existencia del perjuicio cuando se trata de actos a título gratuito (art. 71.2). Como los actos comprendidos en esta presunción no cuentan con una contrapartida equivalente, la propia estructura del acto hace innecesario el enjuiciamiento de si se ha producido daño, ya que el perjuicio es inherente al acto mismo. En el caso de actos a título gratuito, sólo se ha de probar que se han realizado esos concretos actos y que se han realizado, además en el período considerado por la Ley.

La presunción legal absoluta opera respecto de los actos a título gratuito. El concepto de acto a título gratuito es más amplio que el de la mera donación. Dentro de esta categoría quedan incluidos todos aquellos actos que den lugar a una disminución del patrimonio del deudor sin una contrapartida que justifique la salida del bien o del derecho.

TERCERO En el presente procedimiento la litis se centra en si los referidos pagos antes aludidos tiene el carácter de acto de disposición a título gratuito -Liberalidad no de uso- o no es posible dicha calificación. Se estima por este Juzgado que estamos ante la 1^a opción por las razones que se expresa a continuación:

1º.- Se alega por Comova, SA, y se corrobora por D^a Elsa en la vista oral que por razones que ella desconoce D. Rodolfo que en julio de 2003 ostentaba el cargo de Director Financiero de Comova, SA, no adoptó ninguna iniciativa para llevar a cabo la ampliación de capital hasta una vez iniciado el mes de julio de 2003 indicándole que no había tiempo a realizar una aportación no dineraria (por medio de la capitalización de una parte del crédito de Comova, SA frente a Lita Canarias S.A).

Sin embargo no consta la preceptiva certificación del Auditor de Cuentas que exige el art. 156 de la Ley de Sociedades Anónimas para poder realizar un aumento de capital por compensación de créditos, y no consta en la publicación de convocatoria de junta General en el Diario de Avisos de esta ciudad de 23 de octubre de 2002, la ampliación por compensación de créditos sino que se alude aportación dineraria en coherencia con la certificación de D. Rodolfo de fecha 7 de agosto de 2003 en el que se recoge el acuerdo adoptado por la Junta de 13 de noviembre de 2002 y que consta unido a la escritura de fecha de 10 de octubre de 2003 anteriormente referida.

2º.- En el reconocimiento de deuda de fecha 16 de enero de 2004, las entidades Lita Canarias, SA y Comova, SA, se reconocen mutuamente deudas, resultando acreedora Comova, SA por importe de 1.237.585,69 dado que Lita Canarias, SA reconoce haber contraído con Comova, SA, una deuda por un importe de 1.290.938,5 y Comova, SA reconoce haber contraído con Lita Canarias, SA una deuda de un total de 53.352,81, sin que aparezca la deuda de 1.088.330, (que por error material mecanográfico la demandante expresa en 1.088.350) que de haber sido un pago a terceros por cuenta de Comova, SA o una transferencia directa de Lita Canarias, SA a Comova, SA, debió aparecer en dicho documento. Por tanto ninguna de las dos entidades le dieron a la salida de dinero el carácter de pago de deuda sino el de disposición de título gratuito.

3º.- Con la solicitud de Concurso, Lita Canarias, SA presente a Comova, SA como acreedora por

importe 1.702.952,37, no compensando por tanto la referida cantidad de la deuda frente a Comova, SA, ni incluye dicha partida en su activo. Por su parte Comova, SA cuando comunica su crédito a este Juzgado frente a Lita Canarias, SA lo hace por importe de 1.688.366,20 procediendo según se dice 1.237.585,69 de la financiación prestada por Comova, SA entre los años 1998 y 2003 que dió lugar a la firma del contrato de reconocimiento de deuda antes citado, por lo que tampoco existe soporte contable que justifique lo alegado por la demandada Comova, SA sin que se estime suficiente la manifestación realizada por la representante de Comova, SA, D^a Elsa, de que el Sr. Rodolfo debía haber aclarado dicha situación y que no supo contabilizarlo, ni tampoco el Documento nº: 2 aportado por la demandada Comova, SA en el acto de Juicio Oral expedido en fecha 21 de octubre de 2005, ya que no consta cuando se hizo la rectificación contable, presumiéndose que la misma según se alegó que el Letrado de Comova, SA se debió hacer cuando se pidió la rectificación al Juzgado del importe del Crédito que ostentaba frente a Lita Canarias, SA por importe de 600.036,2 y que según Doña. Elsa, cree que se hizo en el 2004, aunque duda al respecto.

4º.- Por último decir que si hubiera sido un pago frente a terceros por cuenta de Comova, SA D^a Elsa no hubiera podido hacer las tranferencias en nombre de Lita Canarias, SA -que fueron firmadas por ella tal y como reconoció en el Juicio Verbal-, sin tener poder de la concursada, por lo que dicha salida de dinero fue de Lita Canarias, SA a Comova, SA y de ésta a Monva, SA y Tramo, SA.": S JM-1 Santa Cruz de Tenerife 25/10/2005 (AC 2006/1022)

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:

- 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Art. 71.3.1º

1. Personas especialmente relacionadas: sociedad apoderada general y administradora de hecho

“**TERCERO** Como se ha adelantado, el artículo 71.3 de la Ley Concursal facilita la prueba del perjuicio, en caso de transmisiones onerosas, mediante el establecimiento de una serie de presunciones «iuris tantum», entre las que se encuentra que el acto dispositivo se haya realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; lo que, a su vez, remite al artículo 93.2 de la propia Ley, en el que, siendo el concursado una persona jurídica, atribuye tal carácter, entre otros, a los administradores de hecho o de derecho y a los apoderados generales. A tal efecto, respecto de la relación entre «Pavosol, SL» y «Nanta, SA», este Juzgado tiene ya declarada en este mismo procedimiento, en sentencia de 8 de julio pasado, recaída en el incidente concursal promovido por «Nanta» sobre impugnación de la calificación de sus créditos como subordinados, la existencia de tal relación. Lo que, no sólo por coherencia en las resoluciones de un mismo tribunal sobre asuntos de igual naturaleza, sino también por mor de lo dispuesto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto resulte aplicable a una sentencia formalmente no firme, pero sí ejecutoria, ha de ser reiterado en esta resolución. Baste dejar constancia, a fin de no volver a repetir punto por punto lo argumentado en dicha sentencia de que en el contrato celebrado entre las partes el 31 de mayo de 2002, denominado de «prestación de servicios», se definían como obligaciones de «Nanta, SA» (estipulación quinta): «I) Desarrollar las actividades propias de la administración material del negocio desarrollado por Pavosol, proponiendo al órgano de administración las estrategias a seguir y los planes de negocio que mejor se avengan a cumplir las formalidades perseguidas y ejecutando las medidas consecuentes; II) Recaudar y cobrar todos los créditos y rentas que pertenezcan a Pavosol y pagar todas las deudas; III) Concertar las operaciones financieras que resulten procedentes de acuerdo con las estrategias y planes de negocio fijados; IV) Formalizar la disposición, enajenación o adquisición de los productos, materias primas o bienes en general que Pavosol pueda necesitar en el curso ordinario de sus negocios, de acuerdo con las directrices establecidas, en las condiciones más ventajosas y con las formalidades exigidas en Derecho; V) En general, intervenir en todas las operaciones que Pavosol pueda realizar con arreglo a la Ley en el curso de sus negocios; VI) Colaborar con Pavosol en la elaboración y verificación mensual de balances de situación de Pavosol, donde se reflejen la imagen fiel del patrimonio de la misma, así como las viabilidad económica y financiera de las actividades comerciales de Pavosol». Lo que hacía concluir a este tribunal que Nanta era más que un mero asesor externo de Pavosol, porque si podía administrar materialmente el negocio, proponer las estrategias y los planes de negocio, recaudar y cobrar créditos y pagar deudas, concertar operaciones financieras, disponer, enajenar o adquirir bienes e intervenir en todas las operaciones de Pavosol, es evidente que, como mínimo, coadministraba la sociedad. A lo que

debe sumarse que en el propio contrato se preveía, y así se cumplió, el otorgamiento de poderes generales a favor de personas designadas por «Nanta»; que se trataba de un poder general no ofrece duda alguna, dada la amplitud de las facultades a la que también se ha hecho ya mención al tratar el tema de la administración de hecho y que en la redacción del poder se concretan en facultades tan omnícompresivas como poder comprar y vender, aceptar o rechazar ofertas y contratos, realizar importaciones, solicitar, gestionar y explotar derechos de propiedad industrial e intelectual, concertar contratos de seguro y arrendamiento, poder intervenir en concursos y licitaciones públicas, representar a la sociedad ante cualquier organismo público o privado, etcétera. Sin que sea obstáculo para apreciar su generalidad el que fuera mancomunado, pues en estos casos la mancomunidad opera recíprocamente; es decir, no pueden actuar por sí solos los apoderados de Nanta, pero tampoco puede hacerlo el de Pavosol. Lo que no hace sino afirmar la situación de coadministración ya puesta de manifiesto.

CUARTO En su virtud, resulta de plena aplicación al caso la presunción de perjuicio contenida en el artículo 71.3.1º de la Ley Concursal ; si bien, como se trata de una presunción «iuris tantum», puede ser desvirtuada por la prueba en contrario que practique la parte afectada.”: Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)

2. Venta a sociedad del grupo

“El hecho básico del que parte la presunción de perjudicialidad del art. 71.3.1º LC es que el acto objeto de rescisión, compraventa de un inmueble en fecha de 29 de marzo de 2004, se realizó a favor de una persona especialmente relacionada con la concursada. Se integra este último concepto con el art. 93.2.3º LC, por cuanto se afirma que la concursada y Eco Pelmar SL forman grupo de sociedades. Del examen de los documentos núm. 6 a 11 de la demanda, información mercantil de ambas sociedades y copias de escrituras públicas de nombramientos y ceses de administradores y de compraventas de participaciones sociales, se ha de concluir que sí existe tal grupo de sociedades.

Por lo que respecta a la composición del órgano de administración, en la fecha del contrato de compraventa impugnado, 29 de marzo de 2004, en la entidad Eco Pelma SL ostentaban cargo de presidente Nieves, de secretario Miguel, como consejero delegado Penélope, y como consejero Serafín, nombrados en escritura de fecha 29 de julio de 2003. A su vez, en la fecha del contrato, en la entidad concursada, Instituto de Traumatología e Investigaciones Oculares SL, figuraban como consejeros delegados tanto la propia Nieves como Miguel, siendo presidente Serafín, y secretario Penélope. Es decir, salvo en un consejero, existe plena identidad subjetiva en el órgano de administración de ambas sociedades. Por cierto, dicha identidad se mantiene en la actualidad.

En cuanto a la composición del capital social, ha de señalarse que Nieves, Miguel, Serafín y Penélope poseen, entre ellos, el 100% del capital social de Eco Pelmar SL. En cuanto a dicho reparto en la entidad concursada, ha de señalarse que el capital social está dividido en 162 participaciones, de las que 62 están repartidas entre 7 socios diferentes, con un máximo de 10 por cada uno, y las 100 restantes entre Nieves, Miguel, Serafín y Penélope, a razón de 25 por cada uno. Por tanto, más del 61% del capital social de la concursada se encuentra en manos de los cuatro únicos socios de Eco Pelmar SL.

En conclusión, ha de predicarse la existencia de grupo de sociedades, utilizando a tal fin los criterios legales fijados tanto en el art. 42 Cco, como en art. 4.1 LMV y 87 TRLSA, sustancialmente coincidentes en que la base para la existencia de tal grupo de sociedades sea la presencia de una unidad de decisión, revelada por la disposición de la mayoría de los derechos de voto, como es el caso, y la dirección única, por la composición del órgano de administración social.”: SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

- 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

Art. 71.3.2º

1. Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas

1. 1 Constitución de hipoteca en garantía de deuda preexistente. El hecho de que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del demandado no es suficiente para desvirtuar la presunción

“La constitución de hipoteca, apenas dos meses antes de la declaración del concurso, en garantía de una deuda preexistente de la concursada con Don Tomás, constituye un acto que debe presumirse perjudicial para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3º, apartado segundo; y, si bien la presunción admite prueba en contrario, la demandada no ha logrado acreditar que con ello se beneficiara a la masa. La hipoteca sujeta el bien o derecho afecto al pago del crédito hipotecario (artículo 155 de la LC) y el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada (artículos 55 y 56), con la consiguiente merma para la masa. El hecho de que la hipoteca facilitara nuevos suministros por parte del demandado no es suficiente para desvirtuar la presunción, dada la situación de insolvencia en la que se encontraba el deudor y la inminencia del concurso -en la lista de acreedores Don Tomás figura con un crédito de tan solo nueve mil euros-. Pues bien, la consignación en pago de 38.773,13 euros para liberar las fincas hipotecadas (documento cuatro de la demanda), el mismo día en que éstas se venden a un tercero, no puede desvincularse de la constitución de hipoteca; antes al contrario, el pago vino motivado o forzado, precisamente, por la existencia de la garantía hipotecaria. Por tanto no nos hallamos ante un pago corriente realizado en el ejercicio de la actividad ordinaria del deudor, sino ante un acto rescindible directamente relacionado con la previa constitución de una hipoteca para garantizar una obligación preexistente. En definitiva uno -el pago- y otra -la hipoteca- debe ser rescindidos, dada la evidente alteración del principio de la paridad o la par conditio creditorum en perjuicio del resto de acreedores. Por todo ello debe estimarse la demanda, condenando a Don Tomás a que restituya a la masa la cantidad percibida con ocasión del acto impugnado -38.773,13 euros-, sin contraprestación alguna con cargo a la masa. Ello no obstante, atendida la buena fe del demandado, pasará a figura en la lista de créditos por dicho importe como acreedor ordinario.”: Sentencia JM-2 Barcelona 25.02.2005 (AC 2005/535)

1.2. La fiducia cum creditore es equiparable a una garantía real a los efectos de esta presunción. Caso de lease-back

“**QUINTO** Es más, el hecho de que se entreguen bienes como pago aparente de una deuda, pero al mismo tiempo se arrienden al propio cedente, por un tiempo largo y una renta no demasiado elevada, y se pacte una opción de compra, apromixa mucho el acto jurídico celebrado bajo la apariencia de una dación en pago a un negocio fiduciario («fiducia cum creditore»). Por cuanto parece que lo que se pretende no es tanto la adquisición de unos inmuebles por «Nanta», actividad que no se adecua a su objeto social ni a su ramo de actividad, máxime si no va a poder disponer de ellos durante un largo período de tiempo, como el garantizar su crédito mediante la transferencia formal de la propiedad (titularidad fiduciaria), reteniendo el transmitente la «propiedad material» (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1998 [RJ 1998\ 5413], 26 de julio de 2004 [RJ 2004\ 6633] y 17 de febrero de 2005 [RJ 2005\ 1413]). En cuyo caso, existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia al considerar que los negocios fiduciarios que cumplen esta finalidad (los llamados «cum creditore») son equiparables a aquellos negocios que tienen la misma virtualidad que la constitución de una garantía real, dado que su eficacia práctica es la misma: asegurar el pago de un crédito con un bien inmueble. Y siendo así, la operación sometida a revisión por la acción de reintegración no sólo sería rescindible por la vía ya tratada del artículo 71.3.1º, sino también por la del 71.3.2º («La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas»), en el entendimiento de que el concepto de garantía real a que se refiere el precepto no se corresponde con un elenco tasado, ni es equivalente a los supuestos en los que se reconoce la condición de crédito privilegiado (artículo 90), sino que incluye no sólo los derechos reales de garantía, sin también cualesquiera operaciones con una finalidad de garantía real, entre las que evidentemente se encuentran los negocios fiduciarios.

La propia «Nanta, SA» reconoce implícitamente el carácter fiduciario de la operación al calificarla en su contestación a la demanda como «lease-back» (hecho cuarto, parágrafo ii), pues no hay duda que el «lease-back» o leasing de retorno es un negocio fiduciario, en cuanto que instrumento de financiación y garantía que posibilita al empresario obtener liquidez de forma inmediata, mediante el abandono provisional de la propiedad de un inmueble o bien de equipo. Precisamente, la doctrina ha advertido del riesgo de este tipo de operaciones, por cuanto pueden ser instrumentos para eludir la prohibición de pacto comisorio que proclama el artículo 1.859 del Código Civil, pues el «lease-back» es una operación susceptible de encubrir un préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía, incluso de un crédito anterior concedido por un banco o entidad financiera del mismo grupo que la sociedad arrendadora, con lo que podría

utilizarse para frustrar las expectativas de los terceros acreedores y alterar la par conditio creditorum, especialmente en previsión de futuras situaciones concursales -que es lo que ha sucedido en este caso- (estos problemas quedan esbozados, aunque no resueltos, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995 [RJ 1995\ 2422], y se estudia con más detenimiento la figura del «lease-back» y su carácter fiduciario en las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 22 de junio y 17 de julio de 2001 [RJ 2001\ 6860] y 11 de febrero de 2005 [RJ 2005\ 1666]).“: **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

1.3. Rescisión de prenda sin desplazamiento inicialmente en documento privado no inscrito -para evitar gastos- que se eleva a público inscribe dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso

“HECHOS PROBADOS

1.- El veinticuatro de mayo de dos mil dos BANCO URQUIJO S.A. concedió a ENERGIA VIVA S.A. (ENERVISA) un crédito en cuenta corriente hasta un límite de diez millones quinientos mil euros, en póliza número 89/2006/202 intervenida por el Notario de Vitoria D. Luis Pérez Lazarraga.

2.- El mismo día firmaron las partes un contrato privado en el que se constituía a favor de BANCO URQUIJO S.A. por ENERVISA una prenda sin desplazamiento de la posesión, sobre cabezas de ganado de su propiedad, que no fue formalizado en escritura pública ni se inscribe en el Registro de Bienes Muebles, y que garantiza once millones quinientos cincuenta mil euros, saldo deudor máximo de la cuenta que se garantiza, y dos millones de euros que se presupuestan para costas y gastos.

3.- El día veinticuatro de mayo de dos mil cuatro se otorgó escritura pública ante el notario de Bilbao D. Carlos Ramos Villanueva, en el que se elevaba a tal el documento privado antes mencionado, se extendía la garantía pignoratícia a cualquier otra cantidad que por cualquier concepto se adeudara a BANCO URQUIJO S.A., y participaban en tal operación otras empresas del grupo acreditado, CAMPO NOBLE S.A., COMPLEJO CARNICO PICOS DE EUROPA S.A. y GRUPO CAMPONOBLE S.L., aunque tampoco se inscribió en el Registro de Bienes Muebles.

4.- Como la razón de que no se inscribiera la garantía pignoratícia fue la falta de abono del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que correspondía atender a ENERVISA y las demás empresas del grupo, el doce de julio de dos mil cuatro se otorgó nueva escritura pública en la que se anulaba y resolvía la escritura de veinticuatro de mayo, sustituyéndose por nueva póliza de crédito nº 124-2006-2004 en la que se recogía expresamente la prenda sin remisión a otros documentos respecto a 6.250 vacas diferentes de las recogidas en el contrato privado de dos mil dos, que garantizaban once millones quinientos mil euros de principal, tres millones cuatrocientos sesenta y cinco mil de intereses y otros dos millones para costas y gastos, inscribiéndose el veintitrés de julio de dos mil cuatro en el Registro de Bienes Muebles de León.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (...) SEGUNDO.- Los requisitos para constituir el derecho real de garantía.- Esgrimiendo el art. 71.1 de la LC la administración concursal, que en su informe calificó el crédito del Banco Urquijo S.A. como privilegiado, pretende que se rescinda la póliza de doce de julio de dos mil cuatro suscrita entre aquél y algunas de las empresas concursadas, por considerar que la constitución de la garantía pignoratícia no se produjo en mayo de dos mil dos, de manera que aunque no haya habido fraude de acreedores, se ha constituido una garantía en perjuicio del resto de aquellos dentro del periodo al que se refiere el mencionado precepto, es decir, en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Opina por el contrario la entidad crediticia que la prenda estaba ya constituida en mayo de dos mil dos, y en cuanto el concurso se declaró en septiembre de dos mil cuatro, no puede ser rescindida y su crédito debe mantenerse como indicaba la administración concursal en su informe.

Tiene razón el banco cuando indica que el art. 1.865, del Código Civil (CCv) al regular la prenda no exige forma especial, máxime si lo relacionamos con el art. 1.280 que dispone cuando los contratos deben constar en escritura pública, omisión que ni siquiera afecta a su validez si reúnen las condiciones esenciales para su validez.

Pero hay que destacar que sin embargo el art. 1.865 establece que no surte efecto la prenda frente a tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha, y en un procedimiento concursal el resto de acreedores tienen tal cualidad respecto a quienes constituyeron la garantía. Hay que añadir, que el art. 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1.954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión (LHMPSDP), dice que la prenda sin desplazamiento se constituirá en escritura pública o póliza intervenida, y que habrá de inscribirse en el Registro de Prenda sin

desplazamiento para que los efectos de la ley aparezcan. Más tarde el art. 57 de la misma ley dispone el contenido de la escritura o póliza.

Como nos hallamos en ese caso será bueno recordar que la jurisprudencia ha indicado en relación a la prenda sin desplazamiento de la posesión que es "requisito básico y fundamental en coherencia con el carácter constitutivo de la prenda mobiliaria - exigencia claramente establecida por el art. 3 de su Ley específica de 16-12-1954-, la inscripción en el Registro de su escritura constitutiva, es evidente, pues, que no es posible entender en esa fecha, la preferencia emanada de lo dispuesto en el art. 1922 párr. 2.º del CC, porque -se repite- entonces, no existía tal crédito pignoraticio al no haberse producido el nacimiento de la prenda en cuestión" (STS 3 de febrero 1993, RJ 1993/800).

Esas previsiones legales y doctrina legal lo que suponen, pese a los argumentos del demandado, es que las partes podían compelerse recíprocamente a otorgar la escritura correspondiente, pero que la prenda no estaba válidamente constituida, no "había nacido" como dice el Tribunal Supremo, porque aunque fuera por conveniencia de la entidad hoy concursada, que no quería o podía abonar las obligaciones fiscales precedentes, conveniencia que toleró el acreedor, no se había constituido con la solemnidad exigida legalmente la garantía.

No puede discutirse la existencia del crédito, que nadie ha puesto en cuestión. Lo que es discutible es que pueda ser más que ordinario, al faltar la forma contractual que exigía la LHMPSPD, pues en casos semejantes se ha discutido el carácter privilegiado del crédito (SAP Córdoba 21 de diciembre 1.994, RF AC 1994/2222).

TERCERO.- Procedencia de la rescisión

Desde tal perspectiva debe analizarse la pretensión de la administración concursal. En dos mil dos tan solo ENERVISA se beneficia del crédito y recoge en un documento privado la constitución de una prenda sobre un importante número de reses de su propiedad, documento que ni es elevado a escritura pública ni intervenido por fedatario público ni inscrito en el Registro de la Propiedad Mobiliaria.

Sin embargo dos años después varias empresas del grupo, y no sólo ENERVISA, elevan a escritura pública tal previsión, dejan luego sin efecto aquella y otorgan una nueva póliza de crédito en la que se incorpora la previsión de garantía pignoratícia sobre unas vacas distintas, ya que los crotales son diferentes, por unas cantidades diversas, en tanto que el primer contrato de crédito es por diez millones y medio de euros y el que ahora se pretende rescindir es de once millones y medio.

Ello permite aplicar la previsión del art. 71.3.2º de la Ley Concursal, pues se han constituido garantías reales a favor de obligaciones preexistentes, o nuevas contraídas en sustitución de aquellas. El perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario (art. 71.3), puesto que lo que ha sucedido es que pocos meses antes de la declaración de concurso, cuando una de las empresas del grupo entra en suspensión de pagos, el Banco Urquijo S.A. logra situarse en una situación ventajosa respecto del resto de acreedores de ENERVISA.

Lo consigue puesto que hasta el año dos mil cuatro no tenía una garantía de prenda sin desplazamiento constituida conforme a la ley, y a partir de entonces sí. Logra además ampliar el objeto de garantía, por un lado porque el crédito que se cubre como principal pasa de diez millones y medio de euros a once millones y medio, y por otro porque aunque inicialmente se limitaba a dicho crédito ahora se extienden a cualquier otra que se adeude a la mencionada entidad bancaria. Y por último, porque extiende la responsabilidad personal que en principio se refería exclusivamente a ENERVISA a otras empresas del grupo.

Es decir, se ha otorgado una garantía real a un crédito existente con anterioridad a la concesión de la garantía, pues aunque ciertamente el banco podía compeler a ENERVISA a elevar a público el contrato en que se constituye la prenda, no lo hizo, cualquiera fuera la razón y aunque fuese por conveniencia de la hoy concursada. Lo que se ha conseguido, a partir de julio de dos mil cuatro, es cambiar la naturaleza del crédito de la entidad bancaria, que ha pasado de ser exclusivamente ordinario a ser privilegiado, en evidente perjuicio del resto de los acreedores.

Por otro lado no ha habido prueba en contrario de que no haya perjuicio de acreedores. Sin duda no es necesario demostrar fraude, pues en tal sentido la nueva Ley Concursal ha moderado y racionalizado las previsiones de la normativa anterior. Pero sí ha existido perjuicio y las pruebas presentadas por el Banco no desvirtúan tal presunción, pues se sostienen exclusivamente en que convino a la acreditada que no se constituyera la garantía, conveniencia que seguro fue cierta, pero fue admitida y consentida por la hoy demandada, que pudo exigir que se cumplieran las previsiones de la LHMPSPD, solicitando la elevación a pública de la póliza o su intervención por fedatario, y no lo hizo.

Ha sucedido, en consecuencia, lo que el legislador previene el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, que un acreedor obtiene, dentro del periodo sospechoso, una

garantía añadida sobre una deuda aparentemente nueva, pero que en realidad es anterior, mejorando de forma obvia su condición y posición frente a los demás acreedores de la concursada.

Todas esas razones justifican la procedencia de lo reclamado por la administración concursal y, en consecuencia, la rescisión de la garantía y la modificación de la calificación del crédito del BANCO URQUIJO S.A. “: Sentencia JM-1 Bilbao 9.09.2005 (Incidente Concursal 63/2005)

1.4 Cancelación, con financiación hipotecaria, de créditos de terceros. Aplicabilidad de la presunción.

“8. Del documento numero 3 aportado con la contestación a la demanda de Caixa de Cataluña y del interrogatorio de la administración concursal resulta acreditado que el día 28 de noviembre de 2003 el Grupo Friguls, representado en este punto por su sociedad principal Jose Friguls Clariana SA, tenía que Caixa de Cataluña tres operaciones por las que se le había concedido un crédito total de 970.380 euros.

9. En esa fecha se concluyen cuatro operaciones: a) un préstamo por importe de 1.200.000 euros a favor de José Friguls Clariana SA; b) se abre una línea de crédito para operaciones de comercio exterior por un importe máximo de 950.000 euros; c) se abre otros dos líneas de créditos, también con garantía hipotecaria, de 300.000 euros cada una de ellas. El total del crédito concedido en ese momento fue de 2.750.000 euros con garantía hipotecara.

10. De la declaración del testigo D. Enric Faure, se desprende que el importe de 1.200.000 euros del préstamo y el importe de 300.000 euros de una de las línea de crédito se destinó a pagar proveedores, cuyas deudas estaban vencidas en el momento en que se suscriben los contrato (minutos 34-36). El dinero obtenido mediante esas dos operaciones, una de préstamo y otra de crédito, por importe total de 1.500.000 euros fue pagar las deudas vencidas con los proveedores. La Caixa de Cataluña puso precisamente como condición para conceder estos prestamos que el Sr. Fauré comprobara los pagos, por lo tanto tenía pleno conocimiento del destinos del dinero prestado.

11. En este caso, por una parte, y hasta el importe de 970.380 euros, importe del crédito concedido por Caixa de Cataluña al grupo concursado en el momento en que se otorgan las garantía, lo que hace la Caixa de Cataluña, es sustituir una pólizas que carecía de garantía hipotecaria por otras que sí se preveía esa garantía.

12. Por otra parte, 1.500.000 euros se destinan a pagar obligaciones preexistentes, deudas que son sustituidas por el préstamo de 1.200.000 euros y la línea de creadito hasta 300.000 euros ambas con garantía hipotecaria, de esta forma lo que se hace es sustituir unas deudas vencidas a favor de proveedores, que no tenía garantía hipotecaria, por otras deudas que si lo tienen, lo que supone un perjuicio objetivo para la masa activa del concurso. El art. 71 LC ya citado permite presumir el perjuicio patrimonial para la masa activa cuando las garantías reales se constituyen para garantizar obligaciones que vengan a sustituir deudas preexistentes. En este caso, tal y como reconoció el testigo de Caixa de Cataluña es indudable que ese fue el destino del 1.500.000 euros prestados, pagar obligaciones de proveedores, pero esas deudas resulta sustituidas por la operaciones de créditos con garantía, hipotecaria, por lo que hay que presumir que esa constitución es perjuicio para

el concurso. El citado art. 71 LC no requiere para que la operación sea rescindible que las obligaciones correspondan al mismo acreedor, por lo que es posible aplicar este precepto a aquellos casos en los que se está financiando deuda vencida, lo que hace que debe de ser la entidad de crédito la que pruebe que esa operación era beneficiosa para la sociedad en ese momento, es decir, que la sociedad era viable refinanciando de esa forma la deuda. Hay que señalar que el perjuicio al que se refiere al ley concursal es un perjuicio objetivo para la masa activa, que no requiere que el nuevo acreedor sea consciente del mismo, tal y como dice el precepto, sin necesidad de que conste intención fraudulenta.

13. En este caso, si sumamos la cantidad correspondiente al crédito de la propia Caixa de Cataluña, 970.380 euros, al 1.500.000 euros correspondiente a las deudas vencidas de proveedores, veremos que la diferencia con los 2.750.00 euros del total de las operaciones garantizadas es de 279.620 euros. Esta última cantidad es la que teóricamente no correspondía a deudas preexistentes, pero esa suma resulta insignificante en relación con el total de la garantía concedida para justificar la operación.”: Sentencia JM-4 Barcelona 18.12.2006 (Incidente Concursal 111/2006)

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los dos supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Art. 71.5

“CUARTO.- Resta por determinar si la operación [*compraventa de inmueble*] puede incardinarse entre los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, actos que están legalmente excluidos de la rescisión concursal (art. 71.5 L.C.), lo que merece una respuesta negativa atendiendo al propio objeto social de la concursada según su escritura de constitución y su posterior modificación de fecha 15 de agosto de 2003, cuestión en la que no se estima preciso ahondar más dado el concienzudo análisis que hace al respecto la administración concursal en su escrito de demanda.

Por todo lo cual ha de concluirse que, tratándose de una operación extraordinaria y acreditándose por la administración concursal el discutido perjuicio para la masa activa, por cuanto que la renta conllevo una disminución del patrimonio realizable de la deudora común, que procede en consecuencia, su rescisión.”: Sentencia JM-1 Murcia 12.07.2005 (Incidente Concursal 127/2005)

“Tercero. Karmann ha alegado que el acuerdo que se pretende rescindir es acto ordinario de la actividad empresarial del deudor realizados en condiciones normales, por cuanto se excluye de la especial rescindibilidad en art. 71.5 LECO.

Desde luego que en una exégesis amplia de esta proposición legal, salvo operaciones del todo ajenas al negocio, el objeto de acciones de reintegración sería ínfimo, y de suyo, entraría en la petición de principio que arropa la misma fundamentación de la contestación de Karmann, puesto una operación «en condiciones normales» del giro de una empresa no debiera ser perjudicial para el patrimonio del titular de ésta.

Lo que el art. 71.5 LECO establece no es que los actos ordinarios en condiciones normales no puedan sea perjudiciales, sino que los actos ordinarios en condiciones normales no pueden ser objeto de rescisión concursal --podrán invalidarse, revocarse, resolverse o rescindirse por las causas legales fuera de LECO--, y por ello, no pueden ser más que los conformadores la actividad cotidiana necesaria de puesta bienes y servicios en el mercado de la empresa insolvente, y no los otros muchos, pero no habituales e indispensables, que deben desenvolverse alrededor de dicha actividad.

Efectivamente, Matrinor fabrica troqueles, por lo que puede suministrarlos, montarlos, repararlos, ponerlos a punto, lo mismo que entregarlos a un cliente, y ello es su giro normal en el plano material productivo, del mismo modo que habitual de su giro es en el plano jurídico contratar los pedidos del caso con Karmann, y hacer modificaciones objetivas en cuanto plazos o precios, pero lo habitual es acabar el troquel, salvo que se ejerza una resolución de contrato. No puede concebirse un acto ordinario de su actividad industrial el acuerdo por el que se produce una novación de lo contratado y algo ajeno a la práctica de Matrinor, en tanto que se liquidan parcial y anticipadamente unos importantes pedidos, se desposee la ejecutante de los troqueles, y se prevé un acabado en la sede del cliente, en Alemania. Y Mucho menos puede concebirse un acuerdo tal que se produce el día anterior a que se solicite por Matrinor la declaración del concurso en los Juzgados de Bilbao, la cual evidentemente se ha tenido que preparar y documentar en paralelo a la confección del acuerdo de 31 de enero de 2006, el cual se ejecuta exactamente en el periodo que va desde tal solicitud y que este Juzgado notifique la declaración del concurso, esto es, en condiciones del todo anormales, cuando la administración social sabía que sus facultades, por lo menos, estaban en trance de quedar intervenidas.

Nada de ordinario tienen la operación que se solicita rescindir, ni en lo productivo, ni en lo jurídico, lo cual, se repite, para nada se debe analizar como nula o siquiera defectuosa, sino rescindible por lesión patrimonial. ”: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el Juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente.

Art. 71.6

1. Nulidad por simulación absoluta de contrato para dar cobertura a desplazamientos patrimoniales injustificados

“PRIMERO.-A través de la demanda interpuesta la Administración Concursal de B. solicita la nulidad de los actos dispositivo que por importe de 371.001,71 euros se han efectuado en favor de la codemandada y E..En realidad se vienen a acumular dos tipos de acciones, la de nulidad de un lado y las acciones rescisorias concursales de otro. De acuerdo con la que establece el apartado sexto del artículo 71 de la Ley Concursal el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho. Para seguir un orden lógico será precisa hacer referencia en primer lugar a la nulidad, en cuanto la acción de nulidad parte de una apariencia contractual que, ante la carencia de cualquiera de los requisitos exigibles para su existencia y validez, necesita su declaración judicial con ineficacia "ex tunc o "ab initio" Por el contrario la acción rescisoria presupone un título inicialmente válido que en el ámbito concursal reviste caracteres especiales en cuanto no se requiere intención fraudulenta, y así lo establece el apartado primero del artículo 71 de la L.C

SEGUNDO.-Al margen de que en todo caso los actos realizados puedan considerarse perjudiciales para la masa es de observar que la Administración Concursal parte de la falta de justificación de los actos dispositivo efectuados en favor de E.. Por la concursada se mantiene que existía una relación entre ambas sociedades, B. y E, que se recoge en el contrato suscrito el 10 de febrero de 2003, aportado como documento nº 1 de la contestación. Será necesario por lo tanto examinar los actos dispositivo y el citado contrato para determinar si verdaderamente sustenta una relación real entre ambas sociedades o se trata de una mera ficción para dar cobertura dichos actos. (...)

CUARTO.-En la doctrina se ha puesto de manifiesto que en muchos casos no es preciso acudir al redimen previsto para las acciones rescisorias en la Ley Concursal "porque lo que la realidad demuestra es que cuando un deudor deshonesto está próximo a la insolvencia no se dedica a donar sus bienes a a venderlos a un precio menor que el de mercado sin un designio especial, sino que lo que suele hacer es simular ventas o vender bienes con la finalidad de defraudar a sus acreedores". En tales casos lo que el interés de la masa activa precisa es la declaración de simulación del negocio (ALCOVER GARAU, DERECHO CONCURSAL Dir Gª Villaverde -Alonso Ureba -Pulgar Ezquerro).En el mismo sentido GIL RODRÍGUEZ (Comentarios a la Ley Concursal Dir Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) señala que "lo mas corriente entre personas poco escrupulosas con las expectativas de sus acreedores, no será el contagio de una insólita fiebre de donar sino que, lógicamente abundarán las transacciones económicas perfectamente huecas cuya sola finalidad reside en guarecer aquellos bienes de la agresión legítima de los acreedores insatisfechos". Frente a estos comportamientos ir la reacción adecuada ha de encontrarse en la acción de nulidad absoluta, necesitada de la correspondiente prueba destructora de la apariencia, pero retribuida con la reposición de los elementos patrimoniales pertenecientes al deudor. Por lo demás, no hace falta advertir que la administración concursal podrá ejercitar ambas pretensiones en la misma demanda."

Como vemos la falta de justificación de las disposiciones efectuadas en favor de E., utilizando como cobertura un contrato de prestación de servicios tiene su adecuado tratamiento en sede de nulidad absoluta, nulidad por otra parte apreciable de oficio. Como señala el Tribunal Supremo (entre otras en su sentencia de 27 de octubre de 1998) la función que nuestro Derecho atribuye a la causa consiste en la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales, función que desde el punto de vista subjetivo se traduce en la finalidad que se pretende conseguir como resultado individual o social, en vista del cual se espera el amparo jurídico, de lo que se deduce que cuando el negocio que se pretende tutelado por el ordenamiento es irreal y solo trata de encubrir un fin ilícito o malicioso, surge la inexistencia del contrato por falta de causa, ya que este es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo vínculo negocial, como dispone el artículo 1261 del Código civil, y su falta determina, conforme al artículo 1275 del mismo Cuerpo Legal la invalidez y carencia de efectos del negocio. En análogo sentido la STS de 21 de octubre de 1998 establece que la simulación absoluta puede revelarse por pruebas indiciarias que lleven al Juzgador a la apreciación de la realidad de una mera apariencia engañosa, carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge, concretando que una de las formas utilizadas en la simulación absoluta es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la inminente ejecución de los acreedores; siendo copiosa la doctrina que establece que ante las dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, por el

natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de. la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de presunciones (SSTS de 26 de noviembre de 1993, 25 de mayo de 1.995, 24, de noviembre de 1998 y 31 de diciembre de 1998)

En el caso que nos ocupa hemos comprobado que nos encontramos ante desplazamientos patrimoniales sin causa efectuados entre sociedades relacionadas entre si y ello en virtud de los distintos apartados que se han tratado ampliamente referidos a la contabilidad, a la ausencia de soportes contables, a la falta de rastro alguno de tan voluminosa y cuantiosa actividad, al examen del contrato que pretende dar cobertura a los desplazamientos, a la relación personal y subyacente a las sociedades y al control de las mismas, entre otros aspectos. De todo ello se ha

de concluir en la nulidad pretendida de los actos dispositivos y la consiguiente reintegración a la masa de la cantidad de 371.001,71 euros.”: Sentencia JM-3 Madrid 28.04.2005 (Sentencia 111/2005)

Artículo 72. Legitimación y procedimiento.

1. La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54.

Art. 72.1

1. Legitimación de la AC pese a no mencionar el inventario la acción de reintegración ejercutada

“PRIMERO.- El primer motivo del recurso, falta de legitimación de la administración concursal, no puede ser acogido. La administración concursal está perfectamente legitimada para actuar como lo hizo conforme a lo establecido el apartado primero del artículo 72 de la Ley concursal que atribuye a aquella la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación, pudiendo hacerlo bajo las condiciones que establece el citado artículo y por tanto, en determinados supuestos asimismo los acreedores. No cabe confundir supuestos señalando que al no mencionar en el inventario la posibilidad de iniciar una acción de reintegración falta la legitimidad ya que son cuestiones diferentes, no siendo tampoco de aplicación el artículo 97 de la citada Ley que no afecta a la administración sino a quien no impugnase en tiempo y forma el inventario. Tampoco lo dispuesto en el artículo 82.4 significa un impedimento de legitimación para el ejercicio de la acción. Las indicadas razones justamente con las expuestas en la sentencia recurrida que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones lleva, como se dijo, a no poder acoger esta primera alegación.”: SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096)

2. Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.

3. Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal.

Artículo 73. Efectos de la rescisión.

1. La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

Art. 73.1

1. La rescisión opera ex nunc, no ex tunc

SÉPTIMO Respecto a la pretensión de que se condene a «Nanta, SA» a devolver a «Pavosol, SL» el importe de las rentas abonadas a virtud de los contratos de arrendamiento celebrados, parece sobreentenderse en la demanda que dichos contratos serían ineficaces como consecuencia de la ineficacia previa del contrato de dación en pago, de donde provendría la obligación de devolver las rentas (hecho octavo y último párrafo del fundamento de derecho cuarto). Si ambos contratos, el de dación en pago y los de arrendamiento inmediatamente posteriores, fueran autónomos e independientes entre sí, habría que plantearse que el artículo 73 de la Ley Concursal, al tratar los efectos de la rescisión, no establece el momento a partir del cual se producen tales efectos. Es decir, no resuelve expresamente si la sentencia que declara la rescisión tiene efectos «ex tunc», en cuyo caso si la dación en pago fue ineficaz, también debió serlo el contrato de arrendamiento, pues «Nanta» no podía arrendar lo que no había adquirido; o por el contrario, sólo se producen efectos «ex nunc», en cuyo supuesto la rescisión sólo opera

desde esta sentencia y los actos realizados mientras tanto son válidos, entre ellos el arrendamiento. Como el citado precepto no aclara esta cuestión, tendríamos que remitirnos a la teoría general sobre la rescisión de los contratos, y en particular a la interpretación del artículo 1.295 del Código Civil, respecto del cual la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen que la rescisión únicamente opera «ex nunc», porque la rescisión actúa sobre un contrato válidamente celebrado, y dado su carácter excepcional y extraordinario, ha de limitarse a lo preciso para satisfacer los derechos del perjudicado (en este caso, de la masa); por ello, la jurisprudencia tiene establecido que, al no perder el negocio rescindido su condición de válido, no conlleva la ineficacia de los negocios que de él derivan (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1904, 13 de abril de 1943 y 14 de junio de 1958, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1945). Además, en la actual regulación concursal, el que la declaración de ineficacia no tenga efectos «ex tunc» se deduce de la imposibilidad de extensión de los efectos de la rescisión a los subadquirentes onerosos de buena fe o que gocen de irrevindicabilidad o de protección registral (artículo 73.2 de la Ley Concursal). Como consecuencia de ello, las rentas no serían reintegrables automáticamente, al no ser un efecto propio de la rescisión, y se abonaron cuando el contrato estaba todavía válidamente celebrado.

OCTAVO Sin embargo, como ha quedado expuesto en fundamentos anteriores, no se trata de negocios o contratos autónomos, sino de dos fases de una misma operación: primero dación en pago y después arrendamiento de los mismos bienes (llámesele negocio fiduciario de dación en pago y arrendamiento o «lease-back»). Y desde esta perspectiva, lo que procede no es la rescisión y consiguiente ineficacia de la primera fase (la dación en pago) y el mantenimiento de la segunda (los arrendamientos), pues ello sería plenamente incongruente con el sentido y finalidad de lo pactado y acontecido; sino la rescisión de la operación completa o en su conjunto. De donde, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73.1 de la Ley Concursal (restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses), resulta la obligación de «Nanta, SA» de devolver las rentas percibidas entre julio de 2003 y mayo de 2005, más las que se hayan abonado hasta la presente sentencia.”: **Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)**

2. Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

Art 73.2

1. Mala fe. Condena a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

“Por consiguiente, el fallo que procedería es el que se pide en las conclusiones del juicio por la administración concursal: reintegro de los troqueles que salieron de Matrino en base al acuerdo de 31 de enero de 2006, y la subordinación de lo pagado a cambio, como crédito concursal de art. 92.6.º LECO de Karmann.

Sin embargo, no es lo que se fallará, puesto que nada hay peor para el procedimiento que quiera solucionar una viabilidad del proyecto empresarial de un concursado que una sentencia con deberes de dar cosas inejecutables. Una especialidad legal para las consecuencias de la rescisión es cabalmente que no quepa la *restitutio* por pertenecer las cosas o derechos a un tercero que, o bien no está afectado por la cosa juzgada, o bien conforme a ésta, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral.

Pues bien, si a mediados de abril de 2006 la administración concursal podía entender que los troqueles era dable que volvieran a ser acabados en Erandio, después del cruce de llamadas telefónicas y mensajes de correo electrónico del mes de marzo, actualmente están acabados en posesión, con buena fe presunta, de terceros, que no han sido demandados, por más que entidades desconocidas para los demandantes, e ignoradas las condiciones en que han recibido tales bienes muebles --en todo caso, en el marco de relaciones de comercio--. Debe asumirse que ahora no puede condenarse a una devolución física que tendría que provenir de personas no afectadas por esta sentencia, y ni siquiera por el concurso de acreedores, y que en principio, habrían adquirido onerosamente de buena fe.

Dicha imposibilidad física de afectar a terceros al incidente, obviamente procurada por quien sí es parte obligada, Karmann, se resuelve ex art. 73.2 «in fine» LECO, para alguien que contrató con Matrino de mala fe, en los términos glosados, con la condena a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

Y si se tiene en cuenta que la ganancia bruta de la masa activa está tasada en el precio total contratado para los troqueles acabados, del precio básico pactado de 10.573.133,52 euros, la fórmula de indemnizar el lucro cesante por la no restituibilidad de los troqueles, es tan simple

como descontar la parte del precio ya percibida de 9.973.133,51 euros, esto es, reparar hasta 2.927.781,67 euros, y devolver los avales bancarios prestados para una ejecución que ya es inviable a cargo de Matrinor, y podría dar lugar a un reconocimiento autónomo de deuda por el avalista sin causa.

Parecería que esta ganancia bruta dejada de percibir tuviera que depurarse en una ganancia neta, puesto que lo mismo que Matrinor ha incurrido en unos gastos por haber perdido los troqueles, hubieran incurrido en otros, mayores, para acabarlos en condiciones y entregarlos a Karmann, pero ello dimana de una hipótesis, acabado de los troqueles en Erandio, de la que injustamente Karmann ha deseado huir, y precisamente la rescisión frente a la parte «in bonis» de mala fe conlleva que la masa relativamente mejora, en la medida que el condenado de reintegración empeora relativamente en su patrimonio --ingresa en la masa un activo a canje de un crédito de futuro y/o dudoso cobro--. Habiendo deseado escapar de los efectos del concurso, a sabiendas de su inminencia, con perjuicio para la masa, experimenta el acreedor de mala fe una ultraactividad de tales efectos, alzaprímado dicha masa en favor de acreedores privilegiados y ordinarios a la hora de cobrar, o soslayándole del voto de un convenio. Cuando por los bienes extraídos de la masa no pueden volver a la misma, siendo de mala fe quien los extrajo, su obligación supera la mera reparación de su valor actualizado, y encierra la indemnización de todo el lucro cesante.”: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

3. El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.

Art. 73.3

1. Rescisión sin contraprestación como deuda de la masa, ya que nada se entregó con motivo del acto rescindido. Renace crédito (ordinario) cancelado por el acto rescindido:

1.1. Caso de adjudicación en pago de deuda preexistente: inclusión de crédito ordinario

“**CUARTO** La rescisión, como se ha indicado, determina, además de la ineficacia del acto impugnado, la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses. Por tanto, la demandada deberá restituir las fincas adjudicadas [*en pago de deuda preexistente*], sin prestación alguna con cargo a la masa, dado que la transmisión lo fue en pago de deudas. Debe descartarse que los gastos de la adjudicación deban ser soportados por la masa, dado que dicho efecto no está contemplado en el artículo 73 de la LC como propio de la rescisión dicho precepto solo habla de «frutos e intereses». Ahora bien, la entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe. La administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada ni justifica porqué el crédito debe ser calificado como subordinado. No consta que la adjudicataria tuviera conocimiento de la situación de insolvencia y de la inminencia del concurso. La operación que se impugna, en situaciones extraconcursales, no merecería reproche alguno; se trataría, en definitiva, de un recurso lícito al que acude quien quiere percibir su crédito. ”: Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534)

1.2 Caso de pago para cancelar hipoteca en garantía de deuda preexistente (se rescinde tanto la hipoteca como el pago)

Por todo ello debe estimarse la demanda, condenando a Don Tomás a que restituya a la masa la cantidad percibida con ocasión del acto impugnado -38.773,13 euros-, sin contraprestación alguna con cargo a la masa. Ello no obstante, atendida la buena fe del demandado, pasará a figura en la lista de créditos por dicho importe como acreedor ordinario. ”: Sentencia JM-2 Barcelona 25.02.2005 (AC 2005/535)

2. Concepto de mala fe a estos efectos

2.1 Mala fe como conocimiento de la insolvencia y/o el perjuicio

“Finalmente señalar que la actuación del Banco apelado puede ser considerada de mala fé al no desconocer la incorrección de los trasposos efectuados y el estado de insolvencia de la entidad Conservas de Burela SA., dado su condición de acreedor principal, lo que lleva a que la calificación del crédito como subordinado y la denegación de los intereses moratorios a que se refieren los puntos 3º y 4º del fallo de la sentencia recurrida deban mantenerse como lo restante de lo establecido en la misma.”: SAP Lugo 19.12.2006 (JUR 2007/128096)

“La entidad demandada deberá figurar en la relación de acreedores, incluyéndose su crédito como ordinario, dado que no se aprecia mala fe. La administración concursal no ha logrado acreditar connivencia del deudor con la demandada ni justifica porqué el crédito debe ser calificado como subordinado. No consta que la adjudicataria tuviera conocimiento de la situación de insolvencia y de la inminencia del concurso. La operación que se impugna, en situaciones extraconcursoales, no merecería reproche alguno; se trataría, en definitiva, de un recurso lícito al que acude quien quiere percibir su crédito.”: Sentencia JM-2 Barcelona de 25.02.2005 (AC 2005/534)

“En lo que atañe a la calificación del crédito resultante del derecho a la prestación que procede a favor de «Nanta, SA», la administración concursal pretende que se haga como subordinado, por la mala fe de dicha sociedad, al amparo del artículo 73.3 de la Ley Concursal. Téngase en cuenta que el precepto establece que lo que debe probarse es la mala fe de la contraparte del concursado, pero no es preciso analizar la conducta del deudor, lo que hace ociosa cualquier consideración sobre el comportamiento de «Pavosol, SL». En cuanto al concepto en sí, la norma no define qué se entiende a estos efectos por mala fe; pero si relacionamos la acción de reintegración con lo establecido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias respecto de las acciones rescisorias y revocatorias civiles, ha de considerarse que existe mala fe si se prueba que quien contrató con el concursado sabía o debía saber (dicho negativamente, no podía ignorar) cuando realizó tal contratación que el negocio era perjudicial y que se realizó cuando el deudor estaba en una situación económica comprometida, por lo que lo que estaba haciendo la contraparte era avenirse a realizar un acto perjudicial para los acreedores. Y aunque la Ley no lo diga expresamente, es en relación al conocimiento de la situación económicamente comprometida del deudor donde debe traerse a colación a las personas especialmente relacionadas con el deudor y las presunciones que respecto de ellas establece la norma. En el caso que nos ocupa, cuando se firma la escritura de dación en pago de las dos fincas «Nanta, SA» lleva más de un año administrando de hecho a «Pavosol, SL» en ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito por ambas entidades el 31 de mayo de 2002, y dos personas de su absoluta confianza tienen poderes generales amplísimos para actuar, junto con un miembro de la administración de «Pavosol, SL» en representación de esta compañía. En el tiempo en que se decide realizar la dación en pago, es «Nanta, SA» quien decide la estrategia empresarial de «Pavosol» y la asesoría jurídica del grupo «Nutreco» (conglomerado societario al que pertenece Nanta) quien redacta las minutas de las escrituras públicas de diversos negocios jurídicos (concesión por los socios de «Pavosol» de una opción de compra a favor de «Nanta» sobre la totalidad de las participaciones sociales de «Pavosol»; constitución de una prenda a favor de «Nanta» sobre las participaciones de «Pavosol»; cancelación de una hipoteca sobre una de las fincas a favor del «Banco Pastor, SA») que desembocan en la escritura de dación en pago de las dos fincas. Es decir, «Nanta» estaba en una situación privilegiada, tanto por posibilidad de información, como por capacidad de decisión, para conocer perfectamente que con la dación en pago se disminuía el activo patrimonial de «Pavosol» de forma más que notable, disminuyendo correlativamente las garantías de que podían disponer los demás acreedores para el cobro de sus créditos y reorientando el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil en su favor y en detrimento de los demás acreedores. Lo que, además, queda confirmado por el hecho de que la dación en pago no se otorga para cancelar la deuda previamente contraída y garantizada con hipoteca mediante escritura pública de 4 de mayo de 2002, sino para pagar deudas contraídas posteriormente; de modo que se opta por cubrir la deuda menos gravosa, dejando subsistente la más perjudicial, que podía acarrear una ejecución hipotecaria. Y también estaba en mejores condiciones que nadie para saber que la situación de «Pavosol» era si no de insolvencia actual, sí de insolvencia inminente, pues bastaba con que «Nanta» le cortara el suministro (de mercancía o de crédito) para que su situación de imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones quedara puesta de manifiesto.

Por tanto, en este caso concurren de pleno todos los requisitos para que deba calificarse a «Nanta, SA» como contratante de mala fe, lo que acarrea la calificación de su crédito resultante del derecho a la prestación como consecuencia de la rescisión como subordinado, según determina el artículo 73.3 de la Ley Concursal. Y no se nos diga que esta conclusión supone volver a la misma situación que implicaba la retroacción de la quiebra, pues ello podría predicarse del subadquirente de buena fe que se veía afectado por los devastadores efectos de la nulidad radical establecida por el artículo 878.2 del Código de Comercio, pero no de quien ha contratado directamente con el insolvente, manejando a su antojo su actividad empresarial y decidiendo unilateralmente y en su favor qué negocios realizar y cuándo celebrarlos.”: Sentencia JM Córdoba 25.07.2005 (AC 2005/1551)

“ Con respecto a los datos de conocimiento en Karmann sobre la insolvencia de Matrinor, se ha preguntado a los testigos empleados en dicha entidad, ya que la representante orgánica Sra. S. no tuvo intervención personal en la operación, y las respuestas han sido más bien vagas en los Sres. G. y P., aunque en la línea de saber de la crisis financiera de Matrinor, de sus incumplimientos, y de la conflictividad laboral. Los testigos empleados en Matrinor, Sra. P. y Sr.

G. afirmaron el conocimiento de la crisis patrimonial, aunque no saben que se les avisara de la presentación de la solicitud del concurso. El Sr. T. admitió que corrían «rumores de concurso».

Si la prueba de fuente personal no puede ser directamente demostrativa, es menester, pues, emplear la prueba indiciaria, indirecta, circunstancial o presuntiva de art. 386.1 LEC, a través del «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» entre hechos admitidos y demostrados y los presumidos judicialmente. La virtualidad del mecanismo reside en dos presupuestos para utilizar máximas de experiencia en el razonar lógico: a) La pluralidad de indicios o hechos-base que puedan relacionarse o «cruzarse»; y b) La inmediatez y fluencia de lo que se infiere de aquéllos. Sólo así se acierta «ad homini», porque lo que no concluye un hecho aislado, lo concluye cuando se relaciona con una pluralidad, siempre que no se requiera hacer suposiciones o dar saltos lógicos. Aquí contamos con el conocimiento de la crisis financiera y «rumores de concurso» por personal cualificado de Karmann (1); los incumplimientos de Matrinor con respecto a los plazos regulares de entrega de troqueles, acabados y con los requisitos de calidad homologada --coincidentes los tres testigos de Karmann-- (2); el acuerdo de 26 de julio de 2005 (3); la salida de los troqueles inacabados durante seis meses (4); la situación de conflictividad de los trabajadores de Matrinor --con noticias en prensa de Bilbao, e incluso con paros de los desplazados a Alemania, según testificó el Sr. G.-- (5); el acuerdo de 31 de enero de 2006, cuando se prepara la solicitud del concurso (6); la salida de todos los demás troqueles inacabados en el «interim» de que el concurso se declara (7); la ausencia de cualquier acuerdo posterior, ni para pagos, ni para devoluciones de avales, ni para liquidar el contrato (8). Conectando esos datos probados, sin que en un razonar prudente, con arreglo a reglas de experiencia, pueda obtenerse otro, el hecho-consecuencia es el conocimiento por Karmann en el verano de 2005 la crisis financiera de Matrinor, y ya en enero de 2006, y del conflicto laboral y la inminencia del concurso por insolvencia, en la noción legal, cuya solicitud hubo necesariamente que prepararse de manera simultánea al acuerdo final que propició la salida de los troqueles. (...) “Quinto. Los efectos de la rescisión concursal en el nuevo sistema legal --dado que en la jurisprudencia histórica hubo una vacilación, por la que no se reintegraba la masa activa de la quiebra, sino que se «arreglaba» la masa pasiva, ya que no se le reconocía derecho contra aquélla a quien contrató y sucumbía a la retroacción automática, sepultándole en la masa--, consisten en que, ineficaz el acto impugnado, se condene a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses, lo cual es equivalente al efecto rescisorio genérico del Derecho Civil (art. 73.1 LECO).

Para que opere realmente una reintegración por puro objetivo perjuicio patrimonial a la masa del deudor, ésta debiera quedar tal y como estaba con anterioridad al acto o negocio ineficaz, es decir, en el caso de autos, devolver a la masa lo que de ella no debió salir, los troqueles inacabados al 31 de enero de 2006 remitidos a Alemania, y al tiempo, reducir la masa en lo que entró indebidamente, que fueron con arreglo al acuerdo rescindido, 1.809.302,25 euros, pagados como liquidación parcial anticipada a la vista. En una relación bilateral conmutativa con prestaciones recíprocas, por un lado la fabricación de unos troqueles a cargo de Matrinor, y el pago de un precio alzado a cargo de Karmann, supondría, para que se conciliara el nuevo régimen con los intereses de los acreedores y la seguridad jurídica, el derecho a la prestación correlativa para el demandado de rescisión genera conforme art. 73.4 LECO un crédito contra la masa (Cfr. art. 84.2.8.º LECO), que habría de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, esto es, a la devolución de los troqueles.

Ahora bien, ello sin que intervenga más que un desapercibido perjuicio al concursado, ya que la excepción a este principio viene de que esta sentencia aprecie mala fe en el acreedor *in bonis*, porque si la apreciara la consecuencia sería que su crédito por la contraprestación de la reintegrable se convierta en un crédito concursal subordinado de último rango (art. 92.6.º LECO). Consecuentes con todo lo indicado a propósito del sistema vigente, fundado en la acción rescisoria, limitada temporalmente, por el perjuicio económico, y sin funcionalidad represiva, no basada en la incapacidad del deudor en un momento oficialmente establecido, la mala fe en este plano reside en el conocimiento o posibilidad diligente de conocer la insolvencia justificativa del concurso cuando se contrata con el concursado. No se precisa, pues, tener por probada una connivencia de Karmann con la codemandada Matrinor en cuanto a sustraerse de la situación que vecinaba a todos los acreedores concurrentes, que de inmediato serían concursales, y en esto parece unánime la praxis de los Juzgados de lo Mercantil. Se trata sencillamente la mala fe de art. 73 LECO de saber, o deber saber con la diligencia propia del empresario, que el deudor aqueja lo que es presupuesto del concurso, esto es, una impotencia para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

El ordinal noveno y último del *factum* representa, pues, el dato en que afirmar la mala fe de Karmann, y como valoración fáctica se ha desarrollado. No puede dejarse de reseñar, en abundancia, que el pago verificado por Karmann el 31 de enero de 2006, como atestiguó Gonzalo G., actual gerente de Matrinor y anterior jefe de contabilidad, permitió pagar la nómina de los trabajadores de ese mes, inmediatamente a presentar la solicitud de concurso, siendo todos los demás compromisos evanescentes, y que en el lapso entre que el Juzgado substanciaría la declaración del concurso y tomaron posesión de sus cargos los administradores concursales nombrados, un activo fundamental de la masa desapareció camino de Alemania.

Bien puede decirse que no sólo el acuerdo perjudicial se firmó a la luz de la insolvencia, sino en atención a la misma, y teniendo en cuenta que simultáneamente se preparaba la fórmula para llevarla al Juzgado como concurso voluntario, para lo cual, dados los problemas con la plantilla, había, de un lado, que reestructurar la dirección empresarial, y de otro, conseguir una liquidez, aunque fuera a cambio de asumir una determinada valoración de los troqueles inacabadas, y la desposesión. ∴ Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

2.2 Mala fe como ánimo fraudulento o intención defraudadora

“CUARTO Sobre la existencia de mala fe

A) La mera existencia de un acto susceptible de ser sometido a las acciones de reintegración de la masa activa, conforme al art. 71 LC, no implica por sí la existencia de mala fe concurrente a tal acto, ya que el fundamento de las acciones rescisorias es, como se expuso, puramente objetivo. Dicha mala fe, según el art. 73 LC, supone un plus de desvalor subjetivo del acto jurídico rescindido, que acarrea consecuencias jurídicas más gravosas que la mera obligación de restituir, general de la reintegración. No obstante, no se fija en la LC qué debe entenderse por tal mala fe, ni siquiera se anuda esa calificación a los actos realizados entre personas especialmente relacionadas. Atendiendo, por tanto, a criterios fijados por la jurisprudencia sobre la acción rescisoria del Derecho civil, arts. 1.291 y ss. CC, dada su evidente analogía con la acción rescisoria concursal, puede entenderse esa mala fe como equivalente al ánimo fraudulento o intención defraudadora de los derechos de los acreedores, ya actuales ya potenciales. Esto es, se requiere en el *consilium fraudis*, como elemento cognitivo, un conocimiento directo por los intervinientes en el acto de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados, y la directa voluntad de ejecutar el acto con tal intención, como elemento volitivo, sin que para ello sea exigible la directa intención de dañar, sino que basta con la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación, todo ello según SSTs de 20 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1961), F. 4º, pte. Sr. Seijas Quintana, S. 14 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7628), F. 2º, pte. Almagro Nosete, S. 25 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9839), F. 3º, pte. Auger Liñan, o S. 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1860), F. 1º y 3º, pte. Sr. Xiol Rios.

Por tratarse de un presupuesto de carácter subjetivo o interno, habrá de ser acreditado mediante prueba de indicios, art. 386 LECiv, es decir, de forma indirecta, mediante inferencia de otros hechos externos. En este caso ha de atenderse a los siguientes:

1º. El bien raíz enajenado por la concursada era su principal activo, y además, y de modo particular, constituía el local donde venía desarrollando su actividad empresarial. Es decir, era soporte fundamental de su empresa.

2º. Dicho local, lugar donde se realizaba, como se ha dicho, se desarrollaba la actividad de la concursada, había sido adquirido en el año 2002 a un precio excelente de mercado, documentos núm. 1 y 2 de la demanda, por lo que resulta de toda lógica mantener en el seno de la propia empresa la titularidad dominical del local de negocio, adquirido en propiedad por un precio más que razonable. Y lo es por que gozar de tal bien en propiedad es una garantía de solvencia para la empresa, ante la financiación de futuras operaciones empresariales, y por que, según consta en la nota registral incluida en el documento núm. 3 de la demanda, sobre tal finca pesaba una hipoteca de 156.250? de principal más 18.750? de intereses ordinarios, con un plazo de amortización de 180 meses, lo que supone una cuota mensual muy asequible.

3º. Frente a esa cómoda situación patrimonial, la concursada decide enajenar tal bien, por precio notablemente inferior a su valor, y acto seguido pasa a ser su arrendataria, del mismo local que ya ocupaba, y a pagar por ello una renta mensual de 2.400? al mes, siendo precisamente la arrendadora la nueva propietaria, Eco Pelmar, todo ello según informe pericial de la Sra. Mercedes, de 2 de octubre de 2006. Es decir, la concursada enajena la finca, local de su negocio, que tenía en propiedad, como principal activo de su solvencia, la que había adquirido a un precio bajo y por la que pagaba una razonable hipoteca, para, sin solución de continuidad, pasa a ser inquilino de tal local, por una renta mensual probablemente superior a las cuotas mensuales del préstamo hipotecario que pagaba. Y todo ello enajenando la finca a un precio muy inferior al de su valor.

4º. La entidad Eco Pelmar no tenía actividad empresarial antes de la adquisición del local en cuestión, dedicándose luego al arrendamiento de tal local, en tanto que la entidad concursada sí desarrollaba una verdadera actividad empresarial, como es la asistencia médica especialidad ocular, según consta en el informe de la perito judicial Doña. Mercedes, de fecha 2 de octubre de 2006.

5º. Tal irrazonable decisión fue tomada precisamente por unas mismas personas físicas, que actuaban conformando la voluntad tanto de la sociedad vendedora como de la compradora, al controlar dichas mismas personas físicas tanto el órgano de administración como la junta de socios de ambas sociedades, según se ha expuesto ya en el F. 2º de esta sentencia.

B) Ha de inferirse de la irracionalidad del tal acto empresarial, dada la falta de toda explicación lógica aportada al proceso, que la única finalidad de tal compraventa fue extraer del patrimonio de la concursada su principal activo, con un contravalor de precio muy inferior, lo que suponía

poner a resguardo de los acreedores de la empresa que realmente realizaba una actividad empresarial, y por tanto estaba sujeta a riesgos empresariales, como era la concursada, su principal activo empresarial, y traspasarlo a una segunda sociedad, perteneciente a los mismos socios mayoritarios, cuya actividad se limita a la tenencia del local. A ello se añade la descapitalización paulatina de la concursada, con un arrendamiento del mismo local por una suma considerable al mes, superior a la hipoteca antes pagada. Tal actuación constituye una maniobra fraudulenta, integradora de la mala fe del art. 73 LC.”: SJM-2 Barcelona 13.10.2006 (AC 2007/670)

TÍTULO IV - DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y DE LA DETERMINACIÓN DE LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA DEL CONCURSO

CAPÍTULO I - De la presentación del informe de la administración concursal

Artículo 74. Plazo de presentación.

1. El plazo para la presentación del informe de los administradores concursales será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos.

“2. En el caso en que el plazo para la emisión del informe de la Administración concursal finalice antes que el plazo concedido a los acreedores para la comunicación de créditos previsto en el artículo 85 LC, ¿cuál es la mejor forma de actuar por parte del Juez del Concurso?”

La cuestión surge porque no existe coordinación entre el plazo de dos meses previsto en el artículo 74.1 de la Ley Concursal para que la Administración concursal presente el informe, y el del artículo 21.1.5º LC que establece el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el Auto de declaración del concurso para que los acreedores del concursado pongan en conocimiento de la Administración concursal su crédito a los efectos de ser incluidos en la lista de acreedores. En determinados supuestos en los que el Procurador de la parte solicitante se demore en la publicación del edicto, ocurrirá que el plazo de dos meses que se concede a la Administración concursal para que presente su informe finalizará antes de que transcurra el plazo de un mes que tienen los acreedores para comunicar sus créditos, con las graves consecuencias que esto puede producir.

Soluciones: Para evitar que el problema se produzca: 1) Plasmar en la parte dispositiva del Auto de declaración de concurso, el deber que incumbe al Procurador –con apercibimiento de la sanción legalmente prevista (artículo 552 LOPJ)- de proceder a la inmediata publicación del edicto, requiriéndole para que en un término prudencial acredite haber dado curso a dicha publicación. 2) Agotar al máximo el plazo legal de aceptación para los dos primeros miembros de la Administración concursal.

Una vez que el problema se ha producido: 1) Que la Administración concursal solicite prórroga para la presentación del informe y la documentación complementaria, por entender que se encuentra ante una situación extraordinaria (artículo 74.1 LC). 2) Si la Administración concursal ya ha presentado el informe, tenerlo por presentado aunque manteniendo sin publicar tal presentación, esperar el transcurso del plazo del mes desde la última de las publicaciones del edicto declarando el concurso, y finalizado el mismo acordar que la Administración concursal presente una nueva lista completando la anterior, verificado lo cual se procede a publicar según lo previsto en el artículo 95.2 LC. “: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS, 2

2. Este plazo podrá ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias.

3. Además de la responsabilidad y de la causa de separación en que hubieren podido incurrir conforme a los artículos 36 y 37, los administradores concursales que no presenten el informe dentro del plazo perderán el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y deberán devolver a la masa las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación.

Artículo 75. Estructura del informe.

1. El informe de la administración concursal contendrá:

- 1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 6.
- 2.º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6.

Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por 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.

- 3.º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.
2. Al informe se unirán los documentos siguientes:
- 1.º Inventario de la masa activa.
 - 2.º Lista de acreedores.
 - 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado.
3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

CAPÍTULO II - De la determinación de la masa activa

SECCIÓN 1 - DE LA COMPOSICIÓN DE LA MASA ACTIVA Y FORMACIÓN DE LA SECCIÓN TERCERA

Artículo 76. Principio de universalidad.

1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.
2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables.
3. Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa.

Artículo 77. Bienes conyugales.

1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.
2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Artículo 78. Presunción de donaciones y pacto de sobre vivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio

1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.
2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.
3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado.

El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno.

4. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.

Artículo 79. Cuentas indistintas.

1. Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal.

2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal.

Artículo 80. Separación.

1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos.

Art. 80.1

1. El derecho de separación «ex» art. 80 LC no requiere impugnación del inventario.

“SEGUNDO El primer problema a examinar, y así se plantea acertadamente por la AEAT, es el relativo a la posibilidad de ejercitar la acción de separación con posterioridad al trámite de impugnación del inventario expresamente previsto en el art. 96-2 LC en el que se contempla como una de sus modalidades la de exclusión de bienes incluidos en la masa activa y todo ello dentro del plazo de diez días señalado a tal fin en el art. 96-1 LC, teniendo además presente que el art. 97 LC determina el momento de la presentación de los textos definitivos como el límite preclusivo a partir del cual no cabe plantear ulteriores pretensiones de modificación del inventario o de la lista de acreedores. Para dar respuesta tal interrogante habremos de partir de que, al contrario de la finalidad que persigue la formación de la masa pasiva, la confección del inventario de la masa activa viene a cumplir una función primordialmente informativa del patrimonio de que dispone el concursado y de su valoración en orden a la satisfacción de las deudas a que aquél está llamado, siendo así que frente al dato de la inmutabilidad que es propio de la masa pasiva cerrada a la fecha de declaración de concurso (arts. 46 y 94-1 LC), la masa activa es por el contrario esencialmente fluctuante a lo largo del recorrido del proceso concursal, estando sujeta su composición primeramente a la incorporación de bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio del deudor para lo cual se instrumenta la correspondiente acción de reintegración que podrá ser ejercitada en cualquier momento y así el art. 82-4 LC establece que al inventario de la masa activa deberá añadir la Administración concursal una relación de las acciones de reintegración que a su juicio «debieran promoverse», incidentes que una vez iniciados pueden también concluir en cualquier momento y en tal sentido el art. 176 LC en sus apartados 3 y 4 viene a prohibir que el procedimiento concursal pueda concluirse mientras estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa ya en trámite o por presentar. Es por ello que deberemos admitir que la simétrica facultad de que dispone el acreedor ex iure domini de reivindicar los bienes de su propiedad indebidamente incluidos en el inventario de la masa activa pueda también ejercitarse en cualquier momento, teniendo presente que el derecho de separación previsto a su favor en el art. 80 LC viene a configurar la acción de separación como una facultad autónoma a ventilar por el cauce del incidente concursal y sin sujeción a plazo alguno. Aún más, el ejercicio de la acción de separación de bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado se configura en el apartado 2º art. 80 LC como una pretensión a ejercitar contra la decisión denegatoria de la Administración concursal a quien por lo tanto incumbe la obligación de pronunciarse ante la petición de entrega que le deberá dirigir quien se arrogue la legítima titularidad dominical conforme dispone su apartado 1º. Esto es, la secuencia impuesta por la norma exige una primera petición de entrega a formular por el legítimo titular de los bienes y en caso de decisión denegatoria de la Administración concursal, quien deberá valorar la bondad de tal reclamación, el ejercicio de la acción reivindicatoria por el cauce incidental, todo lo cual aparece desconectado del trámite y del estrecho plazo de 10 días previsto en el art. 96-1 LC La conclusión de todo ello no puede ser otra que la de interpretar el derecho de

separación «ex» art. 80 LC como una facultad que asiste al acreedor ex iure dominii para reivindicar los bienes que se encuentren en poder del concursado ?y sobre los que éste no tenga derecho de uso, garantía o retención? que podrá ejercitar en cualquier momento de la vida del concurso, idea que viene reforzada por la previsión del art. 183 apartado 3º LC al diseñar la sección tercera del procedimiento de concurso para albergar, entre otros, a las acciones de reducción de la masa activa que se puedan plantear durante su sustanciación, de tal manera que el plazo de diez días previsto en el art. 96-1 LC para impugnar el inventario de la masa activa únicamente operará con carácter preclusivo en lo que atañe a la impugnación promovida por «cualquier interesado» distinto de aquél.”: SJM-1 Oviedo 06.07.2006 (AC 2006/1827)

2. Separación de créditos cedidos. Improcedencia: cesión para cobro y no en garantía

“TERCERO.-Resta por determinar si procede o no estimar el pretendido derecho de separación de la masa activa del concurso ex art. 80 de la Ley Concursal del importe de las facturas anticipadas y cedidas a la entidad actora, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y que han sido ya pagadas al cedente (la concursada)

El artículo 80 de la Ley Concursal, que lleva por rúbrica “separación” preceptúa en su apartado primero que “los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos.”

Este precepto recoge el aspecto negativo del principio de universalidad de la masa pasiva sancionado en el artículo 76, de forma que si bien es lógica la inclusión en la masa activa de todos los bienes pertenecientes al concursado, también deben serlo la exclusión de aquellos que no le pertenecen, si bien se encuentran en el ámbito de detentación posesoria de dicho concursado en el momento de la declaración del mismo.

El apartado inicial del artículo 80 contempla tres presupuestos; Es necesario, en primer lugar, que el bien objeto del derecho de separación sea de pertenencia ajena al concursado. En segundo lugar se precisa que esté siendo poseído por dicho concursado, o en su caso, por la administración concursal, y finalmente, que aquel carezca de un derecho que ampare su continuidad posesoria.

Pues bien, en el presente caso no se da el primero de los presupuestos enunciados.

Efectivamente la cesión de crédito, puede efectuarse con una doble finalidad de cobro y con una finalidad de garantía, y como apunta la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11, en su sentencia de fecha 09/05/2005 (nº de resolución 209/2005) en su fundamento tercero “la cesión de un crédito con la finalidad de cobro no produce otro efecto que el de legitimar al cesionario para hacer frente en su nombre el crédito de que el cedente sigue siendo el único titular” (el subrayado es del Juzgado).

Por tanto, y no dándose los requisitos o presupuestos necesarios para que el derecho de reparación pueda prosperar ha de desestimarse íntegramente la demanda rectora del presente pleito.”: Sentencia JM-1 Murcia 29.11.2006 (Incidente Concursal 151/2006)

2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal.

Artículo 81. Imposibilidad de separación.

1. Si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal.

2. El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la aceptación por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado.

SECCIÓN 2 - DEL INVENTARIO DE LA MASA ACTIVA

Artículo 82. Formación del inventario.

1. La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre,

que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter.

1. No deben incluirse en el inventario los derechos expectantes no nacidos en la fecha de cierre

“**PRIMERO** Promovido por la concursada «Instalaciones y Montajes Navales del Principado de Asturias, SL» incidente concursal en impugnación de varias partidas del activo inventariado por los administradores concursales en su informe, y teniendo todas las cuestiones planteadas un común denominador, procede realizar primeramente algunas precisiones al respecto. En efecto, la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, siguiendo el principio general de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 CC, recoge también el principio de universalidad en lo que a la masa activa del concurso se refiere al establecer en su art. 76-1 que constituyen la masa activa del concurso 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. Sin embargo, no deben confundirse tales reglas con las más restringidas que informan el inventario de la masa activa pues éste ha de limitarse a reflejar la situación patrimonial del concursado en una fecha fija, la de su cierre, que a su vez será la del día anterior a la emisión del informe por los administradores concursales tal y como mandata el art. 82-1 LC. Esto supone que en el inventario han de incluirse única y exclusivamente, en lo que aquí interesa, los derechos que hubieran nacido a la vida jurídica con anterioridad a ese preciso momento, sin posibilidad de incluir en él derechos futuros o en situación expectante (como sí ocurre por el contrario en lo que atañe a la masa pasiva, según dispone el art. 87 LC) con la salvedad de todos aquellos que se encuentren en la situación de pendencia prevista en el art. 82-4 LC. A ello se une la exigencia legal de que el avalúo de cada uno de los bienes y derechos a inventariar se lleve a cabo con arreglo a su valor de mercado (art. 82-3 LC) como expresión de una realidad actual, lo que también conecta con la necesidad de introducir las correcciones valorativas que procedan (art. 6-2-3º LC y art. 39 núm. 2 y 3 CCom) y que en definitiva conduce a la necesidad de partir en la confección del inventario de la realidad presente a la fecha de su elaboración, con total independencia de cualquier otra previsión contable, y sin perjuicio, claro está, de que aquellos derechos que nazcan bajo la titularidad del concursado con posterioridad a la repetida fecha se habrán de integrar necesariamente y en su momento en la masa activa para cumplir la finalidad de común de servir a la ordenada satisfacción de los créditos que sobre ella pesan conforme al principio de universalidad arriba citado.”: Sentencia JM-1 Asturias (Oviedo) 01.03.2005 (AC 2005/1022)

1.1 Derecho a devolución del IVA soportado en curso

“**SEGUNDO** Pasando al examen de la primera de las cuestiones planteada en el presente incidente, se cuestiona por la concursada la exclusión en el inventario contenido en el informe elaborado por los administradores concursales de la partida que viene reflejada en el inventario acompañado a su solicitud como «Hacienda Pública IVA soportado: 41,04 euros» y la negación de valor alguno a la partida «Hacienda Pública Deudor por IVA: 199,23 euros», lo que nos lleva a analizar siquiera someramente y con el carácter prejudicial que autoriza el art. 9 LC la normativa fiscal aplicable al respecto, teniendo para ello presente la norma fundamental sobre el nacimiento de las obligaciones contenida en el art. 1089 CC a cuyo tenor la primera de sus fuentes es la Ley. Pues bien, efectivamente el art. 115 Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido establece el derecho de los sujetos pasivos a solicitar la devolución del saldo a su favor existente a 31 diciembre de cada año, norma que ha sido interpretada repetidamente por la jurisprudencia como expresiva de que la fecha de nacimiento de tal derecho es precisamente la correspondiente al 31 diciembre de cada año (SSTS, Sala 3ª, 26 septiembre 2002 [RJ 2003, 853], 28 febrero 2003 [RJ 2003, 3423], 30 junio 2003 [RJ 2003, 5891], etc.), por lo que viniendo referida la reclamación de la parte impugnante al ejercicio 2004 y datando el informe de la administración concursal de 20 diciembre 2004 es manifiesto que no debe incluirse en él derechos que se hayan de devengar a favor del concursado con posterioridad a ese momento, razón por la que decae la impugnación en estos extremos.”: Sentencia JM-1 Asturias (Oviedo) 01.03.2005 (AC 2005/1022)

“Fijada dicha base podemos entrar en el análisis de la necesidad de incluir el derecho de crédito por devolución de IVA que la impugnante reclama y frente a la que se opone la AEAT señalando en su escrito que la existencia de un IVA soportado susceptible de ser deducido no implica que automáticamente se convierta en crédito frente a la Hacienda Pública y que además será necesario que se den una serie de requisitos formales (facturas u otros documentos). La administración concursal, que inicialmente también se opuso a dicha pretensión, se allanó en el

acto de juicio aportando la referida factura por importe de 650.593,06 euros de fecha 31 de diciembre de 2002, declaración anual de operaciones con terceras personas por la misma en la que se recoge el pago de la concursada por un valor de la misma cuantía y declaración de Resumen Anual de IVA de 2002 y 2003 que la administración concursal presenta en 2005 en donde se regularizan dichas cantidades.

Lo que se deduce de toda esta situación es que las referidas cantidades derivadas del IVA soportado se han consolidado en el marco contable y fiscal de la empresa concursada y que su determinación es importante para concretar cual es en realidad el activo correspondiente a la empresa. Constituye masa activa del concurso (art. 76 LC) no sólo los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso sino también los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. Sea cual fuere la situación de expectativa que señala la administración tributaria, a la fecha de la presente resolución existe una situación concreta no desvirtuada por expediente de la propia administración tributaria (que parece no haberse iniciado) y que hace que el concursado sea acreedor, en tanto no se señale lo contrario, por determinadas cantidades. Este derecho, como mera expectativa, podría determinarse en el momento de impugnación a cero pues en realidad no se había regularizado la situación y todavía se estaba pendiente de la aportación de los documentos (elementos formales ya acreditados en el acto de juicio) y de la presentación fiscal (realizada con posterioridad) pero la realidad al momento de esta resolución es la concreción en cuantías determinadas y con los cumplimientos fiscales necesarios, lo que conlleva la estimación de la pretensión.”: S JM-1 Málaga 07.04.2006 (AC 2006/1472)

1.1.2 Tesis contraria

“Tercero.- Respecto de las discrepancias observadas en la elaboración del inventario el artículo 82.2 de la Ley Concursal establece la clave para resolver el incidente dado que se obliga en el inventario a recoger no sólo la relación de activos que integran el patrimonio del concursado, sino también las circunstancias de dichos activos por medio de la descripción de las cargas, gravámenes y circunstancias que afecten a los mismos. En el supuesto de autos se incluye un IVA soportado que está pendiente de ulterior comprobación, parece razonable y ajustado a la finalidad del inventario que se reconozca la realidad de dicho activo así como la sujeción a la contingencia derivada de la necesidad de posterior comprobación por parte de los órganos correspondientes de la administración tributaria.”: Sentencia JM-3 Barcelona 24.02.2006 (JUR 2006/113969)

1.2 Hacienda Pública deudora por retenciones y pagos a cuenta

“**TERCERO** En cuanto a la impugnación referida a la partida «Hacienda Pública, Retenciones y Pagos a Cuenta: 3.819,45 euros», cabe señalar que tanto el art. 145 Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto de Sociedades como los arts. 136 y 139 Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, conducen igualmente a entender que en ningún caso es posible que el pretendido derecho de crédito a favor de la concursada pueda nacer con anterioridad a la expiración del correspondiente período impositivo, razón por la que este motivo de impugnación debe correr idéntica suerte desestimatoria al venir también referido al ejercicio 2004. ”: Sentencia JM-1 Asturias (Oviedo) 01.03.2005 (AC 2005/1022)

2. Financiación de compra de bienes muebles con reserva de dominio. No procede incluir el bien, que es ajeno, sino el valor de los derechos contractuales

“**CUARTO**.- Se impugna igualmente por la indicada entidad el inventario de bienes y derechos por haberse incluido en el mismo los vehículos objeto de los tres contratos de financiación a comprador de bienes muebles dado que en los mismos se pactó tanto una prohibición de disponer como una cláusula de reserva de dominio y, por ello, no forman parte del patrimonio de la concursada.

La declaración de concurso si bien no afecta en principio a la vigencia de los contratos de financiación con reserva de dominio como los que nos ocupan (art. 61 Lcon) si que produce consecuencias respecto a los mismos ya que: a) el financiador carece del derecho de separación (art. 80 Lcon); b) no puede ejercitar las acciones tendentes a recuperar el bien durante el plazo que la Lcon establece (art. 56); c) se le atribuye un privilegio especial (art. 90.4º) que determina que el pago de sus créditos, si es que procede, se haga con cargo a los bienes objeto del contrato (art. 155.1 Lcon); d) puede ver como los bienes son vendidos para el pago de sus créditos privilegiados con autorización judicial, antes de iniciarse la fase de liquidación y con subrogación del adquirente en la posición del deudor concursado en el contrato; e) antes de que transcurra el plazo de paralización de las acciones recuperatorias del bien puede producirse la opción de la administración concursal por atender los pagos pendientes con cargo a la masa, sin

realización de los bienes, salvo que se vuelva a producir impago de las cuotas restantes (art. 155.2 Lcon)

En definitiva, la posición jurídica del financiador con reserva de dominio, no es ya la misma que si se aplicaran las normas del derecho privado de conformidad con lo pactado en el contrato: se produce una modulación de su derecho a recuperar el bien o hacerse pago con cargo al mismo en caso de incumplimiento por el comparador concursado.

Sin embargo, esas repercusiones concursales no llegan al extremo de dejar sin efecto el pacto de reserva de dominio y a atribuir la titularidad del bien al concursado o a la masa activa, como lo demuestra el hecho que, pasado el plazo de la suspensión del ejercicio de acciones tendentes a recuperar la posesión de los bienes (art. 56.1 Lcon), el financiador pueda, si es que llega el caso, ejercitar dichas acciones que, de prosperar, determinarían la salida del bien de la órbita patrimonial del bien concursado.

Aunque el arto 16.5 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos no ha sido adaptado a la nueva ordenación concursal -sigue excluyendo la integración en la masa activa de los bienes objeto del tipo de contratos analizados hasta que no esté satisfecho el crédito garantizado-, lo cierto es que cabe ponerlo en relación con la regulación de la Lcon (art. 56, 91.40 y 155) para llegar a la conclusión de que no procede la inclusión de estos bienes en la masa activa, al menos hasta que conste que el bien no va a ser objeto de recuperación por el financiador y que se va a proceder a su venta dentro del concurso para el pago al financiador de su crédito privilegiado con destino del sobrante a los demás acreedores

Por todo ello, no cabe establecer en este momento del proceso que los bienes objeto de los contratos de financiación a comprador de bienes muebles, con reserva de dominio en este caso, estén integrados en el patrimonio del deudor concursado, como exige el art. 76.1 Lcon para que tales bienes pudieran integrarse en la masa activa.

Sí hay que considerar integrados en dicho patrimonio e incluir en el inventario los derechos que ostenta la entidad concursada como consecuencia de los contratos de financiación a que nos hemos venido refiriendo”: Sentencia JM-1 Navarra 23.03.2005 (Incidente Concursal 2/05, 3/05 y acumulados)

3. Inclusión en e inventario de los bienes en leasing

“El expresado motivo debe rechazarse. En efecto, la sentencia incidental al ratificar como texto definitivo el inventario incorporado el informe de la Administración Concursal, asume que el pabellón en cuestión se trata de un activo de la deudora por su valor contable, sin perjuicio de una posible venta con pacto de recompra por la recurrente, y por el precio del importe de las cuotas pagada a medida que las mismas van venciendo puntualmente, considerando a Lautadako Industrialdea, S.A, titular del crédito por el importe de las cuotas pendientes de pago hasta al expiración del término contractual, y todo ello supeditado a que se convenga la citada venta con pacto de recompra, amparado en privilegio especial sobre el valor del pabellón, o lo que es lo mismo, que el pabellón es un activo, por el valor del derecho de goce del arrendatario financiero /optante/ comprador a plazo, ya se considere como propiedad dividida, o propiedad gravada con derecho real, pues amparar una resolución que deje fuera del inventario, y consiguientemente, también, el pabellón sería crear un grave perjuicio a la masa de la concursada Sillería Kitto que, por un lado, vería que se sigue pagando las cuotas por el pabellón, mientras que por otro lado se estaría descapitalizando, con el indeseado único beneficio para Laudatako Industrialdea, S.A. que sigue cobrando pero que quiere excluir el pabellón, lo que supone, por vía de hecho, un indeseado y no amparable enriquecimiento injusto.”: SAP Alava 06.11.2006 (Sección 2) (JUR 2007/94926)

2. De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva.

Apartado 3

“TERCERO.- Resuelto lo anterior, la primera cuestión a resolver es la relativa a los embargos trabados a favor de la TGSS sobre las semanas de aprovechamiento señaladas en el suplico de la demandada incidental. En este sentido, el artículo 82.3 de la Ley Concursal establece que respecto a cada uno de los bienes que forman parte del inventario se deben indicar las trabas y cargas que los afecten con expresión de su naturaleza y datos de identificación. Por otro lado, el apartado

siguiente de dicho precepto añade que en el avalúo ha de tenerse en cuenta las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva.

Entrando en el fondo del asunto que nos ocupa es de destacar la dificultad en cuanto a la resolución del mismo. Ello por cuanto en la demanda incidental se hace referencia a la necesidad de recoger unos embargos sobre dichos bienes pero en modo alguno se concreta de qué embargos se trata, máxime cuando en el acto de la vista se amplían notablemente los argumentos y se incluyen los que debieron ponerse de manifiesto en la demanda en cuanto a que dichas cargas se refieren a otras diferentes a las que en su día fueron canceladas, introduciendo, en consecuencia, una clara dicotomía entre varias cargas diferentes y presentado una profusa documentación que no se presentó junto a la demanda ni se acompañó de una explicación clara y precisa de cuales se refieren a los embargos que se dicen subsistentes ni se concretaron, siquiera en el suplico, dichos embargos.

Sentado lo anterior y tras el análisis detallado de la documentación aportada por la impugnante procede la estimación del recurso puesto que de la misma se extrae la subsistencia de parte de los embargos trabados ya que la cancelación a la que se refiere la administración concursal es de cuatro de los embargos trabados respecto a cada uno de dichos bienes, quedando, en consecuencia, subsistentes los recogidos en la certificación del Registro de la Propiedad del Puerto del Rosario nº 1 de fecha 22 de diciembre de 2004 que lleva por numeración A0094619, como consecuencia del mandamiento expedido el 26 de noviembre de 2004 por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de Cantabria de la TGSS. En concreto, las siguientes: (...)

Sin embargo, de todo lo actuado parece que las referidas deudas sí se encuentran incluidas en la masa pasiva puesto que ni siquiera la acreedora impugnante ha realizado alegación alguna con relación a que no lo estén. Por ello, y de conformidad con lo establecido en el artículo 82.3 no procede tener en cuenta en su avalúo dichos embargos. Esto se extrae claramente interpretando dicho precepto que únicamente establece que serán tenidos en cuenta en el avalúo en aquellos casos en que las deudas no estén incluidas en la masa pasiva lo cual resulta lógico puesto que si se incluyen en la masa pasiva y además se tuviesen en cuenta en el avalúo de los bienes embargados, se estaría computando dos veces el mismo crédito, por un lado sumándolo al total de la masa pasiva y, por otro, deduciendo el valor de la masa activa, lo que daría lugar a que dichos documentos no reflejasen la verdadera situación de activo y pasivo.

Por ello, ha de estimarse la impugnación, debiéndose indicar en el inventario la existencia de dichos embargos pero no teniéndolos en cuenta en su avalúo.

CUARTO.- En cuanto al embargo de los equipos informáticos, resulta igualmente aplicable el precepto analizado en el fundamento anterior. Sin embargo, la solución que merece es diferente puesto que el supuesto fáctico no es coincidente. Ha de tenerse en cuenta que en este incidente de impugnación de inventario la TGSS solicita únicamente que se incluya en él el embargo de los equipos informáticos pero no que se incluya en el inventario los equipos informáticos. Teniendo en cuenta esto, que la administración concursal en su informe señaló que la totalidad de los equipos informáticos que se encuentran en las oficinas de la concursada no son de su propiedad y que no se ha impugnado esta manifestación y que los embargos hacen referencia precisamente a estos últimos bienes que no se han incluido en el inventario por considerar la administración concursal que no son propiedad de la concursada, no es posible estimar la impugnación puesto que no hay bienes incluidos en el apartado relativo a equipos informáticos que se encuentren embargados.

Todo lo anterior por cuanto la demanda incidental, al igual que la demanda que inicia cualquier otro procedimiento, es la que delimita el asunto a resolver y especialmente es su suplico el que centra la cuestión debatida, con el complemento de la contestación, siendo esto aplicable a cualquier actor, incluido, en consecuencia, la TGSS. Ello significa que con posterioridad a la demanda no puede la actora incluir nuevas pretensiones. Teniendo en cuenta que no se ha impugnado el inventario para solicitar inclusión de bienes en el mismo, en concreto, los equipos informáticos que se encuentran en las oficinas de la concursada, y que los bienes a los que se refiere el embargo no han sido incluidos por parte de la administración concursal, la cuestión resulta clara, especialmente teniendo en cuenta que la administración concursal especificó en el informe que esos bienes no pertenecen a la concursada. Por ello, si lo que se pretendía por la TGSS era la inclusión en el inventario de esos equipos informáticos que se encuentran en las referidas oficinas, debería haberlo solicitado y no habiéndolo hecho, a pesar de que exista una resolución administrativa al efecto tal y como alegó en la vista, no pueden incluirse en el referido inventario, y, mucho menos, pueden incluirse embargos sobre bienes que no están relacionados en el inventario.

Con relación al resto de alegaciones realizadas en la vista sobre la pertenencia o no a la concursada de otros equipos y material de oficina, no ha sido esa la cuestión objeto de este incidente puesto que en la demanda incidental no se ha hecho referencia alguna a dicho extremo ni se ha solicitado la inclusión en el inventario de bienes diferentes de los incluidos, por lo que no es necesario entrar en el examen de la cuestión.": **JM-1 Santander 29.06.2005 (Incidente Concursal 242/2005)**

Procede el avalúo según valor de mercado y no según PGC

“TERCERO.- En relación con la partida referente a APLICACIONES INFORMATICAS, la concursada estima han de ser valoradas en 251.107,12 euros, tal como están contabilizadas en las cuentas de la sociedad e imputan a la Administración concursal haber errado en la interpretación del art. 82.3 de la Ley Concursal. Dicho precepto, preceptúa que “ el avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva”.

Pues bien, con fundamento en tal precepto, el Letrado director de la concursada entiende que para la valoración de la segunda de las partidas controvertidas habrá de estarse, no al valor de mercado de venta, sino al valor de adquisición con amortizaciones tal como están estimados en las cuentas anuales.

Uno de los principios contables básicos o de obligado cumplimiento, recogidos en la primera parte del Plan General de Contabilidad aprobado por R.D 1.643/1990 de 20 de Diciembre es el PRINCIPIO DEL PRECIO DE ADQUISICION, principio que significa que, como norma general, todos los bienes, derechos y obligaciones se contabilizarán por su precio de adquisición o coste de producción.

El precio de adquisición se define en las normas de valoración como el precio de compra más gastos de transporte, de aduanas, etc...

El principio del precio de adquisición, en tanto que principio contable básico en la valoración y registro contable en las transacciones económicas que realiza la empresa (junto a los principios de prudencia, de empresa en funcionamiento, del registro, del devengo, de correlación de ingresos y gastos, de no compensación, de uniformidad y de importancia relativa), debe de respetarse siempre, salvo cuando se autoricen, por disposición legal, rectificaciones al mismo apoyados en la inestabilidad monetaria, en cuyo caso deberá facilitarse cumplida información en el anexo o Memoria.

Por otra parte, sabido es que la administración concursal debe proceder al análisis de la contabilidad del concursado por cuanto que debe ser ésta la que sirva como base para la formulación del inventario, pero, respecto a la información suministrada por la contabilidad este inventario permite aportar datos adicionales y criterios de valoración distintos a los que resulten de la contabilidad y ello es lo que ocurre, en efecto, con el criterio consagrado en el apartado 3 del artículo 82 de la LC anteriormente transcrito, que toma para la valoración de los bienes del inventario el del valor de mercado, criterio diferente al aplicado en las cuentas anuales que es, como he apuntado, el precio de adquisición.

En consecuencia, en el caso, la Administración concursal ha valorado correctamente las aplicaciones informáticas de conformidad con el precio de mercado tal como vienen compelidos a tenor del tantas veces repetido apartado 3 del art. 82 en tanto que la valoración a precio de adquisición con amortizaciones como pretende la parte impugnante es correcta, insisto, a efectos de contabilidad de la empresa pero no a efectos de formulación del inventario, por lo que el segundo motivo de impugnación controvertido ha de ser desestimado.”: Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2006 (Incidente Concursal 322/2005)

4. Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

Artículo 83. Asesoramiento de expertos independientes.

1. Si la administración concursal considera necesario el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se refiere el artículo anterior, propondrá al Juez su nombramiento y los términos del encargo. Contra la decisión del Juez no cabrá recurso alguno.

2. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa se unirán al inventario.

CAPÍTULO III - De la determinación de la masa pasiva

SECCIÓN 1 - DE LA COMPOSICIÓN DE LA MASA PASIVA Y FORMACIÓN DE LA SECCIÓN CUARTA

Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa.

1. Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal.

2. Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154:

0. Tratamiento de los créditos contra la masa en caso de convenio

“7) En la medida en la que durante el concurso los gastos y créditos contra la masa se incrementan considerablemente se me plantean dudas sobre como encajar el pago de los créditos contra la masa con las previsiones del convenio.

El convenio no puede recoger limitación alguna al pago de los créditos contra la masa. Conforme a las reglas del artículo 154 en relación con el 84 de la Ley los créditos contra la masa son prededucibles y deben quedar satisfechos en su totalidad antes de empezar a realizarse el pago de créditos concursales, además el artículo 154 establece que los créditos contra la masa deben realizarse a fecha de su vencimiento, por lo tanto en el convenio no es admisible ninguna cláusula de quita o espera de los créditos contra la masa, a salvo de que sus titulares pudieran libremente renunciar al cobro de los mismos. Cuando al presentarse y aprobarse un convenio haya pendientes de pago créditos contra la masa el Juez debe advertirlo a los acreedores y al deudor y puede establecer incluso garantías para que esos créditos se satisfagan en los términos legales – piénsese en una indemnización vinculada a un expediente de regulación de empleo planteado dentro de un plan de viabilidad -. Los administradores concursales aunque se apruebe el convenio pueden quedar prorrogados en sus funciones no sólo respecto de la sección de calificación, sino también respecto de la realización de los pagos de estos créditos contra la masa. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 7

- 1.º Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Art. 84.2.1º

1. Los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, aunque no sean los inmediatamente anteriores a ésta

“TERCERO.- El privilegio de los últimos 30 días de salario

Sostiene el Fondo de Garantía Salarial, y se oponen administración concursal y concursada, que el crédito del art. 84.2.1º LC, que considera créditos contra la masa "por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso". La administración concursal entiende que esos días son los inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, y el Fondo de Garantía Salarial que forzosamente no tiene que ser así.

Este juzgado dijo en su sentencia de 14 de julio 2006 que "La literalidad del precepto permite interpretaciones diversas. Puede considerarse, como sostiene la administración concursal, que los "últimos treinta días" son los inmediatamente anteriores a la declaración de concurso. Pero puede también considerarse que la referencia a los treinta días de trabajo son los últimos anteriores a la declaración de concurso, pero sin necesidad de ser inmediatamente anteriores.

Como la norma no dice que tengan que ser inmediatamente anteriores, la interpretación que merece el precepto es que el privilegio se refiere al último mes devengado y no satisfecho, al que nuestro derecho históricamente ha concedido una especial protección que no puede apartarse por el hecho de que no exista una relación inmediata entre el devengo del salario y la declaración de concurso. En muchos casos tal momento puede dilatarse, pues puede ser razonable acometer un expediente de regulación de empleo preconcursal de cara a facilitar la solución en el concurso, lo que abocaría en todo caso a la inexistencia del privilegio".

A esas razones hay que añadir también que la propia norma se sostiene en una ficción. Porque esa es la consideración que merece el hecho de que un crédito anterior a la declaración de concurso, el salarial por los últimos treinta días de trabajo, se convierta en crédito no concursal, sino contra la masa, que de la relación del art. 84.2 LC se desprende que son siempre posteriores a la declaración de concurso.

Si la norma ha dado la consideración de crédito contra la masa a lo que era un crédito concursal, no se encuentra tampoco impedimento intelectual para interpretar que esos días hayan de ser forzosamente los inmediatamente anteriores a la declaración de concurso. Podrían ser, también, los últimos 30 días efectivamente trabajados, aunque el concurso se solicite después.

Lo que parece nítido es que el legislador ha querido otorgar un privilegio en la clasificación concursal de créditos semejante al que en el ámbito laboral se conoce como "superprivilegio" del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues coincide en duración temporal e importe del doble del Salario Mínimo Interprofesional. De esta forma su titular, el trabajador, se coloca en el cobro en una posición privilegiada, pues a la norma legal que reputa crédito contra la masa lo que en realidad es crédito concursal se anuda la previsión del art. 154.2 LC, respecto al modo en que se abonan estos créditos contra la masa.

En efecto, el régimen de abono de los créditos contra la masa es el de la preferencia temporal del momento de su devengo, lo que constituye una ventaja para quienes perciben prestaciones periódicas (arrendadores, acreedores que hayan pactado abono regular y trabajadores, que suelen percibir sus salarios mensualmente), ventaja que en este último caso, y por evidentes razones de protección social, se refuerza al ordenar a la administración concursal que precisamente estos créditos del art. 84.2.1º, se abonen inmediatamente.

Si esa era la razón del superprivilegio del art. 32.1. ET, y la de transformar un crédito concursal en otro que tendrá la consideración de crédito contra la masa en el art. 84.2.1º LC, debe garantizarse su percepción cualquiera que sea el momento en que haya dejado de prestarse efectivamente el trabajo, pues de lo contrario bastaría que la concursada aguardara ese término de 30 días para solicitar el concurso para que todo este sistema de protección se viera defraudado.

Ha de estimarse en consecuencia la pretensión del Fondo de Garantía Salarial y calificarse el importe de los tres últimos días de los diversos trabajadores afectados como crédito contra la masa del art. 84.2.1º LC. "": Sentencia JM-1 Bilbao 26.04.2007 (Incidente Concursal 258/2006)

"Este sistema de aventajar en el cobro los créditos por treinta días de salarios dejados de percibir por los trabajadores, se importó en art. 32.1 ET del Derecho concursal francés en 1980, pero ha quedado desde la entrada en vigor de LECO en un privilegio para la ejecución singular, en tanto que la concurrencia y prelación de créditos no se regula por la Ley que compromete la Disposición final 33ª de aquélla. En el concurso, la ventaja consiste en la reputación como crédito contra la masa en art. 84.2.1º LECO, aunque se devengue el crédito antes de la apertura del concurso, no obedezca a la continuidad de la actividad empresarial, ni beneficie funcionalmente a los acreedores concursales, ni sea un gasto de la masa, esto es, lo que cabe considerar un crédito contra la masa «sintético», con la finalidad de propiciar el mecanismo de pago mediante prededucción especial inmediata de art. 154.2 LECO, extrayendo estos créditos de la prelación, a que ya se ha hecho mención. La preferencia salarial, en realidad, nace históricamente en la «singularidad» del privilegio del salario por encima de la hipoteca del Antiguo Régimen, además con carácter de privilegio especial sin publicidad registral, lo cual repugnaba al sistema que nació de la codificación, mientras que el «super-privilege» francés surgió en el ámbito concursal, donde también surgieron las denominadas deudas de la masa sintéticas, es decir, la asimilación legal expresa de que créditos anteriores al concurso, y no para su gestación, sean contra la masa activa, con la «Gesetz über Konkursausfallgeld» alemana de 17 de julio de 1974, ya derogada desde 1999 por la vigente Insolvenzordnung.

Además de lo material --condición salarial--, los otros dos parámetros legales son:

1) El temporal. Se fija en los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso, viniendo determinado claramente el dato referencial de la fecha última, pero nada impone que sean necesariamente los salarios impagados del último mes anterior a la declaración del concurso, sino los salarios impagados de los últimos treinta días de trabajo inmediatos al auto de declaración de concurso (si bien la imputación de pagos corresponde al deudor ex art. 1.172 CC).

2) El cuantitativo. El salario mínimo interprofesional que hace de tope máximo, en el régimen LECO se refiere al vigente al dictarse el auto de declaración del concurso (año 2006, en este caso, el mismo que cuando el devengo), siendo, por lo demás general en la doctrina, considerar que el módulo incluye el prorrateo de las dos pagas extraordinarias preceptivas.

En el caso presente hay, pues, salarios contra la masa de doce días anteriores a la declaración del concurso (del 25 de enero al 5 de febrero, ambos inclusive) por importe de 432,48 euros, resultado de multiplicarlos por el tope legal de 18,03 euros por día, duplo del s.m.i del año 2006, siendo los 521,76 euros por encima del tope, crédito

concurzal dotado de privilegio especial de art. 91.1º LECO. " : SJM-2 Bilbao 22.06.2007 (Incidente Concursal 181/2007)

2. Sobre la pretendida subrogación del Banco en el crédito contra la masa "sintético" por salarios de los últimos 30 días

"TERCERO.- Por lo relacionado con los salarios de los últimos treinta días anteriores a la declaración del concurso de los trabajadores de Matrinator S.L., no puede admitirse la pretensión del Banco impugnante.

La administración concursal estima que su razonar sería idéntico al que opone a la pretensión de privilegio por subrogación en otros créditos salariales, pero aquí se cree, por el contrario, que la falta de acogida de esta primera cuestión no precisa argumentar lo que compete a la siguiente.

En primer término, nunca podría estimarse una rectificación en el sentido de declarar el superprivilegio del crédito por salarios del art. 32.1 ET, tal y como se formula, habida cuenta que:

1º) No se determina cuál es el monto, de entre los créditos ordinarios que se reconocen al Banco, cuantificando con exacta referencia a los umbrales de preferibilidad de la norma invocada, esto es, no se especifican cuáles fueron los trabajadores derechohabientes, cuál era su salario en enero de 2006, y qué días previos a la declaración del concurso de dicho salario se les abonó, por lo que no habría fórmula de establecer el cálculo por comparación con el duplo del salario mínimo interprofesional, y así siempre se vulnerarían los principios de rogación y de congruencia, que arrojan a los demás acreedores concurrentes.

2º) Por hipótesis, no cabe aplicar un privilegio general extraordinario instaurado en la norma legal laboral que se cita, y que no tiene equivalente en el régimen concursal, de modo que nunca tiene virtualidad clasificatoria ni prelativa ex art. 89.2 "in fine" LEC.

3º) El sistema de aventajar en el cobro los créditos por treinta días de salarios dejados de percibir por los trabajadores de art. 32.1 ET ciertamente fue una importación del Derecho concursal francés en 1980, pero ha quedado desde la entrada en vigor de LECO en un privilegio para la ejecución singular, en tanto que la concurrencia y prelación de créditos no se regula por la Ley que compromete la Disposición final 33ª de aquélla. En el concurso, tal ventaja consiste en la reputación como crédito contra la masa en art. 84.2.1º LECO, aunque se devengue el crédito antes de la apertura del concurso, no obedezca a la continuidad de la actividad empresarial, ni beneficie funcionalmente a los acreedores concursales, ni sea un gasto de la masa, esto es, lo que cabe considerar un crédito contra la masa "sintético", con la finalidad de propiciar el mecanismo de pago mediante prededucción especial inmediata de art. 154.1 LECO, extrayendo estos créditos de la prelación.

Así ello, quien se sostenga subrogado acreedor contra la masa con un derecho de cobro específico -también lo tendría quien pagó al tercero "in bonis" de buena fe de un contrato rescindido ex art. 71 LECO su crédito de restitución contra la masa; quien lo hizo a un administrador concursal por todo o parte de los honorarios que fijó el Juez del concurso ex art. 34 LECO; o quien sucedió en el crédito derivado de una resolución judicial concursal de contrato de arts. 61 o 62 LECO, por poner otros ejemplos-, no debe impugnar la lista de acreedores, como ya se ha indicado, sino en el caso de ver su derecho agraviado por la administración concursal, acudir al incidente que prevé art. 154.2 LECO.

4º) Pero es que, para el supuesto de autos, en la relación acompañada al Informe de acreedores contra la masa insatisfechos no aparecen titulares de esos salarios del mes de enero de 2006, por la simple razón de que los trabajadores fueron satisfechos, y nunca ha habido una subrogación por pago.

Resulta llano, desde los mismos -y únicos- datos que aporta la demanda incidental que Matrinator S.L. cobró de manera anticipada y directa créditos que se cobraban de forma habitual a través de cuentas en el Banco, y que estaban pignorados documentalmen te en garantía de su abono más anticipado aún a la acreedora, ahora concursada, haciendo expresión de que pagaría con el dinero el último mes de salarios de la plantilla, como parece que efectivamente sucedió. La demanda afirma que Matrinator S.L. pagó a los trabajadores con dinero que era propiedad del Banco, y tiene que sostenerse que si ello fuera así, no se trataría de un pago por tercero, sino de un pago propio con dinero ajeno, resulte lícito o ilícito, de modo que no podrían traerse de aplicación los arts. 1.158, 1.210.1º y 1.212 CCiv, Aunque tampoco se pagó con dinero propiedad del Banco, si es que puede hablarse en tales términos, dada la fungibilidad esencial del dinero, con el sentido de la propiedad del "tantum" de restitución, en la medida que el mecanismo de realización de la garantía prendaria financiera de créditos de suma de dinero o de titularidad fiduciaria del crédito frente a tercero por cesión documental, es la compensación. Lógicamente, si el dinero no pudo compensarse, ya que fue

directamente del tercero cedido al cedente, tampoco pudo adquirir la titularidad el cesionario pignoraticio, que era poseedor figurado de un crédito todavía no vencido. Por consiguiente, no hay mérito para privilegiar al Banco actor como pretende en ese capítulo. ”: Sentencia JM-2 Bilbao 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06)

- 2.º Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas.

Art. 84.2.2º

1. Gastos de Letrado designado por la administración concursal

1.1 Sólo está incluida en la retribución arancelaria del letrado-administrador la dirección técnica de los recursos, no la de los incidentes, que corre a cargo de la masa. Necesidad de previa autorización judicial del gasto.

“**PRIMERO** La Abogacía del Estado, en la representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, impugna por vía incidental el reconocimiento y la calificación que la administración concursal -que no el Juzgado- ha hecho del crédito invocado por la propia administradora única del concurso, abogada en ejercicio, por honorarios devengados en defensa de la administración concursal en dos incidentes promovidos durante la fase común sobre impugnación de la lista de acreedores. Según la administradora única los honorarios correspondientes a su propia actuación como letrada en defensa de la administración concursal en los dos incidentes en que fue demandada constituyen un crédito contra la masa adicional al que le corresponde por sus derechos arancelarios como administradora del concurso. La tesis contraria de la Abogacía del Estado -a la que en el acto del juicio se adhirieron la Tesorería General de la Seguridad Social y la propia concursada- se basa en la atribución legal -artículo 184.5 de la LC - de la dirección técnica de los recursos como función propia del letrado miembro de la administración concursal, y en la regla de la exclusividad que rige para la retribución de los administradores concursales en los términos del artículo 34 de la LC y 3 del RD 1860/2004, de 6 de septiembre.

Conviene aclarar, con carácter previo, que en este incidente no se discute la titularidad de un crédito sobre costas, puesto que no fueron impuestas a ninguna de las partes en los dos incidentes promovidos en la fase común de los que dimanaron los honorarios reclamados. Y que tampoco se ha cuestionado si los honorarios que la letrado ha devengado por su actuación profesional son o no excesivos en consideración al trabajo desarrollado o a la importancia de los asuntos. La única cuestión que cabe aquí resolver es si el abogado miembro de la administración concursal -ya sea el componente de la administración trimembre que diseña el artículo 27 de la LC, ya se trate como en este caso del administrador concursal único- puede cobrar con cargo a la masa honorarios -no derechos arancelarios- por su actuación profesional como letrado en la dirección técnica y defensa de la propia administración concursal en los incidentes en que intervenga durante la tramitación del concurso, y si, en caso positivo, en qué condiciones se puede reconocer el crédito y cuál es su naturaleza y tratamiento concursal.

SEGUNDO Las dos posiciones enfrentadas que las partes mantienen sobre esta cuestión se basan en los mismos preceptos de la Ley concursal y del RD 1860/2004, de 6 de septiembre, regulador del arancel de derechos de los administradores concursales. El artículo 184.5 de la Ley concursal es el punto de partida, en cuanto impone la asistencia de letrado a la administración concursal cuando intervenga «en recursos o incidentes» y añade: «como regla general, la dirección técnica de estos recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal».

Procesalmente los recursos y los incidentes son cosas distintas y se regulan en distintos capítulos de la Ley Concursal: los recursos en el capítulo IV del Título VIII y el incidente concursal en el capítulo III de ese mismo título. Para unos y para otros es preceptivo que la administración concursal actúe con asistencia de un abogado, pero sólo en el caso de los recursos la dirección técnica de la actuación de la administración concursal -

ya sea colegiada o unipersonal- se entiende incluida en las funciones del letrado miembro de la misma. Para no entenderlo así habría que sostener que cuando la Ley dice «estos recursos» está aludiendo impropia y erróneamente a todas las actuaciones procesales de la administración concursal para las que precisa asistencia de abogado, es decir, tanto a los recursos como a los incidentes, interpretación ésta que por forzada y contraria al preciso acotamiento legal debe ser necesariamente rechazada.

El artículo 3 del RD 1860/2004, de 6 de septiembre, refuerza la conclusión anterior a tenor de la cual es legalmente obligado a estos efectos diferenciar entre los recursos y los incidentes. Este artículo establece la regla de la exclusividad, que ya se infiere del artículo 34 de la Ley concursal, en la retribución de los administradores concursales, y dispone que por el ejercicio de las funciones atribuidas por la Ley, los administradores concursales no podrán percibir con cargo a la masa activa cantidades distintas de las que resulten de la aplicación del arancel. El apartado 3 de este mismo precepto reglamentario añade que el administrador concursal que tenga la condición de abogado no podrá percibir con cargo a la masa activa cantidad alguna por la dirección técnica de los recursos que la administración concursal interponga contra las resoluciones del juez del concurso. Esta limitación o aclaración normativa no tiene ningún sentido -o es absurdamente redundante- si, como la Abogacía del Estado, se sostiene que la regla de la exclusividad es absoluta y se proyecta sobre cualesquiera actuaciones profesionales del letrado miembro de la administración concursal en el seno y durante la tramitación del concurso. Si fuera esa la interpretación correcta no habría ninguna necesidad de establecer lo que el artículo 3. 3 dice, precepto que se explica y justifica perfectamente, en cambio, si en coherencia con la letra del segundo inciso del núm. 5 del artículo 184 de la Ley concursal se interpreta que la dirección técnica de la actuación procesal de la administración concursal en los incidentes no está entre las funciones legalmente atribuidas al letrado miembro.

La regla de la exclusividad presupone el ejercicio de funciones atribuidas por la Ley a los administradores concursales, y no parece discutible a la vista de los términos del artículo 184. 5 de la Ley concursal que si bien la dirección técnica de los recursos sí está atribuida al letrado miembro de la administración concursal -no solamente, por cierto, la de los recursos interpuestos por la propia administración concursal como parece presuponer el artículo 3.3 del RD 1860/2004, sino cualquier intervención procesal de la administración concursal en recursos-, la dirección técnica de los incidentes no está entre las funciones legalmente atribuidas al letrado miembro de la administración concursal, ni siquiera como regla general. Lo único que la Ley prevé es que la administración concursal intervenga -cuando lo haga- asistida de letrado.

TERCERO Si los servicios de asistencia o dirección técnica de la administración concursal en los incidentes no están entre las funciones legalmente atribuidas al letrado miembro de aquélla, habrá que convenir que el precio de esos servicios -cuando sean prestados por el propio letrado componente de la administración concursal- no puede entenderse incluido en su retribución arancelaria. La regla de la identidad aplicable a los procedimientos concursales de tramitación ordinaria (artículo 2. 1 del RD 1860/2004 y 34. 2 de la LC) no se ve alterada por esa conclusión si admitimos la premisa en que se sustenta: el arancel reglamenta la retribución correspondiente a la administración concursal por el desempeño de las funciones que tiene legalmente encomendadas (artículo 1. 1 de la LC), y entre esas funciones no se encuentra la asistencia letrada de la administración concursal en los incidentes que se susciten durante el concurso.

El crédito que por esta causa se pueda generar durante la tramitación del concurso es un crédito contra la masa, conforme a lo establecido en el artículo 84. 2º de la Ley concursal que se refiere a «los de asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes». Ninguna duda cabría al respecto si, tratándose de un administrador concursal único que tuviera la condición de economista, auditor o titulado mercantil no abogado, la defensa de la administración concursal hubiese sido encomendada a un letrado en ejercicio. El precio de esos servicios -honorarios profesionales- sería indiscutiblemente un crédito contra la masa del artículo 84. 2º de la LC. Lo que en este caso hace generar la duda es que la propia administradora concursal única que es al mismo tiempo letrado en ejercicio se autocontrate para prestar unos servicios de asistencia jurídica y procesal, en condiciones no previamente autorizadas por el juzgado.

CUARTO En efecto, al haber asumido voluntariamente la abogada que es a la vez administradora única del concurso la defensa técnica del órgano concursal en dos incidentes promovidos durante la fase común, la pretensión de cobrar con cargo a la masa los honorarios correspondientes a esos servicios -que ya se ha dicho que no forman parte de sus funciones como administradora del concurso- presupone con carácter general que el gasto ha sido previamente autorizado por el Juez con audiencia del deudor y de las partes personadas.

Si el administrador único del concurso fuera un economista, auditor o titulado mercantil no parece dudoso que la contratación de un abogado para defender a la administración concursal en los incidentes en que hubiese sido demandada (o para promover demanda incidental, en los casos en que está legitimada) precisaría como regla general la autorización previa del juez del concurso, obtenida por el trámite del artículo 188 LC. Si sostenemos -como aquí se hace- que la dirección y asistencia letrada en los incidentes no está entre las funciones del letrado que es administrador concursal único o miembro de la administración concursal colegiada, caben dos posibilidades: o bien que la administración concursal decida la contratación de un abogado externo con cargo a la masa y previa autorización judicial, o bien -como será lo normal- que decida encomendar esa defensa al abogado componente de la administración concursal. Y en este segundo caso, si se pretende que esos servicios sean retribuidos con cargo a la masa al margen de la retribución arancelaria que, como miembro de la administración concursal, corresponde al abogado, será igualmente preciso obtener la previa autorización del juez del concurso expresando en la solicitud el costo -al menos aproximado- de los servicios, las posibilidades de afrontar el gasto con cargo a la masa, las condiciones de pago y la necesidad o conveniencia de sostener en el juicio incidental una determinada postura procesal.

La necesidad de esa previa autorización judicial es congruente con la solución que la propia Ley concursal establece para casos similares (así por ejemplo en el artículo 83, relativo al asesoramiento de expertos independientes) y constituye la única solución posible para evitar situaciones absurdas, e incluso abusos derivados de la autocontratación. Porque absurdo sería que, como en este caso se pretende, pudiera reconocerse a la abogada que es administradora concursal única un crédito contra la masa -por honorarios derivados de su intervención como letrado de la parte demandada en dos incidentes concursales sobre impugnación de la lista de acreedores- por un importe superior al de los derechos arancelarios fijados como retribución definitiva por toda la fase común del concurso. Es claro que en esas condiciones la autorización no habría sido concedida, por más que los honorarios se ajusten a los baremos de mínimos del Colegio de Abogados.

Así pues, en cuanto tiene por objeto la impugnación del crédito contra la masa reconocido por la administración concursal, la demanda deberá ser estimada aunque sea con base en fundamentos de derecho distintos de los alegados por la actora. El crédito que la administración concursal ha reconocido en este caso ha sido generado por decisión de la propia administración concursal sin contar con la previa autorización judicial, que ha de entenderse necesaria como regla general para la contratación de servicios externos a los que la propia administración concursal presta dentro de sus funciones (las excepciones a la regla son, naturalmente, las de servicios de pequeña cuantía o cuando sea necesario solucionar mediante el auxilio de terceros situaciones que no admiten la demora). A falta de esa previa autorización el gasto no puede ser cargado contra la masa y deberá ser afrontado por la propia administración concursal.": Sentencia AP La Coruña 16.01.2005 (JUR 2006/124260)

1.2 Viabilidad de la contratación de un abogado, con cargo a la masa, para juicios extraconcursoales

"PRIMERO : Recurrída en reposición la providencia de fecha 21 marzo 2006 por la que se acordaba autorizar a la administración concursal para contratar los servicios profesionales de un letrado y el abono de honorarios con cargo a la masa por importe de 30.000 euros, para la solución del recurso habremos de realizar las siguientes consideraciones: en aquellos supuestos en los que se plantea la cuestión ahora suscitada, como son los de administración concursal de composición colegiada, ha de partirse del principio sentado en la Ley Concursal por el cual la regla general de distribución homogénea de competencias entre sus miembros (art. 35-2 L.C.) encuentra su excepción primeramente para los integrantes que tengan la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil a quienes la Ley les viene a encomendar la específica labor de supervisar las cuentas anuales que formule el concursado o los administradores de la sociedad concursada durante la tramitación del concurso, para el caso de mera intervención de sus facultades patrimoniales, o de formular esas cuentas en el caso de suspensión de tales facultades (art. 46-2 L.C.); de la misma manera aquella regla general quiebra igualmente en lo que se refiere a los integrantes del órgano concursal con la titulación de abogado a quienes la Ley les atribuye correlativamente un cometido específico, cual es el de asumir la dirección técnica de los recursos procesales que dicho órgano pueda interponer contra las resoluciones del Juez del concurso (art. 184-5 inciso final L.C. restringiendo de esta manera la norma inicial contenida en el Proyecto de Ley que simplemente concedía a dicho administrador la facultad de asumir la asistencia letrada en los recursos e incidentes concursales). Lógica consecuencia de lo anterior es el desarrollo que se contiene en el Real Decreto

1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, cuyo art. 3-2, después de sentar la regla de la exclusividad por el cual los administradores concursales no podrán percibir con cargo a la masa activa cantidades distintas de las que resulten de la aplicación del arancel, viene a recoger con carácter particular las obligaciones que incumben a los componentes del órgano concursal según ostenten una u otra titulación contable o jurídica y así, para el caso de los abogados, su art. 3-3 establece que “no podrá percibir con cargo a la masa activa cantidad alguna por la dirección técnica de los recursos que la administración concursal interponga contra las resoluciones del juez del concurso”.

SEGUNDO : De lo aquí expuesto se colige con claridad que la Ley Concursal no impone al integrante de la administración concursal con titulación de abogado, fuera de las competencias comunes para todos los miembros, otra función específica que la de asumir la repetida dirección técnica de los recursos que el órgano concursal interponga contra las resoluciones del juez del concurso -tarea que no podrá ser retribuida de manera individualizada con cargo a la masa activa al resultar inherente a su condición de miembro del órgano concursal- pero ninguna otra. Es por ello que la dirección técnica de los pleitos que puedan afectar al concursado en los juicios que se ventilan extramuros del concurso en modo alguno compete con carácter necesario al letrado administrador concursal, sin que tampoco resulte de aplicación al caso la norma contenida en el art. 32 L.C. para la designación de auxiliares delegados dado que su prepuesto de aplicación es precisamente la delegación a terceros de “determinadas funciones” de entre aquellas que resulten propias o sean de la incumbencia exclusiva del órgano concursal. Conclusión de todo lo anterior es que la administración concursal es libre, dentro del ámbito de decisión en que se desenvuelve su actuación, para contratar los servicios de otro letrado que asuma la repetida tarea si entiende que concurren circunstancias -cualitativas como puede ser la complejidad técnica o la dispersión geográficas de los asuntos, o cuantitativas como su elevado número- que así lo aconsejan en interés de la masa. En el presente caso se informa por la Administración concursal que penden una serie de procedimientos civiles en los que es parte la concursada “Construcciones, Obras y Montajes del Principado, S.L.” y que se enumeran como 9 juicios cambiarios, 6 juicios monitorios, 18 juicios ordinarios, además de varias ejecuciones de títulos judiciales y no judiciales, a lo que hay que añadir la pendencia también de 12 juicios laborales y múltiples conciliaciones en UMAC, razón por la que se autorizó en la providencia ahora atacada la contratación por el órgano concursal de un letrado y su retribución por honorarios con cargo a la masa por 30.000 euros, argumentos que conducen en definitiva a la desestimación del recurso planteado. “:Auto JM-1 Oviedo (Asturias) 25.04.2006 (JUR 2006/147209)

2. No son deudas de la masa las que resultan de la actuación procesal del deudor sustituido por la administración concursal

[“oposición a la impugnación de informe de la administración concursal] Debe especificarse que las costas irrogadas por Orfebrería Cortasa, SL deberán correr a cargo de los titulares de su capital, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador social, puesto que efectivamente no cabe imputarlo a la masa activa, recogiendo la tesis de los declarativos en que concurren Administración Concursal sustituyendo al concursado y éste actuando por su cuenta, de art. 51.2 pfo. 2º LECO.”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria-Gasteiz) 17.10.2005 (AC 2005/2277)

3. Gastos por asistencia y representación del concursado. Atemperación a las circunstancias

“PRIMERO Versa el presente incidente acerca de la cuantificación que la demandante «Gutiérrez de la Roza, S.L.» pretende por su intervención como asistencia letrada del concursado «Trefkoel Llanes, S.L.» en la calificación que como crédito contra la masa le corresponde a tal concepto por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2º art. 84-2 LC A este propósito, conviene primeramente recordar que en la tarea de fijación de honorarios del letrado por su actuación profesional habremos de tener presente los criterios repetidamente sentados por el TS (SSTS 13-6-29, 5-2-64, 27-4-78, etc.) por los cuales, salvo que en el arrendamiento de tales servicios profesionales hubiere mediado un pacto o acuerdo previo sobre su remuneración, cuando surge la discrepancia respecto del precio, éste deberá ser fijado por los Tribunales como una cuestión fáctica o de hecho atendiendo para ello a circunstancias libremente apreciadas y valoradas tales como, naturaleza del asunto, complejidad, trascendencia jurídica o económica, tiempo que requirió normalmente emplear, etc., criterios que han de guardar objetiva concordancia con los servicios prestados con adaptación a su naturaleza, o, como ha señalado en nuestro territorio la, SAP. Oviedo, Secc. 1ª, de 9-2-99 (AC 1999, 3338),

deberá atenderse, en ausencia de pacto sobre honorarios, a la complejidad del trabajo desarrollado, la necesidad de su intervención, la utilidad para la parte y todos cuantos datos sirvan para ponderar el precio. A ello habremos de añadir que las normas sobre honorarios profesionales elaborados por el Colegio de Abogados carecen de eficacia vinculante, como así previene el propio Estatuto General de la Abogacía (art. 44 Real Decreto 658/2001, de 22 junio), teniendo únicamente utilidad en cuanto que instrumento orientativo o consultivo, por lo que el solo hecho de que la minuta profesional girada se comprenda dentro de los límites marcados por las mismas no constituye justificación suficiente para su íntegra exigibilidad.

SEGUNDO Solicita la asistencia letrada de la concursada la inclusión entre los créditos contra la masa de las cantidades pretendidas por la llevanza de tres incidentes concursales, todos ellos promovidos a instancia de la propia parte concursada, a saber, el incidente 55/2005 seguido contra la clasificación reconocida en el concurso al Barclays Bank en el que recayó sentencia desestimatoria sin imposición de costas, el incidente 56/2005 seguido en impugnación de la cuantía reconocida como crédito a varios acreedores en el recayó sentencia estimatoria parcial de la demanda sin imposición de costas a salvo las causadas por uno de los codemandados que fueron impuestas a la concursada, y el incidente 57/2005 en el que se discutía la valoración de algunos bienes incluidos en el inventario de la masa activa y que finalizó con sentencia desestimatoria y con imposición de costas a la concursada. Para la determinación en el ámbito jurisdiccional que nos ocupa de la cuantía por la actuación profesional del letrado y por los conceptos expuestos, procede realizar las siguientes consideraciones: 1) Como ya se ha dicho, la totalidad de las actuaciones judiciales fueron promovidas a instancia del propio concursado, cuyo gasto procesal debe ser efectivamente asumido por la masa del concurso al no haber recaído pronunciamiento judicial alguno que impusiera las costas causadas a un tercero. Ahora bien, la repetida circunstancia común a todos los incidentes de haber sido planteados en interés del concursado y no de la masa, así como su resultado prácticamente infructuoso, llevan necesariamente a moderar la reclamación efectuada pues -como sostiene la administración concursal en su contestación- **es claro que las consecuencias económicas de una serie de impugnaciones más o menos infundadas o caprichosas promovidas por el propio concursado, en ningún caso podrán servir de exclusivo beneficio a su asistencia letrada a la par que de correlativo empobrecimiento de la masa del concurso con el consiguiente perjuicio al interés de los acreedores, pues una hipertrofia injustificada de los créditos contra la masa en este punto vaciaría de contenido el derecho de los acreedores concursales a su satisfacción conforme a la Ley del dividendo y con ello la finalidad misma del procedimiento concursal.** 2) Sentado lo anterior, disponemos como primera referencia orientadora sobre la cantidad devengada por las actuaciones procesales descritas de los criterios colegiales de honorarios profesionales, para lo cual habremos de examinar los aprobadas de consuno por las Juntas de Gobierno de los Ilustres Colegios de Abogados de Oviedo y Gijón en sesiones celebradas los días 14 diciembre y 30 noviembre 2005, respectivamente, y que vienen a adaptar dicha normativa orientadora a las fases del procedimiento concursal vigente tras la reforma operada por la Ley 22/2003, de cuyo examen encontramos que para una cifra de pasivo resultante de los textos definitivos por importe de 1927.110,60 euros, los honorarios previstos ascienden a 58.192,21 euros, teniendo presente que tal estimación comprende los honorarios devengados por el letrado del concursado por la totalidad del transcurso de la fase común en el que se incardinan los trámites incidentales que aquí se exponen. 3) Pero además de lo expuesto habremos de tomar en consideración dos criterios de referencia especialmente cualificados a los fines que nos ocupan, el primero de ellos conectado a la cuantía de la masa activa del concurso -recuérdese que las normas orientadoras del Colegio de Abogados solo atienden al pasivo- que ha de servir para atender tanto al pago de los créditos contra la masa, con arreglo al régimen de prededucibilidad que le es propio, como al de los créditos concursales, siendo en el presente caso la cifra de la masa activa, según textos definitivos, de 512.512,24 euros, esto es, menos de la mitad del pasivo; y el segundo de tales criterios vendrá dado por la retribución correspondiente a la administración concursal, teniendo presente para ello que las cantidades aranceladas en el Real Decreto 1860/2004, de 6 septiembre aparecen ajustadas a «la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento» (así de su Exposición de Motivos), retribución que en el presente procedimiento ha sido fijada con carácter definitivo por la fase común en la cifra de 9.180,92 euros (10.649,86 euros IVA incluido), consideraciones todas ellas que llevan a tener como ajustada a los parámetros señalados la cantidad por honorarios a favor de «Gutiérrez de la Roza, S.L.». en la suma de 20.000 euros y que así procede ser reconocida como de su titularidad al amparo de lo dispuesto en el art. 154-2 LC.

TERCERO Por lo que respecta a los Derechos de la Procuradora Doña Yolanda que acumuladamente se reclaman por la tramitación de los incidentes 55/05, 56/05 y 57/05, solo cabe la estricta aplicación del arancel aprobado por Real Decreto 1373/2003, de 7 noviembre, modificado para las actuaciones en el ámbito concursal por el Real Decreto 1/2006, de 13 enero, de cuya observancia aparece que los incidentes 55/05 y 56/05 en cuanto que promovidos en impugnación de la lista de acreedores deben de ser tenidos a los efectos de minutación como de cuantía indeterminada (según se deriva de los términos imperativos en que se pronuncia el art. 21-4 in fine RD 1/2006), lo que por aplicación del art. 1 apartado 3º del arancel supone unos derechos de 260 euros por cada uno de ellos, a lo que debe añadirse el suplido por 81 euros del Colegio de Arquitectos. En cuanto al incidente 57/05, teniendo una cuantía propia de 512.512,24 euros, devenga unos derechos por importe de 1.540,39 euros (art. 24-5 RD 1/2006 en relación a la escala del art. 1 arancel), debiendo aplicarse a cada una de tales minutas el incremento del 16% IVA y la reducción en el 15% IRPF, lo que hace un total a su favor y por tales conceptos de 2.162 euros ”: Sentencia JM-1 Asturias (Oviedo) 16.02.2006 (AC 2006\155)

“También se reclama la incorporación como crédito contra la masa, la minuta del letrado y la factura de la procuradora que la han representado durante la tramitación del concurso. Como ya se ha señalado en otras resoluciones, el art. 84-2º de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, incorpora como créditos contra la masa: 2º.Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas. Por tanto sí hay que incorporar la minuta y factura señaladas.

Ahora bien, obviamente es la deudora la que elige la defensa y representación, son decisiones anteriores a la declaración de concurso, que ahora deben abonarse con cargo a la masa activa de la deudora, y en perjuicio de los demás acreedores. Por ello la minuta del letrado en ningún caso puede superior a los honorarios de los administradores concursales, -donde también hay un letrado-. En ambos casos se trata de una asistencia técnica y profesional, que con diferentes posiciones tiene la misma finalidad. Por tanto sí se admite la impugnación en este sentido pero limitado a la misma cantidad que percibirán los administradores concursales por la tramitación de la fase común.”: Sentencia JM-1 Lleida 28.11.2005 (Incidente Concursal 41/2005)

- 3.º Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos.
- 4.º Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 5.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso.

Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.

Art. 84.2.5º

1. No son deudas de la masa las retenciones fiscales devengadas (practicadas) antes de la declaración del concurso, aunque su exigibilidad sea posterior a ésta

“**PRIMERO** La sentencia impugnada es la dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo que califica uno de los créditos detentados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), en el marco del concurso de la sociedad Muebles el Castro SL, en concreto el de las retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los salarios de sus trabajadores correspondientes al último trimestre del año 2004, como crédito del concurso, atendiendo a que la declaración de éste se produjo el 21 de diciembre de ese año. La pretensión es que dicho crédito se considere como contra la masa. (...)

TERCERO La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) impugna la sentencia dictada en incidente concursal que no acepta que el crédito constituido por la totalidad de las retenciones efectuadas por la concursada, Muebles el Castro Sociedad Limitada, correspondiente al último trimestre del año 2004, se configure como deuda contra la masa. La resolución entiende que la obligación de retener a cuenta, que afecta al empresario, es un deber fiscal autónomo, mientras que la de pagar a la Administración Tributaria no nace el 31 de diciembre, es decir, al concluir el trimestre, sino coincidiendo con el momento mismo del pago del salario, que es el hecho imponible al que esta segunda obligación considera totalmente vinculada.

La resolución entiende que la obligación de retener a cuenta y de ingresarlo en la Hacienda Pública, que afecta al empresario, es un deber fiscal autónomo en el que existen dos obligaciones vinculadas: la de pagar a la Administración Tributaria y la previa de retener a cuenta de las nóminas de sus trabajadores lo correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas. Dicho en otros términos, las dos nacen de una misma realidad y al mismo tiempo, aquélla y éste se constituyen por el surgimiento del hecho imponible, que coincide con la fecha de los abonos de las nóminas.

El problema que se plantea por la AEAT consiste en entender que el crédito tributario que nace de la retención en concepto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que corresponde al trimestre en el que se declaró el concurso, es un crédito contra la masa, al deber incluirse en el artículo 84. 2. 10º de la LC, por resultar de obligaciones nacidas de la Ley con posterioridad a la declaración del concurso, atendiendo a que, aun cuando la fecha de aquella declaración fue el 21 de diciembre de 2004, la obligación del empresario para con la Hacienda Pública no nace sino el 31 de diciembre, es decir, el último día, debiendo dejarse de lado el plazo de los otros 20 días para la correspondiente liquidación. En definitiva, en la tesis del recurso lo que se sostiene es que el concursado, empleador, tiene dos obligaciones autónomas y perfectamente diferenciadas: la de retener el IRPF, y la de ingresar esas cantidades en la Hacienda Pública. Esta segunda, que es la obligación frente a la entidad pública, es legal, no está sometida a condición y es posterior a la declaración del concurso por nacer el 31 de diciembre, último día del período trimestral.

El art. 84. 2 de la Ley Concursal, que enumera los créditos contra la masa, en el núm. 10 dice: «los que resultaren de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración del concurso, y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso». Precisamente la discusión nace de que hay una evidente distancia temporal entre el momento en que la entidad concursada ha de realizar la retención del Impuesto de las Personas Físicas correspondiente a salarios de sus trabajadores y aquél en el que debe pagar tales cantidades a la Hacienda Pública, encontrándose entre medias la declaración del concurso.

De acuerdo con el art. 20 de la vigente Ley General Tributaria (L. 58/2003, de 17 de diciembre) «el hecho imponible es el presupuesto fijado por la Ley para configurar cada tributo, y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal». Consta, al mismo tiempo, en el artículo 21 de ese texto, en concreto en el apartado 1, que «el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal» (recogiendo el Diccionario de la Real Academia que devengar es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicios u otro título), añadiendo el apartado 3 que «la Ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo». Si tenemos en cuenta que el devengo es el momento en que nace la obligación tributaria, y dicho momento coincide con el del hecho imponible, al tratarse del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, y teniendo en cuenta que es el pagador del salario, en este

caso la entidad concursada, quien está obligada a retener la cantidad que corresponda de dicho salario en el momento en que lo abone, y más tarde a pagarla a la Hacienda Pública, no es posible entender que tales momentos se configuran en forma autónoma e independiente, de manera tal que la primera obligación se apoya en una relación entre particulares (empresario y trabajador) y la segunda en una entre un particular y una entidad pública (empresario y Hacienda) ?criterio sostenido en el recurso?, sino que desde el momento en que nace el hecho imponible, es decir, el pago del salario, que coincide con la retención del impuesto, la obligación del empresario nace en una doble dirección, hacia el trabajador y hacia la Hacienda Pública. En este sentido ha de tenerse en cuenta que el retenedor es un mero intermediario de manera tal que, sea cual sea su conducta, es decir, retenga o no el impuesto, y lo haga de la cantidad correcta o de otra inferior, su obligación de abono para con el Tesoro en el momento en que legal o reglamentariamente esté establecido, no se reduce al pago de la sanción correspondiente, sino que permanece el abono de la cantidad a que asciende el impuesto, además de incrementarse con la mencionada sanción.

Los artículos 101 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y los 72, 73, 76 y 77 del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de aquel Impuesto, conducen a la misma conclusión, al considerar la forma en que se recoge el deber de las personas o entidades contempladas en el artículo 74 del Reglamento, sin establecer obligaciones diversas o independientes ni fechas distintas a los efectos del nacimiento de la obligación frente a la Hacienda, cuando dice: «estarán obligadas a retener e ingresar en el Tesoro».

Si ello es así, es decir, si el crédito de la Hacienda nace en el momento del hecho imponible, que es el del pago del salario a los trabajadores, no puede considerarse que sea el último día de cada trimestre aquél en el que nace la obligación para con la misma, lo que significa que el crédito por retenciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas no nace con posterioridad a la declaración del concurso, lo que determina que no se trate de un crédito contra la masa, sino de un crédito concursal, si bien privilegiado.

Los argumentos manejados en la sentencia de instancia, como el relativo a la pérdida de tales retenciones de la dimensión de depósito, a la consideración de dichas retenciones por la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS y el de la dimensión de la posterior liquidación frente a la Hacienda Pública que, podría añadirse, no solo supone un trato que beneficia exclusivamente a ésta pero que en ningún caso puede alterar la calificación ni el momento de nacimiento del crédito, complementan la decisión que es estos momentos ha de concluir con la desestimación del recurso y la plena confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO Por fin, el recurso pretende que el criterio de la sentencia no es el mismo que el seguido por la administración Concursal, y pese a ello aquélla confirma lo establecido por ésta.

El momento en que los empleadores abonan el salario (momento en que, como se ha dicho, nace la obligación de retener y la de ingresar en la Hacienda Pública dichas retenciones) coincide con el último día del mes corriente, el trabajado, o, en ocasiones, dentro de los cinco días primeros del mes siguiente (como apunta la representación de la administración Concursal). Siendo ello así, en realidad, cuando el 31 de diciembre o en los cinco primeros días del mes de enero se abonan los salarios correspondientes a la mensualidad vencida, el pago de los salarios y la cantidad retenida es ya posterior a la declaración del concurso. Pues bien, lo que hace la administración del Concurso es considerar deuda contra la masa las retenciones de los salarios correspondientes a los días posteriores al 21, fecha del auto de declaración del concurso. Tiene razón el recurso en cuanto a que la cantidad retenida por el IRPF de los salarios correspondientes al mes de diciembre de 2004 se devenga con posterioridad a la declaración del concurso, y no solo lo correspondiente a los días posteriores al día 21 de aquel mes. En ese sentido, y para que la resolución tenga la congruencia necesaria con toda la argumentación hasta aquí sostenida, deberá ser declarada como crédito de la masa la totalidad de las retenciones por IRPF de los salarios correspondientes al mes de diciembre.": Sentencia AP Asturias 23.06.2006 (JUR 2006/246256)

“Por otra parte, en lo que interesa al impuesto del valor añadido (I.V.A) y retenciones por el impuesto de la renta de las personas físicas (I.R.P.F), también debe estar a cuanto tiene razonado el Juzgado. El hecho de que se declararan o se debieran declarar-liquidar con posterioridad al concurso no convierte esos créditos concursales en créditos contra la masa. El Iva ya estaba devengado y las retenciones ya estaban efectuadas con anterioridad. Los créditos correspondientes ya existían aunque sólo fueran exigibles con posterioridad. No se han generado por la actividad de la concursada tras la declaración del concurso sino que se han generado por su actividad empresarial con

anterioridad, por más que debieran ser declarados-liquidados con posterioridad a la declaración del concurso. La administración tributaria sostiene, subsidiariamente, que sí que podría llegar a distinguirse entre la parte devengada antes y la devengada después de la declaración del concurso (el 23 de noviembre) pues, según la recurrente, se trata de un mero cómputo que no es material y físicamente imposible sino que puede hacerse, pero lo que ahora importa es que tal cómputo no se ha hecho ante la imposibilidad concreta de hacerlo con los datos aportados al procedimiento. Era en este incidente donde la parte debería haber aportado los datos precisos para efectuar dicho cálculo, para señalar la concreta distribución que pretendía, precisando en su apelación cual debía ser si no le satisfacía la efectuada en primera instancia. Dice la recurrente que el cálculo puede hacerse pero ni siquiera ella lo ha hecho para articular su petición.”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

“CUARTO.- En último término plantea la apelante que sean créditos contra la masa los derivados por retenciones del I.R.P.F. durante todo el segundo trimestre del año 2005. El concurso se declaró por Auto de 8 de Mayo de ese año y el Juzgador considera como crédito concursal el relativo al periodo transcurrido hasta ese momento y lo que pretende la apelante es que todas las retenciones de ese trimestre se consideren créditos contra la masa. Se trata también de una cuestión ya resuelta por esta Sala en la sentencia de 23 de Junio de 2006 con el mismo sentido de la resolución apelada. Basta, pues, con remitirse esos razonamientos para desestimar la cuestión planteada.”: SAP Asturias 13.02.2007 (sección 1) (JUR 2007/80789)

“**TERCERO** Se suscita seguidamente por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en incidente de impugnación acumulado al anterior, la cuestión referida a la calificación que merecen las retenciones practicadas por la concursada «Muebles El Castro, SL» correspondientes al IRPF por los salarios del cuarto trimestre de 2004, teniendo presente que la fecha de declaración del concurso data de 21 diciembre 2004. La postura mantenida por la AEAT es la de calificar toda la suma (5.492,70 euros por retenciones IRPF más 1.098,54 euros por recargo de apremio, lo que hace 6.591,24 euros que son objeto de certificación) como crédito contra la masa dado que las retenciones del cuarto trimestre no se devengan hasta la fecha 31 diciembre 2004 (posterior a la declaración de concurso) que se corresponde con el último día de la declaración-liquidación trimestral que se lleva a cabo mediante la presentación del modelo 110. Frente a ello la propia concursada sostiene la necesidad de distinguir entre la fecha del devengo, que se corresponde con cada uno de los abonos de nóminas, y la fecha de su exigibilidad por la Hacienda Pública que efectivamente acontece con posterioridad a la declaración del concurso. En el mismo sentido la Administración concursal, invocando los art. 72 a 77 Real Decreto 1775/2004, de 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre las Personas Físicas, pretende la computación como crédito contra la masa de las sumas de 349,12 euros más 180,16 euros que se corresponden con las retenciones por IRPF de salarios pagados con posterioridad a la declaración del concurso, mientras que la cantidad de 5.029,44 euros por retenciones de IRPF de salarios pagados antes de la declaración del concurso serían crédito con privilegio general del art. 91-2º LC.

La premisa inicial para solucionar esta cuestión parte de recordar, como ya hemos dicho, que las retenciones por IRPF, a efectos concursales, ya no tiene en la actualidad y tras la reforma concursal la naturaleza de depósito a favor de la Hacienda Pública sujeta al derecho de separación ex iure dominii de que gozaba en el régimen anterior (tal y como había sentado la STS de 5 julio 2000 [RJ 2000, 5729] en interpretación y aplicación del art. 96-5 del Reglamento General de Recaudación). Siendo el legislador consciente de la ficción que suponía tal asimilación, pues ni estamos en presencia de un contrato de depósito de naturaleza real y consensual como así se conceptúa en el CC y en el CCom, ni tampoco se puede hablar de un genuino derecho de separación que exige la más perfecta identificación de los bienes a separar, todo ello incompatible con un bien como el dinero habida cuenta de su ultrafungibilidad que le lleva lógicamente a confundirse con el patrimonio del retenedor, es por lo que las cantidades que obedezcan a retenciones tributarias pasan en la nueva regulación de estar sujetas a separación (ya no entran en el ámbito del art. 80 LC) a configurarse como auténticos créditos a favor de la Hacienda Pública si bien con el reconocimiento del privilegio general previsto en el art. 91-2º LC.

Descartadas por lo tanto las reglas aplicables al depósito y por lo tanto el derecho del acreedor a reclamar las sumas en cualquier instante (art. 1766 CC y 306 CCom), habremos de resolver el conflicto atendiendo a la naturaleza crediticia de las retenciones. En este sentido la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, 13-11-99 [RJ 1999, 9601], 7-11-97 [RJ 1997, 9660], 12-2-2001 [RJ 2001, 911], 9-10-2003 [RJ 2003, 8578], etc.) ha venido señalando que la obligación de retener a cuenta del IRPF parte de las

retribuciones abonadas a trabajadores e ingresarla en la Hacienda Pública, constituye un deber fiscal de carácter autónomo impuesto al pagador sobre el que pesan dos obligaciones, una la de retener en concepto de pago a cuenta la cantidad que proceda, y otra la de ingresar su importe, todo lo cual se corresponde con la regulación legal hoy vigente contenida en el art. 101 del Real Decreto Legislativo 3/2004 de 5 marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los art. 72, 76 y 106 del Real Decreto 1775/2004, de 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Cabe señalar además por lo que respecta a la segunda de tales obligaciones, la de proceder al ingreso a cuenta que es la que aquí nos ocupa, que su nacimiento o devengo tiene lugar, por su naturaleza ex lege, cuando se realiza el hecho imponible mismo sin perjuicio de que su exigibilidad se relegue a un momento posterior conforme a las condiciones y plazos que se establezcan reglamentariamente (STS, Sala 3ª, de 3-12-99 [RJ 1999, 9607]). Esto supone que las declaraciones trimestrales por las que el sujeto pagador procede a liquidar las cantidades retenidas y a realizar los ingresos a cuenta en el Tesoro Público, conforme dispone el art. 106 del Real Decreto 1775/2004, dentro de los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, no es sino expresión del cumplimiento de una obligación exigible periódicamente pero que ya había nacido con anterioridad en el momento en que se practica cada una de las retenciones que siguen al abono de la respectiva nómina.

Llevado lo anterior al ámbito concursal forzoso será concluir que únicamente las retenciones practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento y encuentran acomodo en el núm. 5 del art. 84-2 LC. Por otra parte, tal conclusión es la que mejor se aviene con los principios que inspiran la regulación de los créditos contra la masa cuyo común denominador (a salvo del núm. 1 de la norma) es la mera temporalidad en el nacimiento de esos créditos: su extraconcursalidad se justifica en la medida en que posibiliten el desarrollo del proceso en el que se habrán de satisfacer de forma colectiva a los acreedores concursales así como la continuación de la actividad económica del deudor en el caso de optar por la solución de convenio, para lo cual la propia Ley atiende al momento de nacimiento del crédito no al de su exigibilidad, y así repárese en que ambos momentos pueden aparecer disociados e incluso distantes en el tiempo en casos como el de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo (núm. 5 art. 84-2) o el de las obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado (núm. 10 art. 84-2), a pesar de lo cual si su nacimiento fuera previo a la declaración del concurso serán en todo caso créditos concursales y no contra la masa”: Sentencia JM Oviedo (Asturias) 31.05.2005 (AC 2005/1019)

“SEGUNDO Se suscita seguidamente por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la cuestión referida a la calificación que merecen las retenciones practicadas por la concursada «Porcelanas del Principado, SL» correspondientes al IRPF por los salarios del segundo trimestre de 2005, teniendo presente que la fecha de declaración del concurso data de 8 junio 2005. La postura mantenida por la AEAT es la de calificar toda la suma como crédito contra la masa dado que las retenciones de dicho trimestre no se devengan hasta un momento posterior a la declaración de concurso.

La premisa inicial para solucionar esta cuestión parte de recordar que las retenciones por IRPF, a efectos concursales, ya no tiene en la actualidad y tras la reforma concursal la naturaleza de depósito a favor de la Hacienda Pública sujeta al derecho de separación ex iure domini de que gozaba en el régimen anterior (tal y como había sentado la STS de 5 julio 2000 en interpretación y aplicación del art. 96-5 del Reglamento General de Recaudación). Siendo el legislador consciente de la ficción que suponía tal asimilación, pues ni estamos en presencia de un contrato de depósito de naturaleza real y consensual como así se conceptúa en el CC y en el CCom, ni tampoco se puede hablar de un genuino derecho de separación que exige la más perfecta identificación de los bienes a separar, todo ello incompatible con un bien como el dinero habida cuenta de su ultrafungibilidad que le lleva lógicamente a confundirse con el patrimonio del retenedor, es por lo que las cantidades que obedezcan a retenciones tributarias pasan en la nueva regulación de estar sujetas a separación (ya no entran en el ámbito del art. 80 LC) a configurarse como auténticos créditos a favor de la Hacienda Pública si bien con el reconocimiento del privilegio general previsto en el art. 91-2º LC.

Descartadas por lo tanto las reglas aplicables al depósito y por lo tanto el derecho del acreedor a reclamar las sumas en cualquier instante (arts. 1766 CC y 306 C.Com), habremos de resolver el conflicto atendiendo a la naturaleza crediticia de las retenciones. En este sentido la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, 13-11-99 [RJ 1999]

9601], 7-11-97 [RJ 1997\ 8152], 12-2-2001 [RJ 2001\ 911], 9-10-2003, etc.) ha venido señalando que la obligación de retener a cuenta del IRPF parte de las retribuciones abonadas a trabajadores e ingresarla en la Hacienda Pública, constituye un deber fiscal de carácter autónomo impuesto al pagador sobre el que pesan dos obligaciones, una la de retener en concepto de pago a cuenta la cantidad que proceda, y otra la de ingresar su importe, todo lo cual se corresponde con la regulación legal hoy vigente contenida en el art. 101 del Real Decreto Legislativo 3/2004 de 5 marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los arts. 72, 76 y 106 del Real Decreto 1775/2004, de 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Cabe señalar además por lo que respecta a la segunda de tales obligaciones, la de proceder al ingreso a cuenta que es la que aquí nos ocupa, que su nacimiento o devengo tiene lugar, por su naturaleza ex lege, cuando se realiza el hecho imponible mismo sin perjuicio de que su exigibilidad se relegue a un momento posterior conforme a las condiciones y plazos que se establezcan reglamentariamente (STS, Sala 3ª, de 3-12-99 [RJ 1999\ 9607]). Esto supone que las declaraciones trimestrales por las que el sujeto pagador procede a liquidar las cantidades retenidas y a realizar los ingresos a cuenta en el Tesoro Público, conforme dispone el art. 106 del Real Decreto 1775/2004, dentro de los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, no es sino expresión del cumplimiento de una obligación exigible periódicamente pero que ya había nacido con anterioridad en el momento en que se practica cada una de las retenciones que siguen al abono de la respectiva nómina.

Llevado lo anterior al ámbito concursal forzoso será concluir que únicamente las retenciones practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento y encuentran acomodo en el núm. 5 del art. 84-2 LC . Por otra parte, tal conclusión es la que mejor se aviene con los principios que inspiran la regulación de los créditos contra la masa cuyo común denominador (a salvo del núm. 1 de la norma) es la mera temporalidad en el nacimiento de esos créditos: su extraconcursalidad se justifica en la medida en que posibiliten el desarrollo del proceso en el que se habrán de satisfacer de forma colectiva a los acreedores concursales así como la continuación de la actividad económica del deudor en el caso de optar por la solución de convenio, para lo cual la propia Ley atiende al momento de nacimiento del crédito no al de su exigibilidad, y así repárese en que ambos momentos pueden aparecer disociados e incluso distantes en el tiempo en casos como el de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo (núm. 5 art. 84-2) o el de las obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado (núm. 10 art. 84-2), a pesar de lo cual si su nacimiento fuera previo a la declaración del concurso serán en todo caso créditos concursales y no contra la masa.

Procede en consecuencia estimar la postura defendida por la Administración concursal en el presente incidente y en consecuencia acordar correctamente calificados los créditos en estos extremos por la Administración concursal.”: S JM-1 Oviedo (Asturias) 11.05.2006 (AC 2006/863)

2. No es deuda de la masa el IVA devengado antes de la declaración del concurso, aunque el plazo para su liquidación venza después de ésta.

“Por otra parte, en lo que interesa al impuesto del valor añadido (I.V.A) y retenciones por el impuesto de la renta de las personas físicas (I.R.P.F), también debe estarse a cuanto tiene razonado el Juzgado. El hecho de que se declararan o se debieran declarar-liquidar con posterioridad al concurso no convierte esos créditos concursales en créditos contra la masa. El Iva ya estaba devengado y las retenciones ya estaban efectuadas con anterioridad. Los créditos correspondientes ya existían aunque sólo fueran exigibles con posterioridad. No se han generado por la actividad de la concursada tras la declaración del concurso sino que se han generado por su actividad empresarial con anterioridad, por más que debieran ser declarados-liquidados con posterioridad a la declaración del concurso. La administración tributaria sostiene, subsidiariamente, que sí que podría llegar a distinguirse entre la parte devengada antes y la devengada después de la declaración del concurso (el 23 de noviembre) pues, según la recurrente, se trata de un mero cómputo que no es material y físicamente imposible sino que puede hacerse, pero lo que ahora importa es que tal cómputo no se ha hecho ante la imposibilidad concreta de hacerlo con los datos aportados al procedimiento. Era en este incidente donde la parte debería haber aportado los datos precisos para efectuar dicho cálculo, para señalar la concreta distribución que pretendía, precisando en su apelación cual debía ser si no le satisfacía la efectuada en primera instancia. Dice la recurrente que el cálculo puede hacerse pero ni siquiera ella lo ha hecho para articular su

petición.”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

“PRIMERO.- La AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA se alza contra la sentencia dictada que considera como crédito ordinario y no contra la masa el que por importe de 2.408.757 euros referente al Impuesto sobre el valor Añadido del Cuarto Trimestre de 2004, declarado el concurso de la entidad EXCAVACIONES NISTAL SL por auto de 26 de noviembre de dicho año. La pretensión en esta alzada, como lo fue en la demanda que da origen a este incidente concursal, consiste en la consideración de dicho crédito como contra la masa.

SEGUNDO.- Esta misma Sección ya se ha pronunciado sobre asunto análogo en sentencia nº 313 de este mismo año, fechada el 22 de septiembre último, tratándose en aquella ocasión de la calificación de un crédito de la Hacienda Pública, frente a entidad diferente a la aquí implicada, nacido como consecuencia de facturas rectificadas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Pretende la AGENCIA ESTATAL que ha existido en la resolución que impugna un error en la consideración jurídica del mencionado crédito por la confusión entre nacimiento del crédito tributario y fecha en la que se repercute el IVA por una operación entre particulares, por no haber aplicado el art. 84. 2. 10º de la Ley Concursal, y sí el apartado 5º del mismo, y por inexistencia de una norma legal que permita el fraccionamiento de la deuda tributaria.

Esta Sala entiende, como el Magistrado de Instancia y la Ley 22/2003, de 9 de julio, que para que un crédito de la naturaleza del litigioso lo sea contra la masa es imprescindible que se trate de obligación nacida de la ley con posterioridad a la declaración del concurso (art. 84. 10). Y a la hora de analizar el nacimiento del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente al trimestre durante el que se dictó la resolución declarativa de la situación de concursada de la entidad, es imprescindible partir de un concepto como el de devengo del impuesto, para lo que los arts. 20 y 21 de la Ley general Tributaria (L. 58/2003, de 17 de diciembre) son decisivos. Señala el primero que “el hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo, y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal”, y en el apartado 1 del segundo se recoge que “el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal”. Por fin, el apartado 3 de este mismo artículo añade que “la ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo”. Pues bien, si las cosas son como quedan dichas, parece fuera de toda duda que el Impuesto sobre el valor Añadido tiene su nacimiento en la operación mercantil a la que se vincula, es decir con cada una de las entregas de bienes o prestaciones de servicios gravadas con el mencionado impuesto (art. 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA). Y si, como aparece acreditado, la última de dichas operaciones tiene lugar el día 31 de octubre de 2004, el montante total por Impuesto sobre el Valor Añadido nace con anterioridad a la resolución de 26 de noviembre de 2004, la que declara a la mercantil en estado de concurso.

TERCERO.- La pretensión de la AGENCIA ESTATAL se refiere a que es la liquidación del impuesto el momento en que nace, es decir el del devengo. No solo ello contradiría lo que se acaba de recoger en cuanto a normativa expresa, sino que además dar entidad jurídica a lo que no es sino término fiscal (el de liquidación), y además variable, conduciría a establecer diferenciaciones de trato concursal en función del tipo de actividad ejercida por el declarado concurso, pues, como correctamente señala la sentencia de instancia en su fundamento de derecho tercero, las importaciones y algunas adquisiciones intracomunitarias tienen un sistema de liquidación e ingreso de la cuota diferente, conforme a los arts. 167. 2 de la Ley y el 71. 7 del Reglamento del IVA, sin olvidar que el sistema liquidatorio también es variable entre el trimestre natural y el mes natural según el volumen de operaciones de la empresa concursada (art. 71. 3 del Reglamento del IVA). En consecuencia, no parece ser el criterio que trata de imponer la parte apelante asumible. Pero es que tampoco lo es la pretendida diferencia que en el escrito de la apelación se trata de establecer entre el art. 84. 2. 5 y 84. 2. 10 de la Ley Concursal, al decir que la sentencia se equivoca al citar el primero y no tomar en consideración el segundo, puesto que tanto uno como otro se refieren al criterio temporal para la calificación de los créditos como contra la masa, con la única diferencia de la expresión, que es: “con posterioridad a la declaración del concurso”, en el apartado 10, y “tras la declaración del concurso” en el 5.

Por último, si bien es cierto que no existe una norma que establezca el fraccionamiento de la deuda tributaria, no lo es menos que tampoco puede encontrarse una que lo prohíba, y teniendo en cuenta que la situación de concurso supone el estado de insolvencia del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, es patente que se trata de un momento de anomalía en las relaciones jurídicas que

al menos puede permitir, como forma más coherente dentro de la excepcionalidad de tales situaciones, tal fraccionamiento una vez que se pone en relación con conceptos jurídicos estrictos, cuales son los de créditos contra la masa, sin ir más lejos. En consecuencia, se entiende plenamente correcta la sentencia de instancia, razón por la cual no debe estimarse el recurso contra la misma.”: Sentencia AP Asturias 17.11.2006 (JUR 2006\284455)

“TERCERO.- En el siguiente motivo del recurso se vuelve a plantear otra cuestión que ya ha examinado esta Sala, cual es la de calificación que ha de merecer el crédito por el I.V.A. correspondiente al trimestre natural en que se declare el concurso. Ya hemos señalado en la sentencia de 22 de Septiembre de 2006 que es acertado el criterio del Juzgador de Primera Instancia que señala que ese impuesto se devenga en el momento en que se realiza cualquier operación gravada con él y, por tanto, sólo es crédito contra la masa el devengado por los contratos celebrados por el concursado después de la declaración del concurso; sin que tenga relevancia alguna el momento de su liquidación. En consecuencia ha de desestimarse también este motivo del recurso, dando por reproducidos los razonamientos expuestos en las resoluciones antes citadas, que la apelante conoce.”: SAP Asturias 13.02.2007 (sección 1) (JUR 2007/80789)

“**PRIMERO** Por la parte impugnante Agencia Estatal de Administración Tributaria se pretende, como primer extremo de su impugnación, el reconocimiento de la suma de 2.408,57 euros correspondiente a la liquidación del IVA del cuarto trimestre del 2004 como crédito contra la masa. Para ello se alega que la declaración de concurso tuvo lugar con fecha 26 noviembre 2004 y que el período de liquidación del impuesto del último trimestre de ese año comenzó el 31 diciembre 2004 y se extiende a los 20 primeros días naturales del mes siguiente, por lo tanto con posterioridad a tal declaración, dentro de cuyo ámbito temporal se ha de determinar la deuda tributaria o el crédito fiscal por la diferencia entre las cuotas devengadas y soportadas, acumuladas en dicho período, de todo lo cual se concluye que tratándose de una cuota compleja que se ha de liquidar al final de cada período no resulta posible hacer un prorrateo dentro de cada trimestre en función de la fecha de declaración del concurso, lo que daría lugar a clasificar las cantidades correspondientes a un mismo trimestre de distinta manera, pues tampoco es lícito presentar por el mismo período de liquidación dos autoliquidaciones distintas. Frente a ello la Administración concursal sostiene que el dato determinante para la clasificación del crédito por IVA vendrá dado por el devengo como elemento temporal del hecho imponible, sin que se pueda dar a las normas de liquidación del impuesto la relevancia que pretende la impugnante habida cuenta de las consecuencias arbitrarias que en tal caso resultarían si la declaración del concurso aconteciera durante el transcurso del plazo de 20 días para presentar la declaración-liquidación del impuesto, a lo que se une que ese período de liquidación no es uniforme pues encuentra un régimen distinto en el caso de las grandes empresas (período mensual y no trimestral) y de la adquisición intracomunitaria de medios de transporte nuevos (la declaración debe hacerse en el plazo de los 30 días naturales siguientes a la fecha de la adquisición), con el resultado de otorgar un tratamiento diferente a créditos de igual origen.

SEGUNDO Para la solución de la controversia planteada en los términos expuestos - cuyo conocimiento por este juzgador tiene los límites que autoriza el art. 9 LC para las cuestiones prejudiciales- habremos de partir de una premisa inicial, cual es la configuración de la obligación tributaria por IVA como una obligación ex lege cuyo nacimiento se vincula a la realización de un presupuesto de hecho definido como hecho imponible que en el art. 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, viene vinculado a las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizados por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad profesional o empresarial. Trasladado lo anterior al ámbito concursal encontramos que tales obligaciones tributarias por IVA únicamente pueden gozar del reconocimiento de créditos contra la masa si hubieran nacido en el espacio temporal que viene delimitado como dies a quo por el momento de declaración del concurso y como dies ad quem por aquél en que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso, todo ello conforme se dispone en el art. 84-2-5º LC

No puede por lo tanto desconocerse que la fecha de la declaración del concurso se erige por el legislador como el momento preciso y determinante para configurar los créditos que puedan nacer en lo sucesivo como créditos contra la masa. A partir de aquí cabe recordar que el devengo de la obligación tributaria viene definido en el art. 21-1 de la Ley General Tributaria como «el momento que en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación

tributaria principal», añadiendo la norma que «La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la Ley de cada tributo disponga otra cosa». Esto es, la L.G.T. identifica el momento del devengo con el momento de nacimiento de la obligación tributaria, añadiendo que dicha fecha resulta relevante para determinar las circunstancias de que venga revestida su configuración, lo que llevado al presente supuesto equivale a identificar, efectivamente, la fecha de devengo del crédito por IVA con su repetida configuración como crédito contra la masa si aquél acontece en situación postconcursal.

De lo anterior se colige igualmente que para el nacimiento de la deuda tributaria no es necesario proceder a su previa liquidación, pues lo que surge de la cuota liquidada no es la deuda tributaria misma sino la deuda tributaria líquida, como así resulta por otra parte del régimen previsto en el art. 101 LGT en materia de liquidación y en el art. 120 para las autoliquidaciones, en el que se definen tales operaciones de cuantificación como necesarias para determinar el importe de la deuda o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar. La liquidación constituye por lo tanto un presupuesto de la exigibilidad de la obligación, exigibilidad que puede diferirse a un momento ulterior de su devengo como expresamente admite el art. 21-2 LGT.

TERCERO El impuesto del IVA es un impuesto de devengo instantáneo pero de liquidación periódica, pues se devenga para cada hecho imponible o actividad concreta en cada uno de los momentos descritos en el art. 75 de la Ley 37/1992, y de la misma forma individualizada se aplica, operación por operación, la correspondiente deducción conforme a los arts. 92 y sig. de aquella normativa. No puede afectar a tal consideración la circunstancia de que el conjunto de las operaciones realizadas por el profesional o el empresario se agrupen a los solos efectos de la gestión del impuesto en unos períodos de liquidación que oscilan entre el trimestre natural y el mes natural, según el volumen de operaciones de la empresa (art. 71-3 Reglamento del IVA), pues ello no puede equipararse a un genuino período impositivo, ya que ni la base ni la cuota se ven afectados por los hechos acontecidos durante ese lapso, sino que se trata de un simple período fiscal (establecidos por «comodidad administrativa» según expresión de alguna doctrina) en cuyo ámbito temporal se determina el importe de la deuda tributaria por la diferencia entre las cuotas devengadas y las soportadas durante ese período.

Lo hasta aquí razonado conduce necesariamente a concluir que únicamente el crédito por IVA devengado con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, con independencia del momento de su liquidación, puede disfrutar del reconocimiento de crédito contra la masa. No puede resultar relevante a esta finalidad el momento en que tenga lugar la liquidación del impuesto pues, toda vez que ello solo sirve a la mejor gestión del impuesto y su recaudación por la Hacienda Pública, una solución contraria supondría en el ámbito concursal que un sistema diseñado por el Reglamento del IVA para la propia comodidad del acreedor operaría al mismo tiempo para transmutar en el concurso la naturaleza del crédito que por Ley naturalmente le correspondería, alterándola en su propio beneficio, lo que no resulta tolerable. A ello cabe añadir que, como acertadamente expone la Administración concursal, también se contempla en la regulación del IVA supuestos excepcionales de liquidación e ingreso de la cuota que tienen lugar de forma instantánea operación por operación (como ocurre en las importaciones y ciertos tipos de adquisiciones intracomunitarias, art. 167-2 Ley IVA y art. 71-7 Reglamento IVA) de tal manera que aceptar la tesis defendida por la AEAT conduciría a dispensar injustificadamente un tratamiento concursal distinto a un mismo crédito por IVA dependiendo del tipo de actividad que viniera ejerciendo el deudor fallido.

Procede por todo ello desestimar la impugnación formulada por la AEAT y declarar correcto el prorrateo aplicado al IVA declarado por el concursado correspondiente al último trimestre 2004.”: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 24.06.2005 (AC 2005/1016)

“**TERCERO** Por lo que se refiere al IVA correspondiente al segundo trimestre 2005 cuya calificación también como crédito contra la masa pretende la actora, este Juzgado ya ha declarado que habremos de partir de la configuración de la obligación tributaria por IVA como una obligación ex lege cuyo nacimiento se vincula a la realización de un presupuesto de hecho definido como hecho imponible que en el art. 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, viene vinculado a las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizados por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad profesional o empresarial. Trasladado lo anterior al ámbito concursal encontramos que tales obligaciones tributarias por IVA únicamente pueden gozar del reconocimiento de créditos contra la masa si hubieran nacido en el espacio temporal que viene delimitado como dies a quo por el momento de declaración del concurso y como dies ad quem por aquél en que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare

la conclusión del concurso, todo ello conforme se dispone en el art. 84-2-5º LC. No puede por lo tanto desconocerse que la fecha de la declaración del concurso se erige por el legislador como el momento preciso y determinante para configurar los créditos que puedan nacer en lo sucesivo como créditos contra la masa. A partir de aquí cabe recordar que el devengo de la obligación tributaria viene definido en el art. 21-1 de la Ley General Tributaria como «el momento que en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal», añadiendo la norma que «La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la Ley de cada tributo disponga otra cosa». Esto es, la LGT identifica el momento del devengo con el momento de nacimiento de la obligación tributaria, añadiendo que dicha fecha resulta relevante para determinar las circunstancias de que venga revestida su configuración, lo que llevado al presente supuesto equivale a identificar, efectivamente, la fecha de devengo del crédito por IVA con su repetida configuración como crédito contra la masa si aquél acontece en situación postconcurzal.

De lo anterior se colige igualmente que para el nacimiento de la deuda tributaria no es necesario proceder a su previa liquidación, pues lo que surge de la cuota liquidada no es la deuda tributaria misma sino la deuda tributaria líquida, como así resulta por otra parte del régimen previsto en el art. 101 LGT en materia de liquidación y en el art. 120 para las autoliquidaciones, en el que se definen tales operaciones de cuantificación como necesarias para determinar el importe de la deuda o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar. La liquidación constituye por lo tanto un presupuesto de la exigibilidad de la obligación, exigibilidad que puede diferirse a un momento ulterior de su devengo como expresamente admite el art. 21-2 LGT.

El impuesto del IVA es un impuesto de devengo instantáneo pero de liquidación periódica, pues se devenga para cada hecho imponible o actividad concreta en cada uno de los momentos descritos en el art. 75 de la Ley 37/1992 , y de la misma forma individualizada se aplica, operación por operación, la correspondiente deducción conforme a los arts. 92 y sig. de aquella normativa. No puede afectar a tal consideración la circunstancia de que el conjunto de las operaciones realizadas por el profesional o el empresario se agrupen a los solos efectos de la gestión del impuesto en unos períodos de liquidación que oscilan entre el trimestre natural y el mes natural, según el volumen de operaciones de la empresa (art. 71-3 Reglamento del IVA), pues ello no puede equipararse a un genuino período impositivo, ya que ni la base ni la cuota se ven afectados por los hechos acontecidos durante ese lapso, sino que se trata de un simple período fiscal (establecidos por «comodidad administrativa» según expresión de alguna doctrina) en cuyo ámbito temporal se determina el importe de la deuda tributaria por la diferencia entre las cuotas devengadas y las soportadas durante ese período.

Lo hasta aquí razonado conduce necesariamente a concluir que únicamente el crédito por IVA devengado con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, con independencia del momento de su liquidación, puede disfrutar del reconocimiento de crédito contra la masa. No puede resultar relevante a esta finalidad el momento en que tenga lugar la liquidación del impuesto pues, toda vez que ello solo sirve a la mejor gestión del impuesto y su recaudación por la Hacienda Pública, ello supondría en el ámbito concursal que un sistema diseñado por el Reglamento del IVA para la propia comodidad del acreedor operaría al mismo tiempo para transmutar en el concurso la naturaleza del crédito que por Ley naturalmente le correspondería, alterándola en su propio beneficio, lo que no resulta tolerable. A ello cabe añadir que también se contempla en la regulación del IVA supuestos excepcionales de liquidación e ingreso de la cuota que tienen lugar de forma instantánea operación por operación (como ocurre en las importaciones y ciertos tipos de adquisiciones intracomunitarias, art. 167-2 Ley IVA y art. 71-7 Reglamento IVA) de tal manera que aceptar la tesis defendida por la AEAT conduciría a dispensar injustificadamente un tratamiento concursal distinto a un mismo crédito por IVA dependiendo del tipo de actividad que viniera ejerciendo el deudor fallido.

Procede por todo ello desestimar la impugnación formulada por la AEAT y declarar correcto el prorrateo aplicado al IVA declarado por el concursado correspondiente al segundo trimestre 2005.": S JM-1 Oviedo (Asturias) 11.05.2006 (AC 2006/863)

3. Las facturas rectificativas de IVA no generan deudas de la masa

“CUARTO El fondo del asunto se presenta como discusión estrictamente jurídica, y versa sobre la naturaleza que corresponde a un crédito de la Hacienda Pública frente a una entidad declarada en situación de concurso como consecuencia de facturas rectificadas del IVA. La situación que sirve de base a la cuestión es la siguiente: como consecuencia de operaciones comerciales de la concursada que tuvieron lugar antes de la declaración del concurso, y en las que se devengó el Impuesto sobre el Valor

Añadido, el acreedor de aquéllas emitió las correspondientes facturas incluyendo el tributo devengado, y lo soportó en la declaración satisfaciéndolo a la Hacienda Pública. Sin embargo, quien más tarde resultaría concursada, ni pagó al acreedor el precio de tales operaciones ni el IVA a la Hacienda Pública, y fue declarado en situación de concurso por auto de 15 de octubre de 2004; el acreedor, con apoyo en el art. 80. Tres de la Ley del IVA, procedió a emitir facturas rectificativas para reintegrarse del tributo pagado y no percibido de su deudor, la entidad concursada, quien a pesar de ello lo había declarado como soportado en sus cuentas con Hacienda, lo que condujo a que fuera la Hacienda Pública la nueva acreedora de aquellas cantidades en concepto de IVA, figurando este crédito, no como contra la masa, sino como concursal y de privilegio general al 50%.

Los términos del debate son los siguientes: la sentencia, para tal calificación entendiéndolo que su nacimiento es anterior a la declaración del concurso (art. 21. 1 de la Ley General Tributaria), hecho que no se ve desvirtuado por el art. 80. 5. 4ª, puesto que lo que se produce es una mera novación modificativa, con el correspondiente cambio de titularidad tan solo a favor de la Agencia Tributaria como acreedor distinto del originario que desaparece; por su parte, el recurso afirma es un crédito contra la masa, porque antes de la declaración del concurso, la entidad ahora concursada nada debe a la Hacienda Pública, la obligación del concursado se origina con la rectificación de las facturas lo que determina que no es la misma obligación del acreedor del concursado, sino una nueva, distinta y ajena a la operación facturada, ¿en realidad es legal (arts. 80. Tres y 114. Dos de la Ley del IVA), imponiendo la propia Ley el momento del devengo, como ha señalado determinada doctrina judicial, representada por sentencias de la Audiencia Nacional y resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo.

El punto de partida ha de ser, como señala correctamente la sentencia de instancia, los artículos 20 y 21 de la Ley General Tributaria (L. 58/2003, de 17 de diciembre), y como esta misma Sala estableció en su anterior sentencia de fecha 23 de junio último (la número 248/2006 [AC 2006\ 1617]) que versaba sobre crédito de la Agencia Tributaria en procedimiento concursal derivado de la retención del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los salarios correspondientes a los propios trabajadores de la empresa declarada en concurso. El primero señala que «el hecho imponible es el presupuesto fijado por la Ley para configurar cada tributo, y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal», mientras en el apartado 1 del segundo se recoge que «el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal», añadiendo el apartado 3 del mismo precepto que «la Ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo».

Partiendo de esta base, indudable es que el IVA tiene su nacimiento en la operación mercantil a la que se vincula, que tuvo lugar con anterioridad a la declaración del concurso de la entidad Albandi Montajes y Servicios SL, y que puesto que lo que determina la nueva situación son facturas rectificadas del acreedor de la entidad concursada, lo que permite es, a su vez, la rectificación de las deducciones del destinatario.

Ahora bien, el apoyo esencial del recurso parece encontrarse en el artículo 80. Cinco. 4ª de la Ley del IVA, que dice así: «la rectificación de las deducciones del destinatario de las operaciones, que deberá practicarse según lo dispuesto en el artículo 114, apartado dos, número 2º, segundo párrafo de esta Ley, determinará el nacimiento del correspondiente crédito a favor de la Hacienda Pública». Ese «nacimiento» es interpretado por la apelante como momento inicial del devengo. Ahora bien, la frase debe ser entendida en su conjunto, y lo que expresa es que en ese momento, y ¿cierto es? por disposición legal, nace un crédito a favor de la Hacienda, pero no puede olvidarse que es el mismo crédito, idéntico y por el mismo concepto, que se había devengado en el instante mismo en que se produjo el hecho imponible, y éste fue la operación gravada con el Impuesto sobre el Valor Añadido. Dicho en otros términos, lo que establece la Ley es el cambio de acreedor, es decir, la modificación o novación subjetiva, pero ninguna otra cosa. Que la expresión de este artículo no es excesivamente afortunada es cierto, pero de ahí a entender lo que no parece decir hay una considerable distancia. Y si el crédito que nace es a favor de un sujeto distinto a quien tenía su titularidad en el momento en que se devengó, de conformidad con los preceptos del Código Civil, en particular el 1205 y concordantes, la mera modificación de uno de los sujetos no altera en medida alguna el crédito pre-existente, lo que quiere decir que se trata de un crédito nacido con anterioridad a la declaración del concurso. Este es el criterio sostenido por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Córdoba, como señala la de instancia, de fecha 2-6-2005.”: Sentencia AP Asturias 22.09.2006 (AC 2006/2082)

“CUARTO.- En cuanto a la no inclusión como crédito contra la masa del IVA devengado antes del auto de declaración del concurso es un asunto ya resuelto por esta Sala ensentencia de fecha 22-9-2006 (nº 313), y en la anterior, la nº 248/06, de 23 de junio, así como de otros Juzgados, como el de Córdoba, nº 9, de 2-6-2005. En las dos de esta Sección se partía de la base delart. 21. 1 de la LGT, que establece que el devengo de la obligación tributaria es "el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal", sin perjuicio de que, de acuerdo con el apartado 2 del mismo precepto, la ley pueda establecer "la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo". Ello supone que en el caso enjuiciado, que se refiere al segundo trimestre del año 2005, habiendo sido declarado el concurso de TRELLES Y CÁRCABA SA (TREYCAR) el 21 de junio, fecha a partir de la cual nacerán los créditos contra la masa, no los anteriores. Pues bien, partiendo de esta base, indudable es que el IVA tiene su nacimiento en la operación mercantil a la que se vincula, que tuvo lugar con anterioridad a la declaración del concurso de la entidad TREYCAR.

Ni el apartado 5º, ni el 10º, del número 2, del artículo 84 de la Ley Concursal, permiten concluir lo que el recurso pretende, puesto que lo que supone es que el crédito que nació a favor de un sujeto en el momento del devengo, y que como consecuencia del concurso pasa a otro (AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA), de acuerdo con los preceptos del Código Civil, en particular elart. 1205y concordantes, tan solo lleva a una novación subjetiva pero sin alteración alguna del objeto, el crédito pre-existente, lo que quiere decir que se trata de un crédito nacido con anterioridad a la declaración del concurso, y en consecuencia no puede ser calificado como contra la masa.

Debe, en consecuencia, desestimarse este tercer motivo del recurso.”: SAP Asturias 19.12.2006 (JUR 2007/38044)

“PRIMERO.- Nuevamente se plantea ante esta Sala por la Abogacía del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, si las facturas rectificativas del I.V.A, fechadas después de la declaración del concurso pero referentes a operaciones comerciales concertadas con anterioridad a esta declaración, tienen el carácter de deuda contra la masa o, por el contrario, es un crédito concursal. Puesto que esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en lassentencias de 22-9-06y los argumentos que empleaba la aquí apelante eran idénticos a los que ahora se vierten en el escrito de interposición del recurso y su petición resultó desestimada, forzoso resulta concluir que igual suerte ha de sufrir esta apelación, pues, obviamente, se mantiene el mismo criterio que ha quedado expuesto en dichas sentencias que se basa en que el crédito tributario nace en el momento en que se efectúa la prestación o se realiza la compra o cualquier otra operación gravada y que el hecho de que lo ingrese en la Hacienda Pública la acreedora es una exigencia del sistema, ya que sería impensable que lo hicieran los consumidores o los destinatarios finales. Por ello se permite la emisión de facturas rectificativas cuando el obligado al pago no lo abona, pero ello no supone que haya nacido una nueva obligación frente a la concursada, que debía el I.V.A. desde el momento en que se devengó por algunas operaciones sujetas al impuesto, sino que se ha producido un novación subjetiva de la obligación en la posición del acreedor, que pasa a ocupar la Agencia Tributaria.”: Sentencia AP Asturias 07.02.2007 (sección 1) (JUR 2007/80944)

“ 6.- Tampoco cabe afirmar que como consecuencia de la emisión de las facturas rectificativas de IVA nazca o surja un crédito postconcursal (categoría, por cierto, inexistente en relación con la nueva legislación concursal, puesto que en el seno del procedimiento de concurso los créditos son o concursales o contra la masa, según establece el artículo 84 de la Ley Concursal), pues el crédito sigue siendo el mismo, si bien se modifica su titularidad, a través de una novación modificativa parcial en la persona del acreedor, en este caso la Agencia Tributaria. “:Auto JM-1 Córdoba 2.06.2005 (Concurso 24/2004)

“TERCERO : Pasando al examen de la cuestión que suscita la AEAT acerca del tratamiento que ha de darse en el concurso de acreedores a los casos de modificación de la base imponible del IVA por rectificación de facturas, habremos de partir del régimen establecido a este respecto en el art. 80 apartado tres de la Ley del IVA a cuyo tenor "La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. La modificación, en su caso, no podrá efectuarse después de transcurrido el plazo máximo fijado en el número 5º del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". El régimen así establecido se asienta sobre una primera premisa,

cual es que la operación de que se trata se haya devengado con anterioridad a la declaración de concurso, siendo aquí oportuno recordar que el devengo de la obligación tributaria viene definido en el art. 21-1 de la Ley General Tributaria como "el momento que en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal", añadiendo la norma que "La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa". Esto es, la L.G.T. identifica el momento del devengo con el momento de nacimiento de la obligación tributaria, añadiendo que dicha fecha resulta relevante para determinar las circunstancias de que venga revestida su configuración, por lo que habiendo nacido aquella obligación antes de la declaración concursal, la primera consecuencia que se extrae es su calificación como crédito concursal.

Seguidamente el art. 80 apartado tres de la Ley del IVA establece un límite preclusivo en el tiempo para que el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto lleve a cabo la rectificación que nos ocupa, límite que se hace coincidir con el fijado en la Ley Concursal a los acreedores para la comunicación de sus créditos. Siendo ello así la razón para introducir tal restricción no puede ser otra que la de acomodar el necesario ajuste bilateral del impuesto del IVA al desarrollo del procedimiento concursal, y más concretamente al mecanismo de comunicación de créditos. De esta manera el acreedor que rectifique su factura optando así por esta vía -con el resultado de minorar su base imponible- deberá hacerlo en tiempo hábil para insinuar en el concurso su crédito sin ese IVA, surgiendo entonces el correlativo deber en el sujeto pasivo del impuesto de confeccionar la oportuna declaración-liquidación dentro del plazo previsto en el art. 114, apartado dos, número 2º, párrafo último de la Ley del IVA para rectificar a su vez sus deducciones. A partir de aquí la norma invocada por la AEAT (art. 80, apartado 5, regla 4ª de aquella Ley) señala que la declaración-liquidación que habrá de presentar el destinatario de las operaciones "determinará el nacimiento del correspondiente crédito a favor de la Hacienda Pública", lo que se interpreta por la parte impugnante como expresivo de que el instante en que nace su derecho frente al deudor lo será después de declarado el concurso y por lo tanto con la naturaleza de crédito contra la masa (art. 84-2- 10º L.C.).

No compartimos sin embargo esa opinión desde el momento en que, como arriba se ha apuntado, la obligación tributaria ya ha nacido con antelación a la declaración del concurso, pues ello es precisamente el presupuesto fáctico de aplicación de la norma al exigir el art. 80 tres que "con posterioridad al devengo de la operación" se haya dictado auto de declaración del concurso. Siendo ello así la confusa redacción del art. 80, apartado 5, regla 4ª no puede ser interpretada en el sentido pretendido por la AEAT pues el nacimiento de una obligación tributaria nueva tras la declaración del concurso exigiría ineludiblemente la extinción de la obligación primitiva a la que sustituye, posibilidad esta última cuya realidad queda desmentida por el propio art. 80 tres Ley IVA cuando en su párrafo segundo dispone que "Sólo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las causas expresadas en el artículo 176-1, apartados 1º, 3º y 5º de la Ley Concursal, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente". Esto es, la interpretación conjunta de los preceptos transcritos conduce a entender que la declaración del concurso del sujeto destinatario de las operaciones viene a operar en el seno de las complejas relaciones entre los sujetos vinculados por la relación tributaria del IVA una mera novación modificativa de dicha obligación, la cual se mantiene desde su nacimiento por el devengo de la operación y únicamente se modificará, en su caso, la titularidad del derecho de crédito correspondiente conforme se sucedan una u otra de las circunstancias señaladas. En definitiva, y como se pronuncia a este respecto el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba en el auto de 2 junio 2005, no cabe afirmar que como consecuencia de la emisión de las facturas rectificativas del IVA nazca o surja un crédito contra la masa, pues el crédito sigue siendo el mismo, si bien se modifica su titularidad, a través de una novación modificativa parcial en la persona del acreedor, en este caso la Agencia Tributaria. **“Sentencia JM-1 Oviedo 10.11.2005 (incidente Concursal 204/2005)**

“Tercero.- Conforme al artículo 9 de la Ley Concursal la jurisdicción del juez del concurso se extienda a todas las cuestiones prejudiciales administrativas directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. La mención de este precepto de la Ley Concursal debe vincularse al hecho de que para resolver este incidente deban examinarse en clave concursal normas, preceptos o principios que tienen su origen y vinculación en normas administrativas y tributarias y que, hasta la fecha, habían sido resueltas por los tribunales administrativos (Resoluciones de la Dirección General de Tributos, Tribunal

Económico Administrativo Central y Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a las que se hará referencia específica en otros fundamentos de esta resolución). Sin perjuicio de que ya han tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión los juzgados mercantiles o con competencia mercantil de Córdoba, Asturias y Valencia.

En las relaciones comerciales la venta de servicios, productos o mercancías determina la inclusión en las facturas del IVA correspondiente de modo que el comprador además de pagar el precio de los productos, servicios o mercancías ha de satisfacer el impuesto correspondiente, impuesto que el vendedor ha de ingresar en las arcas de Hacienda y los términos y plazos previstos por la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido. Conforme al artículo 21.1 de la Ley General Tributaria el devengo de la obligación tributaria se produce en “el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal. La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa”. De manera que la normativa tributaria establece el momento del devengo con el del nacimiento de la obligación tributaria.

Conforme a la específica normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido el nacimiento de esta obligación tributaria, su presupuesto de hecho, definido como hecho imponible por el artículo 4 de la LIVA (Ley 37/92 de 28 de diciembre) se vincula a las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizados por el empresario o profesional en el desarrollo de su actividad profesional o empresarial (artículo 75.1 LIVA). Todo ello sin perjuicio de que para la liquidación del impuesto haya de aguardarse a los plazos y fechas legalmente previstos, el IVA tiene como norma general una liquidación trimestral, a trimestre vencido.

Si el comprador solicita o es declarado en concurso lo normal es que deje de pagar las deudas pendientes, incumple sus obligaciones y, por lo tanto, deja de abonar las facturas pendientes por los servicios, bienes o mercancías adquiridos generando con ello un problema al vendedor que ha emitido unas facturas en las que aparece reflejado un IVA que, sin embargo, no ha recibido dado que no ha cobrado las facturas y las expectativas de cobro quedan sometidas al régimen concursal quedando, en principio, suspendidos los pagos de los créditos anteriores a la declaración del concurso – salvo los supuestos del artículo 61, 62 y concordantes de la Ley Concursal – y, finalmente quedan sometidos a las quitas y esperas derivadas del convenio o a la cuota de liquidación. En este contexto se debe entender la emisión de facturas rectificativas, es decir, facturas emitidas de nuevo por el vendedor en las que, como consecuencia de la declaración, determinan que se traslade la obligación de pago del tributo del vendedor – que no ha cobrado – al comprador para que se someta a las normas del concurso.

Cuarto.- En el anterior contexto es en el que deben examinarse las normas que sobre las facturas rectificativas incluye la Ley del IVA y el Reglamento que la desarrolla:

- Artículo 88.Tres: “La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al Impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. La modificación, en su caso, no podrá efectuarse después de transcurrido el plazo máximo fijado en el número 5 del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.- Debe advertirse que este precepto no se incluye dentro de las normas destinadas al devengo, sino a las de determinación de la base imponible.
- Artículo 114.Dos: “La rectificación de deducciones originada por la previa rectificación del importe de las cuotas inicialmente soportadas se efectuará de la siguiente forma:
 - 1.Cuando la rectificación determine un incremento del importe de las cuotas inicialmente deducidas, podrá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al período impositivo en que el sujeto pasivo reciba el documento justificativo del derecho a deducir en el que se rectifiquen las cuotas inicialmente repercutidas, o bien en las declaraciones-liquidaciones siguientes, siempre que no hubiesen transcurrido cuatro años desde el devengo de la operación o, en su caso, desde la fecha en que se hayan producido las circunstancias que determinan la modificación de la base imponible de la operación.
 - Sin perjuicio de lo anterior, en los supuestos en que la rectificación de las cuotas inicialmente soportadas hubiese estado motivado por causa distinta de las previstas en el artículo 80 de esta Ley, no podrá efectuarse la rectificación de la deducción de las mismas después de transcurrido un año desde la fecha de expedición del documento

justificativo del derecho a deducir por el que se rectifican dichas cuotas.

- 2. Cuando la rectificación determine una minoración del importe de las cuotas inicialmente deducidas, el sujeto pasivo deberá presentar una declaración-liquidación rectificativa aplicándose a la misma el recargo y los intereses de demora que procedan de conformidad con lo previsto en el artículo 61.3 de la Ley General Tributaria.
- No obstante, cuando la rectificación tenga su origen en un error fundado de derecho o en las causas del artículo 80 de esta Ley, éste deberá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al período impositivo en que el sujeto pasivo reciba el documento justificativo del derecho a deducir en el que se rectifiquen las cuotas inicialmente soportadas.
- Los requisitos para regular la forma en la que ha de modificarse la base imponible aparecen recogidos en el artículo 24 del Reglamento que desarrolla la Ley reguladora del IVA, que se reproduce: Modificación de la base imponible:
 - 2. La modificación de la base imponible cuando se dicte auto judicial de declaración de concurso del destinatario de las operaciones sujetas al impuesto, así como en los demás casos en que los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas sean total o parcialmente incobrables, se ajustará a las normas que se establecen a continuación:

Quedará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

 - a. Las operaciones cuya base imponible se pretenda rectificar deberán haber sido facturadas y anotadas en el libro registro de facturas expedidas por el acreedor en tiempo y forma.
 - b. El acreedor tendrá que comunicar a la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal, en el plazo de un mes contado desde la fecha de expedición de la factura rectificativa, la modificación de la base imponible practicada, y hará constar que dicha modificación no se refiere a créditos garantizados, afianzados o asegurados, a créditos entre personas o entidades vinculadas, a créditos adeudados o afianzados por entes públicos ni a operaciones cuyo destinatario no está establecido en el territorio de aplicación del impuesto ni en Canarias, Ceuta o Melilla, en los términos previstos en el artículo 80 de la Ley del Impuesto.
 - c. A esta comunicación deberán acompañarse los siguientes documentos:
 - ♣ La copia de las facturas rectificativas, en las que se consignarán las fechas de expedición de las correspondientes facturas rectificadas.
 - ♣ En el supuesto de concurso, la copia del auto judicial de declaración de concurso del destinatario de las operaciones cuya base imponible se modifica o certificación del Registro Mercantil, en su caso, acreditativa de aquel.
 - ♣ En el supuesto de créditos incobrables, los documentos que acrediten que el acreedor ha instado el cobro del crédito mediante reclamación judicial al deudor.
 - ♣ En caso de que el destinatario de las operaciones tenga la condición de empresario o profesional, deberá comunicar a la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal la circunstancia de haber recibido las facturas rectificativas que le envíe el acreedor, y consignará el importe total de las cuotas rectificadas y, en su caso, el de las no deducibles, en el mismo plazo previsto para la presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo siguiente. El incumplimiento de esta obligación no impedirá la modificación de la base imponible por parte del acreedor, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el párrafo a.
 - ♣ Además de la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, en la declaración-liquidación correspondiente al período en que se hayan recibido las facturas rectificativas de las operaciones el citado destinatario deberá hacer

constar el importe de las cuotas rectificadas como minoración de las cuotas deducidas.

- ♣ Cuando el destinatario no tenga la condición de empresario o profesional, la Administración tributaria podrá requerirle la aportación de las facturas rectificativas que le envíe el acreedor.

La aprobación del convenio de acreedores, en su caso, no afectará a la modificación de la base imponible que se hubiera efectuado previamente.

Quinto.- Sobre este conjunto de normas tributarias las partes en litigio parten de un reconocimiento común básico: La emisión de estas facturas rectificativas de IVA determinan una novación subjetiva de la obligación, es decir, no es el acreedor concursal quien tiene la obligación de pagar el IVA sino que es el concursado quien asume esa obligación. (...)

Séptimo.- Queda por determinar la naturaleza de los créditos derivados de las facturas rectificativas del IVA. En este punto la Agencia Tributaria amparándose en un sólido antecedente tanto administrativo como contencioso administrativo – sirvan como referencia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de Lo Contencioso sección 6ª de 7 de abril de 2000 y, fundamentalmente la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Vocalía 3) de 4 de noviembre de 1998 – en el que se considera que el crédito nace con posterioridad a la fecha de admisión a trámite del procedimiento de insolvencia. Este argumento determinaría que si el crédito que nace de la factura rectificativa es “nuevo” y posterior a la declaración de concurso tendría la consideración de crédito contra la masa conforme se deriva del artículo 84.2.10º de la Ley Concursal y, por lo tanto, sería prededucible y pagadero a la fecha de su vencimiento.

En principio podría trasladarse el criterio administrativo de los viejos procesos concursales al nuevo concurso pero esa aplicación automática de los viejos criterios al nuevo sistema ya ha contado con la oposición de algunos Juzgados Mercantiles, abriendo un debate no resuelto todavía. Lo cierto es que el impuesto no varía su naturaleza y su devengo se vincula a la operación de compraventa de servicios o de mercancías anterior a la declaración del concurso, los preceptos de las normas sobre IVA abordan la factura rectificativa al tratar de la liquidación del impuesto y fijar la base imponible – en un momento posterior a la declaración de concurso – pero no modifican la naturaleza intrínseca de la deuda, únicamente modifican la persona del deudor que deja de ser el acreedor concursal y pasa a serlo – con los requisitos legales ya examinados – el deudor concursal, el concursado. Se produce, por lo tanto, una novación subjetiva por mandato legal cuestión que no aparece regulada con claridad en la norma concursal pero sí que se aborda en el Código civil. El artículo 1.205 del Código civil establece que la novación consistente en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin conocimiento del deudor pero no sin el consentimiento del acreedor. En este caso no hay un verdadero consentimiento pero sí hay un mandato legal supuesto a determinadas condiciones que determina que la novación haya de ser aceptada por el acreedor – en este caso la agencia tributaria – si se dan los supuestos temporales y formales ya expresados.

La cuestión es por lo tanto establecer si se extingue la antigua obligación y nace una nueva como consecuencia de la emisión en forma de las facturas rectificativas o si la novación subjetiva de la persona del deudor no extingue la antigua obligación sino sólo la modifica. En este punto el artículo 1.204 del Código civil parece claro: Sólo queda extinguida la obligación sustituida si así se declara terminantemente o si la “nueva” y la “vieja” obligación sean de todo punto incompatibles. En este caso no hay una declaración terminante de extinción de la obligación en las normas sobre el IVA, no se modifica ni la naturaleza del tributo, ni el hecho que da lugar al mismo, ni supone una modificación de las operaciones, sólo un cambio en la persona del deudor sujeto a diversas formalidades y plazos, tampoco hay una incompatibilidad entre la vieja y la nueva obligación, sino una sucesión en la persona del deudor sujeta a dichos requisitos formales. El Tribunal Supremo al abordar la doctrina general derivada de la interpretación del artículo 1.204 del Código civil indica que cuando la novación se produce como asunción de deuda de un tercero para integrar una deuda, no para “absorber o eliminar la obligación primitiva” debe defenderse la eficacia meramente modificativa de la novación (STS de 24 de octubre de 2000). De hecho el Tribunal Supremo – STS de 9 de enero de 1992 – indica que en los casos en que pudiera existir duda entre si la novación pudiera ser modificativa o extintiva, la solución ha de entenderse en pro del efecto de la más débil, o sea, de la modificativa [Sentencias entre otras, de 29-1-1982 y 20-10-1989].

Por lo tanto si se considera que la novación subjetiva producida no tiene efecto extintivo sino modificativo debe mantenerse el criterio de que el crédito derivados de estas

facturas sería concursal, no contra la masa.”: Sentencia JM-3 Barcelona 01.09.2006 (Incidente Concursal 326/2006-C1)

4. No es crédito contra la masa el IAE devengado antes de la declaración de concurso, aunque se liquide después

“SEGUNDO El crédito se refiere, como he dicho, al impuesto de actividades económicas correspondientes al ejercicio 2005. Dicho impuesto, conforme el art. 89.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se devenga el primer día del período impositivo, y el período impositivo coincide con el año natural, at. 89.1 de la citada norma. Así pues, el día 1 de enero de 2005 se devengo el impuesto que ahora se reclama. Conforme la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, art. 21, «el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal», por lo tanto, en el momento del devengo del impuesto, el 1 de enero de 2005 surgió la obligación tributaria que ahora se reclama, aunque, conforme prevé el propio art. 21.2 de la citada Ley 58/2003, la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, puede establecerse en un momento distinto al del devengo del tributo. En este caso el tributo no es exigible hasta noviembre de 2005 (4 de noviembre de 2005 según consta en el certificación aportada).

TERCERO El art. 84.2.5º LC clasifica como créditos contra la masa los «los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, (...), hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso». La Ley atiende a la fecha en la que nacen los créditos, no a la fecha de vencimiento de los mismos para que los clasifique de créditos concursales o contra la masa. En este caso, el crédito surge con anterioridad a la declaración del concurso, aun cuando haya sido exigible con posterioridad a su declaración, en consecuencia, en mi opinión, se trataría de un crédito concursal en su totalidad. Sin embargo, teniendo en cuenta el principio de congruencia que rige en el proceso civil, al haberse admitido por la concursada y por la administración concursal que se califique parcialmente de crédito contra la masa he de partir de esa consideración.”: SJM-4 Barcelona 12.12.2006 (AC 2007/437)

5. Indemnizaciones derivadas de despido o incumplimiento empresarial por hechos anteriores a la declaración de concurso. Salarios de tramitación

5.1 Estas indemnizaciones no son deudas de la masa aunque el importe del crédito resulte del auto recaído en el posterior incidente de readmisión

“Supuesto de hecho: la terminación de la relación laboral se acuerda judicialmente tras la declaración del concurso, pero el despido, la extinción del contrato o la demanda de resolución contractual (ex art. 50 del Estatuto) se ha producido con anterioridad.

Las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa (art. 84. 2. 5) cuando el despido o la extinción por otras causas se produzcan efectivamente tras la declaración del concurso. Solución clara en el supuesto de extinción por despido (entendida como resolución del contrato de trabajo por voluntad empresario, sea uno o no por motivo disciplinario) dado que el despido extingue el contrato de trabajo, sin que la sentencia tenga efectos constitutivos, por lo que la indemnización no trae causas de la continuación del ejercicio actividad. Parece que está debe ser también la solución para el supuesto de indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento del empresario (art. 50 ET) ya que aunque la jurisprudencia social le reconozca efectos constitutivos a la sentencia, en sentido estricto el crédito indemnizatorio no se genera por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial posterior a declaración del concurso, en la medida en que el incumplimiento que lo provoca habrá sido anterior(Emilio Beltrán)”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 3

“PRIMERO El objeto del procedimiento parte de un reconocimiento de la administración concursal y así se ha acreditado mediante la documental presentada. A la fecha de informe la cuantía adeudada se recogió en función a dichas circunstancias; con posterioridad a la sentencia de fecha 3 de junio de 2005 que declara el despido

improcedente (de fecha 1 de abril de 200) pero es el auto posterior aportado de fecha 26 de julio de 2005 el que recoge finalmente (en el incidente de readmisión) la cuantía adeudada.

La segunda de las cuestiones, correspondientes a la clasificación de los créditos laborales parte de su distribución en función de créditos contra la masa o créditos de la masa en función de los límites temporales previstos en los artículos 84.5 LC y 91.1 LC. Señala el impugnante, y así lo manifestó en el acto de juicio, que los citados créditos han de ser clasificados conforme al primero de dichos preceptos al haberse producido el iter señalado en el que la empresa no optó por la readmisión y se debió acudir al incidente típico que cuantifica la deuda. En fundamento de dicha pretensión alegó la literalidad de la norma, la reanudación que se produce de dicha relación laboral en caso de no optar (56 ET y 110 de la LPL) y la doctrina anterior de la que aporta la STSJ de Cantabria de 24 de julio de 1992 (AS 1992, 3640) y la SAP de Guipúzcoa de fecha 30 de julio de 2001.

En otras resoluciones dictadas por este juzgado se ha resuelto de forma contraria a lo señalado por el impugnante con los siguientes argumentos:

Las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa (84.2.5) cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración. Si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción tiene su origen antes de la declaración del concurso deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del 91.1 LC en cuanto al límite del mismo, ordinarios o subordinados conforme corresponda. Esto será aplicable tanto al despido como a la extinción derivada de solicitud del trabajador por incumplimiento del empresario (artículo 50 ET) pues en cualquier caso el primero parte de una sentencia que no es constitutiva de la situación puesto que el despido tiene efectos constitutivos por sí mismo y, respecto de la extinción puesto que aparece por causas anteriores a la declaración de concurso y por lo tanto el crédito no nace por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que es lo que exige el apartado quinto del artículo 84.2 LC. ”: Sentencia JM-1 Málaga 14.02.2006 (AC2006\401)

Respecto de los salarios de tramitación la doctrina ha venido conflictuando en su equiparación como salarios o como indemnización correspondiendo por tanto su clasificación conforme a la primera o a la segunda según la entendamos. A favor de una interpretación estricta de salario que asimile los de tramitación a las indemnizaciones aparecen las referencias y distinciones de los artículos 84.2.1 LC en cuanto sólo recoge salarios frente al 84.2.5 que recoge salario e indemnizaciones y 91.1 que también se refiere a ambos. El Primero de los preceptos citados habla de salario en los mismos términos que el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores. La doctrina jurisprudencial social parece acoger este carácter indemnizatorio de los créditos laborales de tramitación (SSTS de 13 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3907], 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10050], 19 de mayo de 1994 [RJ 1994, 4284], 14 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2010], 14 de julio de 1998 [RJ 1998, 8544] -que a su vez cita múltiples-, 5 de noviembre de 2002 [RJ 2003, 2697]). Por tanto debe tener este mismo tratamiento y, conforme a ello:

Los que corresponden al período posterior a la declaración del concurso serán créditos contra la masa del 84.2.5 LC pues se generan por los días transcurridos tras esa declaración.

Los anteriores a la declaración del concurso serán créditos concursales, computándose por tanto de la siguiente forma:

Privilegio general del 91.1 en los límites que el mismo señala.

Ordinarios por los no incluidos.

Subordinados en cuanto a los intereses.

El artículo 84.2.5 LC recoge que son créditos contra la masa «los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como..., hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso». Ello parte del principio recogido en la nueva norma concursal de empresa en funcionamiento y mantenimiento de la actividad profesional o empresarial, correspondiendo al Juez (artículo 44 LC) autorizar el cierre de la empresa o unidades productivas o, en su caso, la extinción de las relaciones laborales (art. 64 LC). De no producirse dichos eventos deberemos esperar a la aprobación del convenio (dies ad quem) o a la conclusión del concurso conforme al artículo 176 LC. El dies a quo (día de inicio) para el cómputo es por tanto el de la declaración del concurso y se extiende hasta alguno de los límites señalados. Pero es necesario tener en cuenta que si esa extinción o despido obedece a causas anteriores que posteriormente son declaradas por los juzgados de lo social hemos de

partir de que dichos créditos no «se generan por el ejercicio de actividad profesional o empresarial del deudor» sino que se generan por el incumplimiento de esa misma continuidad en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, en este caso, en referencia a los trabajadores. La causa se sitúa, por tanto, en el momento en que se produce el evento concreto y que en el despido está claro por los efectos constitutivos del mismo desde la fecha en que realmente se produce, pero también en la extinción posteriormente declarada cuando obedezca a incumplimiento derivado de una actuación anterior a la declaración del concurso. Los créditos que se sitúan y devengan con posterioridad a la declaración de concurso, surgidos de la propia actividad de la empresa en concurso son los que debemos calificar como créditos contra la masa. Esta posición se mantiene igualmente y gana si a ello coadyuva el hecho de demanda anterior a la declaración de concurso por la propia litispendencia y, en segundo lugar, por la situación de la empresa concursada de tal forma que si se encuentra cerrada y sin actividad alguna, como es el caso, no es posible encuadrar como gastos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial aquellos derivados del reconocimiento de indemnización como consecuencia del despido, la extinción o la posterior extinción derivada del incumplimiento de la readmisión o de la facultad de opción. La literalidad de la norma por tanto no se manifiesta conforme dice el impugnante y el incumplimiento de la facultad de opción no desvirtúa ni el origen o causa inicial y prístino ni los efectos del despido o la extinción.”: Sentencia JM-1 Málaga 14.02.2006 (AC2006\401)

5.2 Estas indemnizaciones sí son créditos contra la masa, incluso si el despido es anterior a la declaración de concurso

“La administración concursal aduce que, siendo el despido anterior a la declaración de concurso, la indemnización decretada por el Juzgado de lo Social es crédito concursal, al haber surgido de un acto empresarial constitutivo anterior a la apertura del procedimiento, y los salarios de tramitación por no ser voluntad del concursado su generación, en ambos casos por no nacer del ejercicio de la actividad empresarial del deudor después de dicha apertura.

(...)

Cuarto.- En cuanto a la indemnización por despido, el art. 82.4.5º LECO contempla los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, hasta que el Juez acuerde su cese, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión, incluyendo los «créditos laborales».

Suspense o intervenido el deudor empresario, las obligaciones laborales pertenecen a la idea de las «Massenschulden», pues con toda evidencia, se percibe la urgencia contra la masa en punto a los servicios que continúan prestando los trabajadores de la empresa concursada hasta que vean extintas sus relaciones de trabajo, con sus instrumentales relaciones de Seguridad Social.

Pero además, la norma especifica los «créditos laborales» que se «comprenden» entre los incluidos: 1) Indemnización debida en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo. 2) Recargo sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

Cuando se trata de extinciones colectivas de relaciones laborales --por lo tanto, de art. 64 y 65 LECO, ya expedientes promovidos por la administración concursal, empresa o representación legal de los trabajadores, ya resolución ex art. 50.1.b) que se equipare--, se entienden comunicadas y reconocidas por la propia resolución (auto) que los apruebe, sea cual sea el momento.

Dejando aparte los recargos de Seguridad Social, una interpretación muy generalizada, que hace suya la administración concursal, es que se habla de las indemnizaciones laborales decretadas por el Juez de lo concursal en el ámbito de su competencia (arts. 64 y 65 LECO, desde arts. 86.ter.1 LOPJ y 8 LECO), o de las decretadas por el Juez de lo Social en su ámbito (todo el restante, conforme arts. 9.5 LOPJ y 1 a 3 LPL), cuyo hecho generador resulte posterior a la declaración del concurso.

Pero, entonces, la referencia legal explícita a las indemnizaciones laborales sería del todo prescindible, si se tratara de lo generado por la actividad laboral en que se despide, en tanto que créditos laborales incluidos en la mención genérica del precepto, sin necesidad de especificación innecesaria.

Porque las extinciones laborales indemnizadas (en sus variedades despido disciplinario, objetivo, extinción a solicitud del trabajador por incumplimiento del empleador, rescisión por modificación sustancial de condiciones de trabajo o por movilidad geográfica, etc.), pueden tener un hecho generador o causante con anterioridad al concurso, pero que aparezca la indemnización una vez abierto éste, ya se produzca la extinción del contrato posterior a la apertura, o extinguido antes, se liquide o cuantifique después. El débito pecuniario que aparece en sí cuando el concurso de la empresa está substanciándose,

pero tiene una generación anterior --e incorpora el llamado «valor de la antigüedad»--, tanto puede catalogarse deuda adquirida sin voluntad expresa actual del concursado, intervenido judicialmente, o de quienes suplieran su relativa incapacidad patrimonial sobrevenida por mandato judicial, como antes se ha dicho de los salarios de tramitación, bien que impuesta por la Ley desde una voluntad precedente (A); como puede reputarse procedente de una relación duradera previa, como la de trabajo, respecto de la que existe una resolución o un desistimiento en marcha (Cfr.: arts. 61 y 62 LECO) (B).

Esta es una polémica antigua. Precisamente, la primera técnica que se empleó para escapar de la «vis atractiva» de la quiebra con los créditos laborales, antes de que se positivizara la ejecución separada en art. 32.5 ET, fue para la indemnizaciones por cese --despidos y extinciones a instancias del trabajador por impago de salarios--, a que se condenaba a la empresa quebrada, aunque el despido o impago fueran anteriores a la declaración de la quiebra. La catalogación como crédito laboral contra la masa permitía la ejecución en la Magistratura de Trabajo, huyendo del Juzgado de la quiebra. Ello se sentó en la doctrina de conflictos de primeros años ochenta del siglo pasado, y se discutió por la doctrina científica (véase el Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de enero de 1986, que fue comentado por la mejor doctrina iuslaboralista). Cuando la ejecución separada se legalizó, perdió importancia el debate, que se trasladó a la extensión del privilegio general de art. 32.3 ET a las indemnizaciones.

Además, no es fácil resolver en estas indemnizaciones qué es obligación posterior al «status» concursal contraída en interés de los acreedores en base a fechas de devengo (por ejemplo, cuando se despidió, en nuestro caso, el 24 de enero de 2006), reconocimiento (cuando se decretó la improcedencia del despido, el 10 de abril de 2006), o liquidación definitiva (cuando se resuelve en liquidación un monto superior por la Sala de lo Social TSJ, el 26 de diciembre de 2006).

El art. 84.2.5º LECO decide, en un problema arduo, que había quedado perplejo desde Anteproyecto de 2001 --en que las únicas indemnizaciones laborales contra la masa eran las fijadas por el Juez del concurso, en una propuesta en que todas escapaban a una fijación en el orden social, lo cual no se corrigió en el Proyecto de Ley, entonces ya sin sentido--, hasta la modificación última del texto en el Senado para ser promulgado, afirmando el carácter de crédito contra la masa de las indemnizaciones por despido o extinción de relación laboral, bastando que sean «debidas» después de declarado el concurso, y hasta la aprobación del convenio, o la conclusión del procedimiento. Las demás indemnizaciones derivadas de la relación laboral, que no sean por extinción de éste, originadas por hechos anteriores a la declaración de concurso, ya por responsabilidad contractual, ya por la extracontractual, o las obligaciones fijadas en la Ley para el empresario, aunque se fijen mientras se sustancia el procedimiento concursal por el órgano de lo Social (sólo el Juez de lo Mercantil, con muchas dudas, en supuesto de compensación por gastos del traslado colectivo de trabajadores --art. 40.1.pfo.4º LECO-- operado antes de la apertura de concurso y que se demande después, o ya demandado, que se acumule ex art. 51.1 LECO), serán créditos concursales, en su caso, privilegiados ex art. 91.1º LECO, pero no contra la masa.

Así, no se comparte que entre esos créditos laborales contra la masa de art. 84.2.5º LECO específicamente mencionados sólo estén las indemnizaciones que nacen, se generan, o tengan su hecho causante con posterioridad a la declaración de concurso, puesto que para expresar esto no hacía falta el inciso de «comprendidas en ellos...», una vez que se establece el régimen común de ordinales 5º --créditos por continuidad del contrato de trabajo-- o 10º --créditos que nacen de la Ley o de la responsabilidad extracontractual-- de art. 84.2 LECO, los cuales sí consideran la fecha de nacimiento, generación o causación. Debe tratarse de una matización de este régimen, por *reductio ad absurdum*, y la especialidad, eliminando la polémica doctrinal antigua, es la fijación legal en la pura determinación judicial del crédito.

En absoluto convence el argumento contradictor de que, por puro avatar del proceso, sin control por el trabajador, unas indemnizaciones determinadas judicialmente antes que otras pasen de créditos contra la masa a créditos concursales privilegiados con sus límites. Por una parte, uno y otro crédito han de pagarse por la empresa concursada, y en ambos supuestos, de no haber liquidez, el FOGASA anticipará las prestaciones correspondientes a indemnizaciones impagadas (1); la fecha de declaración del concurso produce en todas las relaciones de tracto sucesivo un efecto, sin remedio, de escindir créditos concursales y contra la masa (2); y en fin, el empresario concursado, si no se ha consumado el devengo de la indemnización, puede --y debe en su caso--, si la indemnización está pendiente de ser determinada procesalmente a la hora de declaración del concurso, readmitir al trabajador, y luego someterlo a tratamiento concursal colectivo, cuando se devengará la indemnización contra la masa por resolución del Juez de lo Mercantil --la voluntad del concursado ha estado en nuestro asunto en resistir simplemente la demanda social, o en «soportar» su consecuencia-- (3).

Puesto que se trata de regular una ajenidad al devenir del procedimiento, y no de una preferencia entre créditos concursales, tampoco existe ningún límite cuantitativo para estas indemnizaciones, ya sean mínimos legales, convencionales [vid. SSTS (IV) de 31 de octubre (LA LEY JURIS. 2229/2002) y 26 de diciembre de 2001 (LA LEY JURIS. 4016/2002)], o las pactadas en cada caso. ”: SJM-2 Bilbao 22.06.2007 (Incidente Concursal 181/2007)

5.3 Los salarios de tramitación son créditos contra la masa, incluso si el despido es anterior a la declaración de concurso

“La administración concursal aduce que, siendo el despido anterior a la declaración de concurso, la indemnización decretada por el Juzgado de lo Social es crédito concursal, al haber surgido de un acto empresarial constitutivo anterior a la apertura del procedimiento, y los salarios de tramitación por no ser voluntad del concursado su generación, en ambos casos por no nacer del ejercicio de la actividad empresarial del deudor después de dicha apertura.

Respecto de los salarios de tramitación del despido genérico (arts. 56.1.b) ET y 110.279.2 y 280 LPL), que se aplican al objetivo ex art. 53.3 ET, resulta recidivante la disputa doctrinal sobre su naturaleza salarial o indemnizatoria, aunque la opinión del disponente es favorable a la naturaleza salarial, como retribución de una prestación ficticia de servicios que el deudor ha impedido sea efectiva de modo indebido (1); en tanto que periodo de ocupación cotizada de Seguridad Social (2); y prestaciones que abona el FOGASA como salarios, por añadidura al concepto estricto de art. 26.1 ET, en razón de art. 33.1.pfo.2º ET, conforme art. 2º.1 Ley 45/2002 de 12 de abril (3).

(...)

Los salarios por trabajo fingido posteriores a la declaración del concurso serían, en el mismo razonamiento, crédito contra la masa por la regla de art. 84.2.5º LECO, resultando indiferente que no hubiera voluntad en la empresa para que se generaran, ya que la hubo para despedir, y se trata de un crédito salarial engendrado desde la Ley por declaración judicial firme.

Si se discrepara a propósito de que los salarios de tramitación tienen naturaleza salarial, habría que acudir al siguiente fundamento de derecho, a propósito de la categorización de las indemnizaciones por cese.

Por otro lado, si deben reconocerse estos salarios por su importe bruto, que es el crédito del trabajador frente a la empresa de titularidad del concursado, se deban pagar netos, esto es, ingresando contra la masa las retenciones fiscales y de Seguridad Social. El art. 22.4 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, establece que la aportación del trabajador en la cotización respecto del mismo por contingencias comunes será de su exclusivo cargo, siendo nulo todo pacto en contrario, y solamente cuando el empresario no descuenta a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos, ya no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo. ”: SJM-2 Bilbao 22.06.2007 (Incidente Concursal 181/2007)

6. No son créditos contra la masa los generados durante la vigencia del convenio, cuando se abre posteriormente la liquidación.

“PRIMERO.- La Tesorería General de la Seguridad Social solicita se califique como crédito contra la masa la deuda contraída con posterior a la declaración del concurso, incluso la generada durante la vigencia del convenio, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados quinto y décimo del artículo 84. Entiende, en este sentido, que es un crédito generado por el ejercicio de la actividad empresarial tras la declaración de concurso y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo citado, debe considerarse crédito contra la masa. La administración concursal, por el contrario, considera que sólo merecen tal consideración los créditos generados tras la reapertura del concurso, a instancias del deudor, ante la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio.

SEGUNDO.- La Ley Concursal no contempla de qué forma han de calificarse los créditos generados durante la vigencia del convenio. Simplemente contempla la apertura de la fase de liquidación, a instancias del deudor, cuando éste conozca que no puede cumplir con los compromisos asumidos en el convenio (artículo 142.3º de la LC), o bien de oficio, cuando alcance firmeza la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio (artículo 143.1º.5º). A falta de cualquier otra previsión normativa, debe recurrirse al artículo 180 de la Ley, que regula la reapertura del concurso tras aparecer bienes y derechos con posterioridad al auto de conclusión. De

acuerdo con dicho precepto, los "textos definitivos del inventario y la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses". En lo que a la lista de acreedores se refiere, la actualización consistirá en "indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores", teniendo en cuenta, para ello, "lo dispuesto en los capítulos II y III del Título IV de esta Ley". Esto es, hay una remisión al conjunto de normas para la determinación de la masa pasiva (artículos 84 y 94) y no solamente al artículo 84.2º que regula los créditos contra la masa. El auto de 27 de julio de 2.006, por el que se acordaba la apertura de la fase de liquidación, ordenó a la administración concursal la actualización de la Lista en la forma prevista en el artículo 180, pronunciamiento al que la ahora impugnante no puso reparo alguno. Ciertamente, todos los créditos generados durante la vigencia del convenio son posteriores a la declaración; ahora bien, aprobado el convenio, cesan todos los efectos de la declaración del concurso (artículo 133.2º de la Ley) y cesan en su cargo los administradores concursales. La empresa, por tanto, deja de estar en concurso, por mucho que esté pendiente el auto que declare íntegramente cumplido el convenio (artículo 139). El deudor recupera sus facultades de administración y disposición, por lo que puede contraer libremente nuevas obligaciones. El artículo 84.2º, apartado quinto, de la Ley Concursal no debe interpretarse en su literalidad, como pretende la impugnante. Por tanto, no basta con que el crédito se haya generado "tras la declaración del concurso" para que merezca la consideración de crédito contra la masa, sino que es necesario que el crédito nazca estando vigentes todos los efectos que se anudan a la declaración y, en concreto, que se haya contraído por iniciativa de la propia administración concursal -en los supuestos de suspensión de las facultades de administración y disposición- o con su conformidad -en los supuestos de intervención-. Dicha interpretación se acomoda al tenor literal del artículo 180 de la Ley y es coherente con el espíritu y finalidad del artículo 84. De acogerse la tesis de la impugnante, no sería necesario actualizar la Lista ni aplicar el conjunto de las reglas de reconocimiento recogidas en la Ley Concursal, pues todos los créditos posteriores deberían ser calificados como crédito contra la masa. Se incrementaría, de forma desmesurada, el volumen de créditos contra la masa, sobre todos en aquellos casos en los que el periodo de vigencia del convenio se hubiera prolongado, con el consiguiente perjuicio para el conjunto de acreedores de la Lista inicial. La administración concursal, al calificar el crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social, ha aplicado correctamente los criterios contemplados en los artículos 89 y 90 de la Ley Concursal, extremo que no cuestiona la impugnante, limitando la condición de crédito contra la masa a la deuda generada mientras el concurso desplegó todos sus efectos, esto es, desde la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio y a partir del auto en que se acuerda la reapertura del concurso y se repone en su cargo a los administradores concursales. Por todo ello, debe desestimarse la demanda de impugnación.": SJM-2 Barcelona 05.02.2007 (JUR 2007/127317)

- 6.º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

Art. 84.2.6º

1. Cuotas de leasing

"SEGUNDO.- Por cuanto se refiere a la parte del crédito [*cuotas de arrendamiento financiero*] que debe seguir el régimen previsto en el art. 84.2 LC, son aplicables los artículos 61.2 y 84.2.6 de la Ley Concursal, de manera que las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso deben considerarse créditos contra la masa. Visto lo expuesto procede estimar la impugnación.": Sentencia JM-3 Madrid 24.06.2005 (Concurso 21/2004)

1.1 Sentencia que considera crédito ordinario las cuotas de leasing que venzan tras el concurso [como si la obligación del arrendador financiero no fuese de tracto sucesivo]

"PRIMERO.- En el presente incidente el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. muestra su conformidad con el importe de un crédito que le ha sido reconocido por la administración concursal pero difiere en su calificación entendiéndolo que

dicho crédito, que tiene su origen en los contratos de arrendamiento financiero (leasing) ha de ser calificado con como mero crédito privilegiado, sino como crédito con privilegio especial del art. 90.1 4º de la Ley Concursal y como crédito contra la masa al amparo de lo prevenido en el art. 61.2 y 84.2.6º de la ley Concursal, de la totalidad de las cuotas que se vayan devengando tras la fecha de la declaración del concurso.

Difiere de tal pretensión la administración concursal y la concursada, mostrando su conformidad con que el crédito privilegiado de la actora incidental ha de calificarse como de privilegio especial, argumentando que las 55 cuotas que todavía no han vencido no son exigibles de momento y por ello en su informe las ha calificado de ordinario, sin perjuicio de que sean consideradas como créditos contra la masa según vayan siendo exigibles.

SEGUNDO.-De la redacción del artículo 90.1.4º de la Ley Concursal se deduce que en el arrendamiento financiero el vendedor o el arrendador goza del privilegio especial señalado que recae sobre los bienes objeto del respectivo contrato, de forma que los titulares de estos créditos ven transformado su derecho a la recuperación del bien en un derecho de crédito que deben insinuar en el concurso de manera que se cobrarán con el importe obtenido tras la realización del valor del mismo.

De dicho precepto se infiere que el crédito de la actora incidental es un crédito con privilegio especial que faculta a su titular a recuperar el bien a consecuencia del impago por importe del arrendatario.

Ahora bien, el art. 155 de la ley Concursal difiere esa posibilidad de realizar el valor del bien a que trascurra el plazo señalado en el apartado 1 del artículo 56, y otorga a la administración concursal la facultad de adquirir los bienes afectos a crédito con privilegio especial con cargo a la masa, antes de que trascurra dicho plazo.

En el presente caso la administración concursal no ha hecho uso de la facultad de opción que le otorga el art. 155 de la LC y no ha transcurrido el plazo previsto en el art. 56.1 de la LC por lo que el pago de crédito de la actora incidental no puede hacerse de momento con cargo a los bienes afectos.

El problema, entonces, estriba en determinar como han de calificarse las deudas que todavía vayan venciendo.

El contrato de arrendamiento financiero es un contrato propiamente bilateral en el que las partes propiamente deben ser el arrendador financiero y el usuario, siendo la obligación esencial del arrendador financiero la adquisición del bien elegido por el usuario y la de facilitar la entrega de la posesión de ese bien al usuario, y la obligación del usuario es la del pago en los plazos convenidos de las cuotas pactadas.

En el presente caso el contrato que liga a las partes fue concertado antes de la declaración del concurso, y fue antes de la declaración cuando el Banco Popular dio cumplimiento a sus obligaciones derivadas del contrato [?], por ello no es de aplicación lo dispuesto en el art. 84.2, 6º de la Ley Concursal como pretende, sino lo dispuesto en el apartado primero del artículo 61 de la L.C. para el caso de los contratos bilaterales cuando a la fecha de la declaración del contrato una de las partes ha cumplido íntegramente obligaciones, estando pendiente de cumplimiento total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones de la otra, en este caso de la concursada.

Dicho precepto prevé para este caso que las deudas del concursado se incluyan en la masa pasiva del concurso, lo que supone a tenor de lo dispuesto en el art. 84 que son un crédito concursal, créditos que dicho precepto contrapone a los créditos contra la masa.

Y dentro de la categoría de créditos concursales, las cuotas del préstamo adeudadas han de calificarse por exclusión como crédito ordinario del art. 89.3 de la Ley Concursal en cuanto que carecen de privilegios (tanto de los especiales del art. 90.1 como de los generales del 91) y no son subsumibles en la relación que de los créditos subordinados efectúa el art. 92 de la L.C. De la misma forma si en su momento, con ocasión de la ejecución del bien sobre el que recae el privilegio especial, el bien afecto resultase insuficiente para el pago del principal e intereses del crédito con privilegio especial (pues en este caso no se ven suspendido su devengo como por excepción dispone el artículo 59.1 de la L.C) la cantidad pendiente de abono se integrará, en cuanto al principal, en el grupo de crédito ordinario, a tenor de lo prevenido en el art. 157.2 de la L.C a cuyo tenor “ los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieses sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos

afectos”, y en cuanto a los intereses en el grupo de los créditos subordinados.”: SJM-1 Murcia 02.05.2007 (Incidente Concursal 412/2006)

2. Cuotas de renting

“La impugnante al insinuar los créditos lo hace de modo que podría parecer que hubieran vencido los contratos pendientes pero lo cierto, como se indica en el fundamento anterior, es que ni Bansalease ni la concursada activaron ninguno de los sistemas resolutorios previstos en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal. La administración concursal respecto de los rentings indica que no hay deuda anterior a la declaración de concurso y la posterior se ha ido satisfaciendo -en función de la continuidad de la actividad empresarial y de la situación de tesorería-, por lo tanto conforme al artículo 154.1 de la Ley Concursal no puede considerarse existente crédito alguno contra la masa puesto que los vencidos se han satisfecho y, los pendientes de vencimiento, no han de computarse como tales créditos contra la masa hasta que no se produzca el vencimiento de cualquiera de las cuotas. En todo caso la impugnante tendrá la posibilidad de fiscalizar el normal cumplimiento del renting conforme se vayan produciendo los vencimientos al amparo del artículo 84 y 154 de la Ley concursal. (...) las rentas debidas de un contrato de renting con anterioridad a la declaración del concurso tendrán la consideración de crédito ordinario y las posteriores, caso de no resolverse el contrato, de crédito contra la masa si los bienes arrendados son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. ”: SJM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC2006\140)

3. Cuotas de venta de bienes muebles a plazos

3.1 Inclusión como crédito privilegiado y no como crédito contra la masa, pese a su vencimiento postconcursal

“TERCERO.- En el incidente acumulado promovido por HISPAMER SF, dicha entidad pretende el reconocimiento de su crédito privilegiado derivado de las cuotas impagadas por la entidad concursada -antes y después de la declaración de concurso- correspondientes a los tres contratos de financiación a comprador de bienes muebles que se citan en la demanda incidental, así como el crédito subordinado correspondiente al los intereses demora pactados generados por las cuotas no pagadas antes de la declaración de concurso

En el informe de la administración concursal dichos créditos aparecen con la calificación de privilegiados en cuanto a las cuotas devengadas antes de la declaración de concurso (con una pequeña diferencia en el importe) y como créditos contra la masa las cuotas devengadas e impagadas después de dicha declaración.

La impugnación debe ser estimada de conformidad con lo previsto en el arto 90.1.4º en relación con el art. 155.1 Lcon, sin que quepa discernir en este tipo de contratos entre créditos devengados antes o después de la declaración de concurso (salvo en lo que afecte a intereses de demora) dado que todos ellos habrán de satisfacerse con cargo a los bienes afectos y no con cargo a la masa como postconcursoales (el pago con cargo a la masa solo se producirá en el supuesto de que la administración concursal ejercite la facultad del art. 155.2 Lcon).”: Sentencia JM-1 Navarra 23.03.2005 (Incidente Concursal 2/05, 3/05 y acumulados)

- 7.º Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado.
- 8.º Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito.
- 9.º Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención.
- 10.º Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso.

Art. 84.2.10º

1. No es deuda de la masa la sanción fiscal por impago de retenciones de IRPF devengadas antes de la declaración de concurso, aunque la sanción recaiga con posterioridad a ésta

“SEGUNDO. Entrando en la cuestión litigiosa principal, el artículo 84.2.10º de la Ley Concursal, señala que tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154: “Los que resulten de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso.”

La dirección letrada de la AEAT entiende que debe ser calificado como crédito contra la masa del número 10º del artículo 84.2 de la Ley Concursal el crédito consistente en el importe de la sanción impuesta a la “UNIÓN DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D.” por acuerdo de 27 de abril de 2005 como consecuencia del impago de retenciones por rendimientos del trabajo, IRPF 2004.

Tal pretensión no puede ser atendida por dos motivos:

1º. Porque el crédito reclamado por la aquí actora no tiene la consideración de obligación nacida de la Ley.

2º. Porque, aun admitiendo que el referido crédito pudiera incluirse en el número 10º del artículo 84.2 de la Ley Concursal, la fecha a tener en cuenta para determinar cuando surge la obligación legal no sería la de la resolución que fija e impone la sanción sino la del día en que tuvo lugar el incumplimiento de la obligación tributaria que dio lugar a esa sanción.

Examinemos los argumentos expuestos.

Primero. Como se acaba de exponer, la pretensión de la dirección letrada de la AEAT de incluir el crédito derivado de la sanción impuesta a la “UNIÓN DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D.” no puede ser atendida porque el crédito reclamado por la aquí actora no tiene la consideración de obligación nacida de la Ley.

Y a tal conclusión se llega con la mera lectura de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Dice el artículo 17 de la Ley 58/2003 lo siguiente:

“1. Se entiende por relación jurídico-tributaria el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos.

2. De la relación jurídico-tributaria pueden derivarse obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la Administración, así como la imposición de sanciones tributarias en caso de su incumplimiento.

3. Son obligaciones tributarias materiales las de carácter principal, las de realizar pagos a cuenta, las establecidas entre particulares resultantes del tributo y las accesorias. Son obligaciones tributarias formales las definidas en el apartado 1 del artículo 29 de esta Ley.”

El artículo 19 señala que “La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria.”

El artículo 23 dispone: “1. La obligación tributaria de realizar pagos a cuenta de la obligación tributaria principal consiste en satisfacer un importe a la Administración tributaria por el obligado a realizar pagos fraccionados, por el retenedor o por el obligado a realizar ingresos a cuenta.

Esta obligación tributaria tiene carácter autónomo respecto de la obligación tributaria principal.”

El artículo 25.1 señala que: “Son obligaciones tributarias accesorias aquellas distintas de las demás comprendidas en esta sección que consisten en prestaciones pecuniarias que se deben satisfacer a la Administración tributaria y cuya exigencia se impone en relación con otra obligación tributaria. Tienen la naturaleza de obligaciones tributarias accesorias las obligaciones de satisfacer el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo, así como aquellas otras que imponga la Ley.” Y, a continuación, el número 2 de este artículo 25, declara expresamente que “Las sanciones tributarias no tienen la consideración de obligaciones accesorias.”

El artículo 26 dispone que “El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución

improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria.”. Y el artículo 27.1 dice que “Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria.”.

Finalmente, el artículo 58 señala lo siguiente:

“1. La deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta.

2. Además, la deuda tributaria estará integrada, en su caso, por:

a) El interés de demora.

b) Los recargos por declaración extemporánea.

c) Los recargos del período ejecutivo.

d) Los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos.”.

Acto seguido, el número 3 del artículo 58 aclara que “Las sanciones tributarias que puedan imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de esta Ley no formarán parte de la deuda tributaria, pero en su recaudación se aplicarán las normas incluidas en el capítulo V del título III de esta Ley.”

De la normativa que se acaba de exponer se desprende que las obligaciones tributarias son aquéllas que pueden surgir de la relación jurídico-tributaria y se clasifican en obligaciones materiales y formales. Las obligaciones materiales se clasifican, a su vez, en obligación tributaria principal, obligaciones tributarias de realizar pagos a cuenta, obligaciones entre particulares resultantes del tributo y obligaciones tributarias accesorias.

Pues bien, con relación a la cuestión objeto de enjuiciamiento en este incidente concursal, el artículo 25.2 de la Ley General Tributaria declara expresamente que las sanciones tributarias no tienen ni tan siquiera la consideración de obligaciones accesorias. Y el artículo 58.3 añade que las sanciones tributarias no forman parte de la deuda tributaria.

En definitiva, no teniendo las sanciones tributarias la naturaleza de obligaciones tributarias (ni principales ni accesorias) ni formando parte de la deuda tributaria, difícilmente resulta atendible la pretensión de la dirección letrada de la AEAT de que sea calificado como crédito contra la masa del número 10º del artículo 84.2 de la Ley Concursal (por tratarse de una obligación nacida de la Ley) el crédito consistente en el importe de la sanción impuesta a la “UNIÓN DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D.” por acuerdo de 27 de abril de 2005 como consecuencia del impago de retenciones por rendimientos del trabajo, IRPF 2004.

Segundo. Pero aunque aceptáramos, a efectos meramente dialécticos, que el crédito de la AEAT sea calificado como crédito contra la masa del número 10º del artículo 84.2 de la Ley Concursal la fecha a tener en cuenta para determinar cuando surge la obligación legal no sería la de la resolución que fija e impone la sanción sino la del día en que tuvo lugar el incumplimiento de la obligación tributaria que dio lugar a esa sanción.

Para llegar a esa conclusión hay que tener en cuenta que la normativa de la Ley Concursal debe interpretarse con arreglo a los principios e intenciones que inspiran dicha norma y no, como pretende la dirección letrada de la AEAT, desde un punto de vista meramente formalista y a la luz exclusiva de la normativa tributaria.

Como con toda acierto expuso la Administración Concursal en el acto de la vista, los créditos concursales deben quedar fijados en el momento de la declaración del concurso, no siendo admisible pueda ostentar un privilegio tan notorio como el de constituir un crédito contra la masa el importe de una sanción declarada en un procedimiento sancionador tramitado con posterioridad al auto de declaración del concurso pero motivada por un hecho anterior a esa fecha.

Tal conclusión viene amparada, igualmente, por el principio de seguridad jurídica puesto que en modo alguno es atendible que la calificación de un crédito contra la entidad concursada a favor de “UNIÓN DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D.” como crédito concursal o como crédito contra la masa pueda depender de la circunstancia (ajena al concursado) de que el procedimiento sancionador se inicie y se tramite o no de forma diligente o, lo que es lo mismo, que la resolución que ponga fin a dicho procedimiento sancionador sea de fecha anterior o posterior al auto de declaración del concurso.

Es, además, incongruente que el principal del que deriva la sanción tenga un tratamiento concursal peor que la sanción, que en todo caso es un crédito subordinado. Finalmente, para apoyar la conclusión que se expone en esta resolución de que la fecha a tener en cuenta para determinar cuando surge la obligación legal no sería la de la resolución que fija e impone la sanción sino la del día en que tuvo lugar el

incumplimiento de la obligación tributaria que dio lugar a esa sanción, basta con fijarse en el otro supuesto que contempla el número 10º del artículo 84.2 de la Ley Concursal, esto es, los créditos que resulten de obligaciones nacidas de responsabilidad extracontractual del concursado. A nadie se le ocurre pensar que, a los efectos de determinar si esa obligación por responsabilidad extracontractual nace con anterioridad o con posterioridad a la declaración de concurso, deba acudirse, no a la fecha en que tuvo lugar el acto u omisión ilícito (que es lo lógico y evidente), sino a la fecha de la resolución judicial que condene al autor al pago de los daños y/o perjuicios causados por dicho acto u omisión.”: Sentencia JM-1 Las Palmas 15.09.2005 (Incidente Concursal 47/2005)

“QUINTO.- Respecto a las concretas partidas con números 6 a 10, aún cuando se trate de sanciones impuestas con posterioridad a la declaración de concurso, no merecen la consideración de créditos contra la masa. En este sentido, el artículo 84.10º considera como créditos contra la masa "los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso". Sin embargo, lo determinante para la calificación como créditos contra la masa no es la fecha en la cual se reconoció la obligación, verbigracia, la fecha de la sentencia condenatoria que estima una acción de responsabilidad extracontractual, sino la fecha del hecho que origina una u otra obligación, con independencia del momento en que sea reconocida. En el presente caso, todas las sanciones tributarias que se relacionan tienen su origen en hechos anteriores a la declaración de concurso en tanto que se anudan al incumplimiento de obligaciones tributarias, de manera que la legislación reguladora establece las sanciones como consecuencia de dichos incumplimientos, sin perjuicio de que sea preciso un previo procedimiento para su imposición.

Aplicando el régimen general de obligaciones y contratos recogido en el artículo 1.089 del Código Civil concordantes, la obligación que nos ocupa deriva de la realización de un acto ilícito tipificado legalmente, esto es, se trata de sanciones derivadas del incumplimiento de una obligación legal, y su origen se produce como consecuencia de un hecho anterior a la declaración de concurso. En concreto, las sanciones que nos ocupan tienen su origen en la comisión de infracciones tributarias por el incumplimiento de las obligaciones tributarias legalmente establecidas, con carácter previo a dicha fecha, aún cuando su reconocimiento o declaración, al precisar la previa tramitación del correspondiente procedimiento, sea posterior a aquella, si bien su origen se encuentra en dicho cumplimiento, esto es, en un acto ilícito anterior a la declaración de concurso, y por él nacen. Lo contrario conllevaría una aleatoriedad no deseada en tanto que la calificación como crédito concursal o crédito contra la masa dependería exclusivamente de la simple fecha de la resolución que pusiese término al correspondiente procedimiento (administrativo, penal, civil) y no al dato objetivo, seguro y cierto del hecho que origina la obligación y responsabilidad, máxime cuando los créditos aquí discutidos provienen de la comisión de un hecho ilícito derivado del incumplimiento de una obligación legal, esto es, de un acto concreto, objetivable y fijado en el tiempo.

Lo anterior no excluye ni exime la responsabilidad por las infracciones tributarias, en tanto que ésta permanece, si bien el crédito derivado de las mismas no ha de ser considerado como crédito contra la masa, sino como crédito concursal con la calificación establecida en el artículo 92. 4º LC, en tanto que crédito subordinado.”: SJM-1 Santander 28.02.2007 (JUR 2007/125993)

- 11.º Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración.

SECCIÓN 2 - DE LA COMUNICACIÓN Y DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

Artículo 85. Comunicación de créditos.

1. Dentro del plazo señalado en el número 5.º del apartado 1 del artículo 21, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos.

Art. 85.1

1. Efectos de la comunicación tardía

“3. ¿Qué tratamiento debe darse a la comunicación de créditos posterior a la entrega del informe por parte de la Administración concursal? ¿podrán dichos acreedores hacer valer su crédito en el concurso de algún modo (ex art. 134 LC)? ¿de qué modo?”

Como hemos visto anteriormente, el artículo 74.1 de la Ley Concursal establece un plazo obligatorio para que la Administración concursal presente el informe. Este plazo se fija en dos meses a contar desde la aceptación del cargo de al menos dos de sus miembros. La Ley prevé la posibilidad de prorrogar dicho plazo por un mes más, a solicitud de la propia Administración concursal siempre y cuando se justifique la concurrencia de circunstancias extraordinarias (artículo 74.2 LC).

Como sabemos, al informe la Administración concursal debe acompañarse la lista de acreedores del concursado (artículo 75.2.2º LC).

Para que en la lista de acreedores se vean reflejados todos aquellos que ostentan algún crédito concursal, la Ley prevé una serie de actuaciones. Por un lado, el artículo 21.4 LC establece que la Administración concursal notifique individualmente a cada uno de los acreedores que consten en el concurso el deber de comunicar sus créditos, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 LC. Y por otro, y con independencia de lo anterior, el artículo 21.1.5º LC establece el plazo en el que los distintos acreedores del concursado deberán poner en conocimiento de la Administración concursal su crédito a los efectos de ser incluidos en la lista de acreedores. Este plazo, que lo es para todos los acreedores del concursado, se fija en un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el Auto de declaración del concurso.

De lo que acabamos de examinar podemos sacar una primera conclusión: el plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos, no tiene por qué coincidir necesariamente con la finalización del periodo que tiene la Administración concursal para elaborar el informe. Más bien la situación adecuada debería ser la de que el plazo para la comunicación de crédito finalizara con antelación a la expiración del plazo para la confección y entrega el informe de la Administración concursal.

Como consecuencia de la combinación de los dos plazos previstos en la Ley para facilitar la inclusión de los créditos en la lista de acreedores, podemos contemplar las siguientes hipótesis:

- a) que el acreedor comunique su crédito dentro del plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC;
- b) que el acreedor comunique su crédito una vez transcurrido el plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe –o el prorrogado- según lo previsto en los artículos 74 y 191 LC;
- c) que el acreedor comunique su crédito transcurrido el plazo para que la Administración concursal presente su informe.

¿Cuáles son las consecuencias en cada una de las hipótesis contempladas?

En el primer caso, que debería constituirse en el supuesto ordinario, la consecuencia es que la Administración concursal examinará la solicitud presentada por el acreedor junto con la documentación aportada, y valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y con qué eficacia (artículo 86.1 LC).

El segundo supuesto se corresponde con lo que la Ley califica comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia que tiene para el acreedor la comunicación tempestiva de su crédito. Esto no obsta para que en todo caso entre en juego la obligación de la Administración concursal de valorar de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso (artículo 86.1 LC). Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso, y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso, aunque con anterioridad a la finalización del plazo para que la Administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito debería ser la de su postergación a crédito subordinado.

El último de los supuestos que hemos enumerado es el que plantea más problemas. Se trata de la comunicación de un crédito con posterioridad a la entrega al Juzgado del informe de la Administración concursal. Entiendo que en este caso, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido, y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso.

Ahora bien, queda pendiente la cuestión de cómo este acreedor podrá articular los mecanismos para el reconocimiento de su crédito, y de cuáles son estos mecanismos. Y decimos esto por la previsión del artículo 134 LC que establece la extensión, en su caso, de los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. Debemos considerar que una cosa es que los créditos de los que hemos hablado en último lugar no puedan, por efecto de la preclusión, ser reconocidos e introducidos como tales

créditos en la lista, y otra que ese crédito, por el hecho de que no haya sido comunicado tempestivamente, quede extinguido. No entendemos que la falta de comunicación se equipare a extinción (no contemplada en el art. 1156 CC) como lo atestigua el que el art. 134 les otorga eficacia. No observamos obstáculos insalvables que impidan al titular del crédito presentar una demanda para que se declare su crédito. Al afectar al patrimonio del concursado, su conocimiento corresponderá al juez del concurso (art. 50), y dado que ha precluido la vía del reconocimiento (art. 86), se tramitará por el cauce del incidente concursal (art. 192) en el que la administración concursal podrá allanarse si lo considera justificado. De esta manera el acreedor verá declarado su crédito (por una vía indirecta si se quiere a la genuinamente concursal) pero seguirá sin poder ser incluido en la lista de acreedores, de manera que en la liquidación no parece que pueda participar, y solo podrá verse satisfecho – aunque con el mismo rango que los subordinados- para el caso en que haya sobrante.

Se propuso en el II Encuentro, una interpretación más flexible que la que se acaba de exponer. Consistiría en lo siguiente: El artículo 97 de la LC prevé la preclusión de la posibilidad de modificar la lista de acreedores si no se impugna la misma en tiempo y forma. Ahora bien, surge una duda fundada respecto a la situación en la que quedan los créditos que, aún subsistentes, no hubiesen sido insinuados en el proceso concursal dentro del plazo de un mes, desde la última de las publicaciones del auto de declaración de concurso, como establecen los artículos 21.1.5º y 85 de la Ley Concursal, y tratasen de hacerlo con posterioridad. Porque la mencionada ley no prevé otra sanción expresa para la insinuación tardía de un crédito que la de su subordinación (artículo 92.1º), es decir, pasar a engrosar el grupo de los del pago en último lugar, tras la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios (artículo 158 de la Ley Concursal). Ahora bien, no soluciona el texto legal el problema cuando el crédito se pone de manifiesto en el concurso una vez ya ha sido cerrada la lista de acreedores elaborada por la administración concursal. Excluirlo del concurso, que es desde luego una de las alternativas, presenta inconvenientes, puesto que: 1º) no debe desconocerse la existencia de ningún derecho, aunque se revele con retraso, mientras éste no caduque o prescriba la acción para exigirlo; y 2º) si se cerrase su entrada en el concurso, y descartada su extinción -pues la ley no la prevé de modo expreso- supondría reenviarlo a una reclamación extraconcursal que, además de generar nueva litigiosidad contra el concursado, no dejaría claro el encuadre de ese crédito ni respecto a los demás acreedores ni en la ulterior dinámica de cumplimiento del convenio (por ejemplo, por cuanto importe debe ser reconocido y, sobre todo, quién y cómo lo clasifica). Desde luego, si se quiere garantizar la seguridad jurídica no se logra generando más conflictividad. Por otro lado, la ley sí prevé la posibilidad de que como consecuencia de resoluciones dictadas por el juez del concurso (artículos 92.1º y 92.6º de la Ley Concursal) hayan de calificarse como subordinados determinados créditos (los hubiese tenido o no en cuenta la administración concursal). Por lo que el mecanismo de la subordinación, siquiera como consecuencia de la tardía puesta de manifiesto del crédito en un incidente concursal, podría suponer una solución para este tipo de situaciones. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS, 3.

1.1 Pérdida del crédito no comunicado antes del cierre de la lista de acreedores (JM-1 Madrid y Valencia)

“**PRIMERO** El artículo 74.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), impone -en el ámbito del concurso ordinario- a la administración concursal el deber de presentar el informe en el plazo de dos meses a contar desde la aceptación del cargo de al menos dos de sus miembros. La Ley prevé la posibilidad de prorrogar dicho plazo por un mes más, a solicitud de la propia administración concursal siempre y cuando se justifique la concurrencia de circunstancias extraordinarias (artículo 74.2 LC). Con dicho informe se acompañará, por lo que aquí interesa, la lista de acreedores del concursado (artículo 75.2.2º LC). Para que en la lista de acreedores se vean reflejados todos los que ostentan algún crédito concursal contra el deudor, la Ley establece una serie de mecanismos. Por un lado, el artículo 21.4 LC determina que la administración concursal comunicará individualmente a cada uno de los acreedores que consten en el concurso el deber de comunicar sus créditos, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 LC. Con independencia de tal comunicación, el artículo 21.1.5º LC regula el plazo en el que los distintos acreedores del concursado deberán poner en conocimiento de la administración concursal su crédito a los efectos de ser incluidos en la lista de acreedores. De este modo, se concede a todos los acreedores del concursado el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el Auto de declaración del concurso, a fin de que comuniquen a la administración concursal la existencia de sus créditos. Como es fácil de observar, el plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal no tiene por qué coincidir necesariamente con la finalización del período que tiene la administración concursal para elaborar el informe. Más bien la situación adecuada debería ser la de que el plazo para la comunicación de crédito finalizara con antelación a la expiración del plazo para la confección y entrega el informe de la

administración concursal. Y a tal fin todos los operadores en el concurso deberán proceder de forma que las cosas sean así.

SEGUNDO Visto lo anterior, las hipótesis que podemos contemplar a los efectos de comunicación de créditos son las tres siguientes: a) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal dentro del plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC ; b) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal una vez transcurrido el plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe -o el prorrogado- según lo previsto en los artículos 74 y 191 LC; c) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal transcurrido el plazo para que la administración concursal presente su informe. En el primer caso, que debe ser el supuesto normal, la consecuencia es que la administración concursal examinará la solicitud presentada por el acreedor junto con la documentación aportada, y valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y con que eficacia (artículo 86.1 LC).

TERCERO El segundo supuesto se corresponde con lo que la Ley califica comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. No podemos desconocer que el artículo 86.1 LC impone a la administración concursal la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

CUARTO El último de los supuestos que hemos enumerado en el segundo fundamento de esta resolución es el de la comunicación del crédito con posterioridad a la entrega del informe por parte de la administración concursal. Se corresponde con el caso que se nos plantea como consecuencia de la comunicación efectuada por la entidad Telefónica de España, SAU. Estamos ante la situación en la que el acreedor ha comunicado su crédito con posterioridad a la entrega por parte de la administración concursal del informe en cuya lista de acreedores no figura el referido crédito, toda vez que consta en autos que la fecha de la última publicación del Auto de declaración del concurso es la del 27 de noviembre de 2004, el informe de la administración concursal fue presentado el día 29 de diciembre de 2004, y el escrito de comunicación del crédito fue presentado por Telefónica de España, SAU. el día 25 de febrero de 2005. En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. De ahí que, habida cuenta del momento procesal en que se encuentra el concurso, y sobre la base de lo razonado en la presente resolución, deba rechazarse a todos los efectos la comunicación del crédito efectuada por la entidad Telefónica de España, SAU mediante el escrito presentado en fecha 25 de febrero de 2005, sin que proceda atribuir a tal comunicación efecto legal alguno en el concurso. ”: Auto JM-1 Madrid 10.03.2005 (AC 2005/287)

“TERCERO Las hipótesis que podemos contemplar a los efectos de comunicación de créditos son las tres siguientes:

a) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal dentro del plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC;

b) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal una vez transcurrido el plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe -o el prorrogado- según lo previsto en los artículos 74 y 191 LC;

c) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal transcurrido el plazo para que la administración concursal presente su informe.

En el primer caso, que debe ser el supuesto normal, la consecuencia es que la administración concursal examinará la solicitud presentada por el acreedor junto con la documentación aportada, y valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y con qué eficacia (artículo 86.1 LC).

El segundo supuesto se corresponde con lo que la Ley califica comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. No podemos desconocer que el artículo 86.1 LC impone a la administración concursal

la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

El último de los supuestos que se han enunciado más arriba es el de la comunicación del crédito con posterioridad a la entrega del informe por parte de la administración concursal. Se corresponde con el caso que se nos plantea en este caso conforme a lo expuesto, y debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito se ha perjudicado y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. “:S JM-1 Valencia 11/11/2005 (AC 2005/1794)

1.2 Inclusión de crédito por facturas rectificativas de IVA con posterioridad al cierre de la lista de acreedores. No pérdida de los créditos no comunicados.

“**Sexto.**- Alega también la administración concursal que la demanda planteada por la Administración Tributaria [*inclusión de crédito por facturas rectificativas de IVA*] es extemporánea y que se ha presentado tras el cierre definitivo de la lista de acreedores.

Son distintas las cuestiones que han de despejarse para intentar establecer una interpretación razonada de las normas concursales en su juego con las normas tributarias. Como primera advertencia debe indicarse que la cuestión no es clara ni en la norma concursal ni en la del IVA ya que ambas normas establecen términos, plazos y formalidades para la comunicación de los créditos pero, salvo en el supuesto de los créditos subordinados por comunicación tardía, no hay una clara sanción a la falta de cumplimiento de esos requisitos o formalidades.

Fijemos, con carácter previo, dos planos de análisis:

a) Plano tributario: EL artículo 80.tres LIVA: La factura modificativa ha de emitirse por el acreedor del concursado dentro del mes siguiente a que se produzca la última de las publicaciones del auto de declaración de concurso. Es decir, dentro del plazo concursal para la insinuación de créditos el acreedor tiene la obligación, por una parte, de comunicar su crédito a los administradores del concurso y, por otra, de emitir esas facturas rectificativas. La sanción derivada de ese precepto es clara: si no emite la factura rectificativa en el plazo de un mes decaerá su derecho fundamentalmente en el ámbito tributario y, por lo tanto, no podrá “gozar” de la ventaja fiscal que se deriva de la emisión de esa factura.

No concluyen ahí las obligaciones del acreedor concursal ya que emitida la factura el Reglamento del IVA le exige que en el plazo de otro mes haya de comunicar a la autoridad tributaria la modificación de la base imponible, cumpliendo con otros requisitos formales: aportar testimonio del auto de declaración de concurso y justificar que el crédito no tiene algún tipo de garantía o aval de terceros.

b) Plano concursal.- Parece claro que en el plazo de insinuación de créditos la administración concursal podrá conocer si el acreedor ha justificado el principal de la deuda y podrá calibrar la existencia de IVA, pero en ese plazo de un mes (artículo 21.1.5º de la Ley Concursal), no tiene por qué conocer que se han emitido facturas rectificativas del IVA por parte del acreedor concursal, aunque lo razonable es que el acreedor concursal si emite esas facturas rectificativas las presente ante el deudor concursado.

En el plazo de insinuación de créditos la Agencia Tributaria tampoco puede certificar la deuda fiscal derivada de las facturas rectificativas ya que de hecho el conocimiento que la Agencia tiene del IVA se produce dentro del mes siguiente a la conclusión del plazo de insinuación.

No parece justificado que la administración concursal haya de hacer una cábala o una proyección automática del IVA y considerarlo, a efectos de su informe, como crédito del concursado ya que puede suceder que los acreedores no emitan – por las razones que sean y que, en todo caso no afectan al concurso – facturas rectificativas o que, una vez emitidas, no se hayan satisfecho los requisitos formales o temporales establecidos en la legislación tributaria y que, por lo tanto, la deuda de IVA sea imputada por la AEAT al acreedor concursal y no al concursado. Por lo tanto aunque la administración concursal sea consciente de que esas facturas rectificativas se pueden producir, no puede recogerlas de modo automático en su informe.

Normalmente – si la administración concursal no solicita prórrogas a su informe y este se emite en el plazo normal (dos meses) – difícilmente habrán llegado las facturas rectificativas durante la

fase común, lo que no quiere decir que las mismas no puedan llegar en la fase intermedia – durante la resolución de los incidentes concursales y antes de la emisión del informe definitivo.

Partiendo de esos dos planos lo que sí debe advertirse es que una vez el acreedor concursal comunica, conforme al artículo 24 de RLIVA, la emisión de la factura rectificativa a la autoridad tributaria y esta comprueba que se han cumplido todos los requisitos y formalidades propias del tributo, no hay ningún obstáculo legal para que la AEAT pueda certificar la deuda fiscal – artículo 86.2 de la Ley Concursal así lo indica cuando advierte a la administración concursal que “necesariamente” incluirá los créditos que consten reconocidos en certificación administrativa -, de hecho es muy habitual en procedimientos concursales que la administración – tanto tributaria como de la Seguridad Social – ajuste las certificaciones y se produzcan distintas certificaciones en función de las actualizaciones de datos en los correspondientes organismos administrativos. Por lo tanto no puede compartirse ninguno de los argumentos desarrollados por el Abogado del Estado, en representación de la AEAT, sobre la falta de certificación de la deuda por parte de la Agencia y trasladar esa responsabilidad al concursado. El concursado puede ser el obligado al pago del IVA rectificativo pero, en ningún caso aparece en la normativa sobre el IVA que deba ser el deudor quien asuma la iniciativa de comunicación, sin perjuicio de que haya de poner en conocimiento de la administración concursal las facturas rectificadas que hayan emitido y notificado los acreedores.

Sentado lo anterior la cuestión que se plantea ha generado ya cierta discusión tanto doctrinal como práctica respecto de la determinación del momento en el que no resulta posible incluir nuevos créditos en el procedimiento concursal. Al amparo del artículo 154 de la Ley Concursal, en relación con el 84 del mismo texto legal, si se trata de créditos contra la masa su naturaleza predecible determina que a medida que vayan venciendo se haya de pagar y cualquier debate sobre la naturaleza o pago de los mismos haya de resolverse por medio de un incidente concursal que no está sometido a plazo.

En el caso de tratarse de créditos concursales ningún precepto de la Ley establece que los créditos concursales que se insinuaran con posterioridad a la presentación de la lista definitiva queden fuera del concurso, de hecho hay argumentos para interpretar lo contrario:

- El supuesto de las facturas es un supuesto claro en el que cualquier insinuación habrá de producirse normalmente fuera del plazo concedido para dicho trámite ya que la emisión de las mismas se produce ya en el límite del artículo 21.

- La sanción que se prevé para algunas insinuaciones tardías no es la de la omisión del crédito sino la de la subordinación – artículo 92 – siempre y cuando el crédito no pudiera derivarse de los libros del concursado o no se encontrara dentro de los supuestos del artículo 86.2 de la Ley Concursal.

- En los supuestos de convenio el artículo 134 indica que el convenio se extiende a aquellos acreedores ordinarios o subordinados que fuesen anteriores a la declaración de concurso aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. En el artículo 155 – que aborda la forma de pago de los créditos con privilegio especial – la realización abierta tras la apertura de la liquidación impide al acreedor la ejecución separada pero no supone que un crédito privilegiado que no fuera reconocido por causa no imputable al acreedor quedara fuera del concurso.

- En la fase de liquidación lo cierto es que la lectura de los artículos 160, 161 y 162 obligan a la administración concursal a realizar antes del efectivo pago una actualización de los créditos y ver si han sido pagados o satisfechos de otro modo, circunstancia que permite considerar que no hay una visión o previsión estática de la lista definitiva de acreedores y que la misma ha de adaptarse o ajustarse a la real situación de los créditos en cada momento.

- Con estos argumentos no se pretende quebrar el principio de seguridad jurídica, sino únicamente advertir que la Ley Concursal solo considera los efectos de la lista definitiva para el quorum de constitución y voto de la junta y para reconocer el derecho a voto en las juntas. Lo que no parece razonable es que en aquellos supuestos en los que exista una causa poderosa que justifique la comunicación tardía de un crédito no se habiliten mecanismos para que los mismos accedan al procedimiento.

Por lo tanto no hay extemporaneidad en la presentación de la demanda cuando el primer debate sobre los créditos derivados de las facturas rectificativas se produjo en la fase de impugnación del informe por medio de reconvención y la propia resolución advirtió que debía ser en un incidente específico en el que hubiera de producirse esa discusión.”: Sentencia JM-3 Barcelona 01.09.2006 (Incidente Concursal 326/2006-C1)

1.2.1. Incidente para su inclusión. No es necesario demandar a los acreedores

“La primera cuestión que ha de resolverse, de naturaleza procesal, afecta al posible litisconsorcio pasivo necesario alegado por la administración concursal, que entiende que la demanda debería de haberse dirigido también contra los acreedores de RED ELITE. No pueden aceptarse los argumentos empleados por la administración concursal en la medida en la que se superponen dos ámbitos completamente distintos:

a) El ámbito tributario, derivado del mecanismo de comunicación establecido en el artículo 24 del Reglamento, mecanismo en el que los acreedores de la concursada han de cumplir con determinadas formalidades ante la AEAT.

b) El ámbito concursal, en el cual la única cuestión es la de “ubicar” dentro del proceso concursal y, especialmente, en el informe de la administración concursal el crédito.

Traer al incidente concursal a los acreedores supondría trasladar al proceso concursal cuestiones de naturaleza no jurisdiccional vinculadas al modo, manera y plazos en los que deben emitirse las facturas rectificativas y su comunicación a la autoridad tributaria.

En el incidente concursal parece claro – no hay discusión al respecto – que el obligado al pago de ese IVA sería el deudor concursado, por lo tanto la única cuestión a resolver es si los créditos derivados de esas facturas rectificativas deben ser reconocidos en el concurso y, en su caso, la consideración como crédito contra la masa o crédito concursal. La existencia de irregularidades, defectos o carencias en la gestión administrativa de las facturas y su imputación a los acreedores, al deudor o a la propia Administración Tributaria podrá tener, en su caso, como última sanción el no reconocimiento del crédito como tal, pero en ningún caso ha de determinar que en el incidente concursal se abra un trámite para que los acreedores hayan de justificar si cumplieron con las formalidades derivadas de la gestión administrativa de la factura rectificativa. Por lo tanto debe rechazarse la alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario.”: Sentencia JM-3 Barcelona 01.09.2006 (Incidente Concursal 326/2006-C1)

2. La comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se presentará en el juzgado.

3. El escrito expresará nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales.

4. Se acompañarán los originales o copias autenticadas del título o de los documentos relativos al crédito. Si se solicitare la devolución de los títulos, documentos o escrituras de poder acompañados, quedarán en las actuaciones testimonios bastantes autorizados por el secretario.

No obstante, cuando los originales de los títulos o documentos hayan sido aportados o consten en otro procedimiento judicial o administrativo, podrán acompañarse copias no autenticadas de los mismos siempre que se justifique la solicitud efectuada ante el juzgado u organismo correspondiente para la obtención de testimonio o la devolución de originales.

Art. 85.4

1. Títulos o documentos originales.

1.1 Interpretación no literalista. Contrato de factoring

“... se ha excluido el crédito pretendido derivado de operación de Factoring.

SEGUNDO La Administración concursal se aquieta a la pretensión de la aquí actora en punto al crédito derivado de la operación de Factoring, por importe de 16.098,71 euros, en atención a la operativa propia de esta suerte de operaciones, de suerte que no es dable venir a exigir al acreedor la aportación de efecto no atendido alguno cuando es lo habitual que no exista otro soporte documental distinto del propio contrato de factoring. Así las cosas, resulta absolutamente plausible la tesis de la aquí actora, no teniendo sentido hacer recurso para exclusión de una interpretación literalista del artículo 85-4 que nos lleva a conclusiones odiosas por contraria a los usos ordinarios del comercio.”: S JM-1 Valencia 4/11/2005 (AC 2005/1792)

5. En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido.

Art. 85.5

1. Concursado deudor por afianzamiento solidario. Crédito puro y no contingente

“PRIMERO Por la parte demandante de Banco Español de Crédito se presenta demanda incidental alegando que el concursado «Distribuciones Cárnicas Rojo, S.L.» es fiador solidario en la póliza de descuento y anticipo de créditos mercantiles firmada en fecha 2 junio 2003 por la sociedad del mismo grupo «Ganadería Fornaxe, S.L.» como deudora principal, arrojando dicha operación a la fecha de declaración de concurso un crédito por principal por importe de 21.973,26 euros y por intereses de 922,62 euros, ocurriendo que al estar la deudora principal también incurso en situación concursal en el procedimiento seguido ante este Juzgado con el núm. 423/2005 la Administración concursal clasificó el crédito de la actora como ordinario contingente, viniendo ahora a reclamar su clasificación como crédito ordinario puro y simple.

SEGUNDO La posición del acreedor frente a sus deudores solidarios declarados en concurso viene sentada por la regla general del art. 85-5 LC al proclamar que «En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido». La norma, trasunto al ámbito concursal del régimen de solidaridad pasiva contenida en el art. 1144 CC, ampara al acreedor para insinuarse por el todo en cada uno de los concursos y con ello a gozar también en cada uno de ellos de la totalidad los derechos de adhesión de voto y de cobro, y ello con independencia de que pueda eventualmente cobrar en parte su crédito en un momento posterior de cualquiera del resto de codeudores concursados. Por su parte la carga que asiste a la Administración concursal, una vez reconocido el crédito en la cuantía efectivamente adeudada y con la clasificación que le corresponda, será la de respetar la regla que prohíbe la duplicidad de pagos conforme dispone el art. 161-1 LC al decir que «En el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito», para cuyo fin el apartado 2 de esta norma arbitra un mecanismo por el cual «La administración concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos».

En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, el crédito insinuado en cualquiera de los concursos de los deudores solidarios no puede ser reconocido bajo contingencia toda vez que el sometimiento a condición suspensiva se encuentra previsto exclusivamente para los casos de codeudores que respondan de forma escalonada o subsidiaria, tal y como dispone el art. 87-5 LC, precisamente porque sólo en tales supuestos opera la pendencia de su responsabilidad, siendo así que en los casos de inexistencia del beneficio de excusión el reconocimiento del crédito en cada uno de los concursos de los deudores solidarios no encuentra obstáculo en serlo como crédito puro y simple y así debe ser reconocido en el caso presente.”: SJM-1 Oviedo 25.05.2006 (AC 2006/2067)

Artículo 86. Reconocimiento de créditos.

1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso. Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal.

Art. 86.1 Créditos que resulten de los libros o documentos del deudor

“PRIMERO: De las alegaciones vertidas por las partes contendientes en el presente incidente encontramos que pese a que el acreedor Don Ildfonso no comunicó ningún crédito en el concurso de la “Agencia de Transportes Hijos de Fernando Álvarez, S.L.”, la Administración concursal procedió a reconocer como de su titularidad un crédito por importe de 435,13 euros correspondiente a una factura de fecha 30 abril 2005 y que no constaba pagada en la contabilidad del deudor, reconocimiento que se hacía, pese al silencio del acreedor, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 86 L.C. No satisfecho con lo anterior, el demandante viene ahora a solicitar mediante la presente vía incidental el reconocimiento de otro crédito por importe de 489,76 euros correspondiente a otra factura de fecha 31 marzo 2005 cuyo pago fue instrumentado mediante un pagaré librado por la concursada con fecha 20 julio 2005 (doc. nº 4 demanda), alegando a este respecto la Administración concursal que en la contabilidad del deudor dicha factura aparecía como pagada mediante un pagaré extendido con fecha 31 marzo 2005 y cuya devolución no constaba, circunstancia que otorgaba una apariencia de que dicho efecto había resultado atendido en su momento y por esa razón no se incluyó en la

lista de acreedores. Añade no obstante la Administración concursal que probablemente, tras el impago del pagaré de 31 marzo 2005, se extendió otro por la concursada de fecha 20 julio 2005 y con vencimiento el 10 agosto 2005 que tampoco resultó abonado y que fundamenta la presente reclamación, crédito que en cualquier caso no era conocido por la Administración concursal en el momento de confeccionar la lista de acreedores.

SEGUNDO : Centrado en los expuestos términos el objeto del debate cabe señalar primeramente que la Ley Concursal diseña un doble mecanismo para la comunicación de los créditos en el concurso, pues además de la vía ordinaria que resulta de la comunicación expresa y en tiempo hábil realizada voluntariamente por el acreedor respecto de los créditos de su titularidad (art. 85 L.C.), aparece la que podríamos denominar “comunicación simplificada o comunicación de oficio” y de la que se benefician aquellos créditos que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso, tal y como reza el art. 86-1 L.C., y cuya correcta aplicación llevó a la Administración concursal a reconocer bajo la titularidad de Don Ildefonso un crédito por importe de 435,13 euros que así figuraba en la contabilidad del deudor. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 30.05.2006 (JUR 2006/183387)

2. Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 53, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos.

Art. 86.2 Créditos de reconocimiento forzoso

0. No están exentos de la preceptiva comunicación

“Por lo que respecta al pretendido reconocimiento de otro crédito por importe de 489,76 euros, instrumentado en un pagaré librado con fecha 20 julio 2005 y vencimiento el 10 agosto 2005, y del que se reclama su reconocimiento necesario al amparo de lo dispuesto en el art. 86-2 L.C., el pedimento no puede ser acogido. A este propósito cabe afirmar en primer lugar que la regla del reconocimiento forzoso o necesario contenida en el art. 86-2 L.C. en ningún caso exime de la preceptiva comunicación del crédito, pues resulta acorde con la lógica el que no pueda exigirse a la Administración concursal que reconozca lo que no conoce, sin que tampoco pueda obligarse al órgano concursal a una suerte de labor investigadora a este respecto. Por otra parte en la tarea hermenéutica de dicha norma habremos de recordar que en la elaboración parlamentaria de la Ley se presentó una enmienda en el Congreso (enmienda nº 305 del grupo parlamentario socialista) a los fines del concreto extremo que comentamos y que trataba de introducir en ella la mención de que “se incluirán necesariamente en la lista de acreedores, aunque no hubieran comunicado la existencia de sus créditos...”, enmienda que sin embargo fue expresamente rechazada. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 30.05.2006 (JUR 2006/183387)

1. Créditos reconocidos por certificación administrativa

“La TGSS sostiene en su recurso, que la cuantía del crédito que ha de serle reconocido es el que resulte de la certificación administrativa que aporta, con independencia del criterio que pueda tener para su cómputo la administración concursal, y a tal efecto invoca el art. 86.2 LC (...)

La recurrente sostiene que han de ser incluidas las cuantías que se dicen en la certificación administrativa. Ocurre, sin embargo, que de la contestación dada por el administrador concursal a la previa impugnación, los créditos que incluye a favor de la TGSS son los que se derivan de la primera certificación emitida por ésta -la segunda es aportada con ocasión de la impugnación-, sin que haya cuestión alguna en relación a la deuda del mes de diciembre de 2004, admitida en el acto del juicio de la impugnación; y el motivo por el que el juzgador de primer grado deniega la impugnación es que la Tesorería no ha dado razón de la discrepancia entre ambas certificaciones, explicación que tampoco se contiene en el recurso que se estudia, por lo que esta Sala no encuentra motivos para variar el criterio sustentado por el juzgador de primer grado, sin que pueda ser apreciada infracción alguna del art. 86.2 LC, pues los créditos han sido reconocidos por el importe certificado.”: Sentencia AP Zaragoza 16.06.2006 (JUR 2006/183286)

“**TERCERO** En lo que concierne al fondo mismo de los recursos, ambos deben ser desestimados por los propios fundamentos de la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, en la que ningún sentido podría tener la repetición de las consideraciones que el juzgado ya tiene expuestas, en las que se dio

pormenorizada respuesta a las cuestiones planteadas tanto por la Administración de la Seguridad Social como por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por más que para alguna de las planteadas por esta última se remitiera a lo ya razonado al dar respuesta a la Seguridad Social. En definitiva, la previsión del artículo 86.2 en relación con la inclusión necesaria de los créditos reconocidos por certificación administrativa, no alcanza a la calificación de los créditos así reconocidos, que se efectúa ya dentro del proceso concursal, conforme a las previsiones de los artículos 89 y siguientes. “:Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006/285813)

“Segundo.- El segundo motivo de oposición de la administración concursal debe ser rechazado en la medida en la que el artículo 92.1 de la Ley concursal respecto de los créditos tardíamente insinuados no establece la sanción de su exclusión de la lista sino, en su caso, de subordinación, salvo que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones públicas. En el supuesto de autos la AEAT manda una primera certificación - inicialmente incluida - que con posterioridad corrige. El valor de las certificaciones en cuanto a la cuantificación de la deuda - artículo 86.2 de la Ley concursal - obliga a la administración concursal a incluir los créditos derivados de dichas certificaciones en el momento de su recepción, sin perjuicio de que se pueda discrepar en el plazo concursal de la propuesta de calificación que realice la Tesorería, pero sin que puedan alterarse las cuantías.”: Sentencia JM-3 Barcelona 24.02.2006 (JUR 2006/113969)

“El hecho de que el apartado segundo del artículo 86 disponga que «se incluirán necesariamente en la Lista de Acreedores» los créditos reconocidos «por certificación administrativa», no impide que la Administración Concursal pueda y deba revisar la calificación que de las distintas partidas realice la Hacienda Pública en los términos establecidos en el artículo 94. “: Sentencia JM-2 Barcelona 11.04.2005 (AC 2005/816); en idénticos términos, Sentencia JM-2 Barcelona 10.04.2006 (JUR 2006/147524)

“CUARTO.- Conviene precisar que el hecho de que el apartado segundo del artículo 86 de la Ley Concursal disponga que se incluirán necesariamente en la lista de acreedores los créditos reconocidos por certificación administrativa, no significa que la Administración Concursal no pueda hacer una revisión de su clasificación, puesto que únicamente viene referido a su existencia, siendo la labor de clasificación propia de la Administración Concursal a través de su informe. En consecuencia, la clasificación efectuada no resulta vinculante y ha de estarse a la naturaleza del crédito en cuestión.”: Sentencia JM-1 Santander 3.06.2005 (Incidente Concursal 170/2005)

“El artículo 86.2 de la LC impone a la Administración concursal el reconocimiento necesario de determinados créditos, entre ellos los reconocidos por certificación administrativa, si bien en el inicio final de dicho apartado se faculta a los administradores concursales para impugnar los actos administrativos, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica; esto es, los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y Procedimiento Administrativo recogido por Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No habiéndose utilizado esta vía por la Administración Concursal para mostrar su disconformidad con el importe de las retenciones certificadas, no pueden ya discutirse por no ser este el cauce adecuado y en consecuencia ha de calificarse como privilegio general del art. 91.2 de la LC, la totalidad de los que obran en el certificado de la T.G.S.S, esto es 71,74 euros.”: Sentencia JM-1 Murcia 29.07.2005 (Incidente Concursal 171/2005)

“CUARTO Sobre las actualizaciones de las certificaciones de deuda emitidas por las administraciones públicas.- La regulación que el artículo 92.1 de la Ley concursal propone respecto de los créditos tardíamente insinuados no establece la sanción de su exclusión de la lista sino, en su caso, de subordinación, salvo que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones públicas. En el supuesto de autos la AEAT manda una primera certificación -inicialmente incluida- que con posterioridad corrige. El valor de las certificaciones en cuanto a la cuantificación de la deuda -artículo 86.2 de la Ley concursal- obliga a la administración concursal a incluir los créditos derivados de dichas certificaciones en el momento de su recepción, sin perjuicio de que se pueda discrepar en el plano concursal de la propuesta de calificación que realice la Agencia, pero sin que puedan alterarse las cuantías. ”: Sentencia JM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC 2006/128)

“**SEGUNDO** La primera consideración que cabe realizar respecto del debate planteado pasa por recordar que el ámbito de libre discrecionalidad de que goza la Administración concursal en la labor cuasijurisdiccional de verificación o reconocimiento de créditos se ve constreñido en aquellos supuestos previstos por legislador concursal en el art. 86-2 LC al resultar catalogados como de reconocimiento forzoso o necesario, supuestos entre los que figuran los créditos

«reconocidos por certificación administrativa». La norma no es sino una traslación al ámbito concursal del principio de ejecutividad inmediata y presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos (arts. 56 y 57 Ley 30/1992) y con ella se viene a imponer a la Administración concursal la necesaria inclusión en la lista de acreedores de la suma certificada por una Administración Pública como crédito de su titularidad, de tal manera que el único margen de decisión posible para el órgano concursal queda limitado a la clasificación que merece dicha suma, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de impugnar el acto administrativo de que se trate a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica (art. 86-2 in fine LC), como así ha procedido en el presente caso la Administración concursal de «Porcelanas del Principado, SL» (doc. núm. 2 y 3 contestación), y de solicitar del Juez del concurso la adopción de las medidas cautelares que en su caso estime oportunas (art. 87-4 LC) para tutelar el interés de la masa y asegurar las consecuencias de una eventual resolución que acoja la ineficacia del acto administrativo impugnado pues, recordémoslo también, los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional quedan reconocidos como sometidos a condición resolutoria durante dicha pendencia (art. 87-2 LC), gozando por lo tanto de la consideración de un crédito puro en tanto no se cumpla aquella eventualidad, con la legitimación de su titular para el ejercicio de los mismos derechos que le corresponderían a otro acreedor de su misma clasificación (art. 87-1 LC). “:S JM-1 Oviedo (Asturias) 10.05.2006 (AC 2006/867)

1.2 El art. 86.2 no es aplicable a los créditos contra la masa sino sólo a los concursales

“La primera consideración que cabe realizar respecto del debate planteado pasa por recordar que el ámbito de libre discrecionalidad de que goza la Administración concursal en la labor cuasijurisdiccional de verificación o reconocimiento de créditos se ve constreñido en aquellos supuestos previstos por legislador concursal en el art. 86-2 LC al resultar catalogados como de reconocimiento forzoso o necesario, supuestos entre los que figuran los créditos «reconocidos por certificación administrativa». La norma no es sino una traslación al ámbito concursal del principio de ejecutividad inmediata y presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos (arts. 56 y 57 Ley 30/1992) y con ella se viene a imponer a la Administración concursal la necesaria inclusión en la lista de acreedores de la suma certificada por una Administración Pública como crédito de su titularidad, de tal manera que el único margen de decisión posible para el órgano concursal queda limitado a la clasificación que merece dicha suma, todo ello sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de impugnar el acto administrativo de que se trate a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica (art. 86-2 in fine LC), y de solicitar del Juez del concurso la adopción de las medidas cautelares que en su caso estime oportunas (art. 87-4 LC) para tutelar el interés de la masa y asegurar las consecuencias de una eventual resolución que acoja la ineficacia del acto administrativo impugnado. Ahora bien, tampoco debe olvidarse que la regla de reconocimiento necesario o forzoso opera exclusivamente en el ámbito de los créditos concursales y no así en el de los créditos contra la masa cuyo régimen escapa a las reglas de concurrencia concursal, y en este sentido el art. 86-2 LC el claro al exigir la inclusión de los créditos amparados por la norma en la «lista de acreedores», mientras que los créditos contra la masa precisamente por no formar parte del pasivo concursal simplemente se harán constar en el informe mediante «relación separada», y solo los devengados hasta ese momento, conforme señala el art. 94-4 LC

Procede por lo tanto estimar parcialmente en este punto la demanda incidental y declarar que la cantidad objeto de certificación administrativa por el concepto de créditos concursales -y no así de créditos contra la masa en cuya estimación la Administración concursal conserva sus facultades discrecionales- debe ser necesariamente reconocida, que en el presente caso asciende a 132.216,29 euros una vez la demandante obtuvo el pago parcial por importe de 432.140,08 euros desembolsado por la avalista Asturgar (art. 87-7 LC). “: S JM-1 Oviedo (Asturias) 11.05.2006 (AC 2006/863)

2. Créditos reconocidos en sentencia no firme

2.1 ¿ Son contingentes ex art. 87.3?

[Vid. También la jurisprudencia incluida en el art. 87.3]

2.1.1 No lo son

“La última diferencia se centra en la inclusión o no del crédito por costas, las reconocidas por la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 7, sentencia pendiente de recurso de apelación. El demandante solicita la inclusión de 85.945,78 euros por este concepto, que los demandados rechazan.

En efecto, la administración concursal y la concursada entienden que ese pronunciamiento de la sentencia es inejecutable provisionalmente y que no cabe otro reconocimiento que el carácter contingente o litigioso, pues así se desprende del art. 87.3 LC.

Hay que sentar, en primer lugar, que el art. 86.2 LC obliga a incluir «necesariamente» los créditos que «hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no sean firmes». Cuando el art. 87.3 habla de créditos contingentes y litigiosos no se refiere a los que ya se han reconocido en sentencia, aunque no sea firme, sino a los que están pendientes de tal reconocimiento porque el procedimiento esté en trámite.”: Sentencia JM-1 Vizcaya (Bilbao) 14.02.2006 (AC 2006\178)

2.1.2 Sí lo son

“CUARTO.-Centrado en los anteriores términos las cuestiones discutidas ha de partirse de que el art. 86.2 de la Ley Concursal dispone que han de incluirse necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por sentencia, aunque no fueran firmes.

Dicho precepto obliga a rechazar de plano la excepción esgrimida por la concursada por cuanto que a su tenor el hecho de que la resolución judicial que reconoce el crédito este recurrida no es óbice para un reconocimiento en la lista de acreedores. En tal caso estaríamos ante un crédito litigioso.

Crédito litigioso es, según abundante doctrina jurisprudencial, aquel que habiendo sido reclamado judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente o exigible, es decir, el que es objeto de un litis pendencia o proceso entablado y no terminado sobre su declaración, y una vez determinada por sentencia firme la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlas efectivas, y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya del sujeto pasivo, es decir, que el carácter de “crédito litigioso” se pierda tan pronto quede firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo normal, como es, por ejemplo, la transacción.

El apartado 3 del art. 87 de la Ley Concursal prevé que tales créditos sean reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que le corresponda, hasta su confirmación o su reconocimiento en sentencia firme o ser susceptible de ejecución provisional.

En consecuencia procede estimar parcialmente la demanda, debiendo de reconocerse en la lista de acreedores los créditos reclamados por BARCLAYS BANK S.A. y por la calificación que interesa por mor de los art. 89.3 y 92.3 de la Ley Concursal, si bien sin cuantía propia hasta su eventual confirmación en el recurso de apelación de la Audiencia Provincial nº 316/06”: Sentencia JM-1 Murcia 26.01.2007 (Incidente Concursal 359/2006)

2.2 Caso del crédito por costas

2.2.1 Sigue la condición del crédito principal

“Por ello el argumento de la administración concursal y la concursada carece de base, ya que igual que han reconocido el crédito principal declarado en la sentencia, aunque se haya discutido sobre su privilegio, debe reconocerse el pronunciamiento accesorio sobre costas, que es también parte de la misma y por lo tanto se somete al mismo régimen.

En todo caso, respecto al argumento de que las costas no son ejecutables provisionalmente, se ha desmentido en numerosas ocasiones por nuestra Audiencia Provincial, que admite la ejecución provisional de las costas en SAP Bizkaia (Secc. 5ª) de 30 de mayo de 1997 y 24 de enero 2001 (JUR 2001, 256640), igual que ha hecho la SAP Granada de 8 de febrero de 2002.”: Sentencia JM-1 Vizcaya (Bilbao) 14.02.2006 (AC 2006\178)

2.2.2 Es subordinado por ser accesorio

“CUARTO.- En relación a las costas es de aplicación el apartado tercero del artículo 87 de la Ley Concursal de conformidad con el cual “ los créditos ...litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda...”

Pues bien en relación a la calificación que merece el crédito derivado de las costas procesales el hecho de que la concursada se allanará a la demanda en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia sin que la administración concursal preste su autorización para llevar a cabo el allanamiento facultaría a dicho órgano para anular aquel acto dispositivo pero no supone que haya de postergarse a la categoría de crédito subordinado por contravenir lo previsto en el art. 51.3 de la Ley Concursal, que exige para llevar a cabo el allanamiento (o el desistimiento o la transacción)cuando el concursado este sujeto a la intervención de la Administración concursal en la disposición sobre su patrimonio, que esta integre su capacidad de actuación procesal para acordar actos de aquella naturaleza prestando su autorización. No obstante lo anterior, el importe de las costas procesales en cuanto pretensión accesoria a la principal, existe soporte suficiente para considerarlos como créditos subordinados atendiendo a que la Exposición de motivos de la Ley, concretamente en su apartado V, se proclama que la ley se apoya en el carácter accesorio de los créditos para atribuirles la calificación de subordinados. Además no puede desconocerse que las costas procesales viene a ser una especie de sanción que se impone al que ha sido vencido en juicio serian incardinable en el ordinal nº 4 del artículo 92 de conformidad con el cual son créditos subordinados” las multas y demás sanciones pecuniarias” En definitiva procede estimar parcialmente la demanda rectora del presente pleito, debiendo reconocerse en la lista definitiva de acreedores el importe de 564'27€ como créditos ordinarios y como crédito contingente sin cuantía propia y con la calificación de subordinados el importe de las costas causadas en el procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de primera instancia nº 4 de Murcia con el nº 13/06.”: Sentencia JM-1 Murcia 23.01.2007 (Incidente Concursal 237/2006)

3. Créditos que consten en documento con fuerza ejecutiva

“La concursada, por su parte, considera que la mera existencia de póliza mercantil [*póliza de descuento*] ya debería haber supuesto el necesario reconocimiento del crédito. Y entiende que el cliente era deudor en todo momento del banco, sin sujeción a condición alguna. (...) OCTAVO.- La cita por la concursada del artículo 86.2 de la Ley concursal no permite cambiar el punto de vista, pues la póliza de descuento hubiese necesitado una serie de suplementos (certificación adicional de fedatario mercantil - art. 517.2,5º de la LEC- y documentación complementarla a la misma - arts. 572 y 573 de la LEC) para poder constituir un documento con fuerza ejecutiva y justificar entonces la aplicación de dicho precepto legal.”: Sentencia JM-4 Madrid 21.04.2005 (Incidente Concursal 80/2005)

3.1 Inaplicabilidad a los pagarés

“Pero es que además la invocación al reconocimiento forzoso del art. 86-2 L.C. decae desde el momento en que el supuesto al que se acoge el demandante, créditos que consten en documento con fuerza ejecutiva, no concurre toda vez que el pagaré ha perdido su carácter de documento con fuerza ejecutiva tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 517 omite del listado de los títulos que llevan aparejada ejecución a los pagarés. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 30.05.2006 (JUR 2006/183387)

“PRIMERO El art. 86.1 LC comienza diciendo que «corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento», pero añade en su párrafo segundo que «se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que (...) consten en documento con fuerza ejecutiva». La administración concursal esta obligada a incluir esos créditos en las lista de acreedores por el importe que figure en tales documentos, solo puede eludir dicha obligación impugnado en ordinario, dentro del plazo para emitir su informe, la existencia y validez de los mismos, de esa forma, a partir e el momento en que se presente la oportuna demanda el crédito se convertirá en litigioso y tendrá que ser reconocido como contingente, art. 87.3 LC. Pero si la administración concursal, por el motivo que fuere, en el plazo para presentar su informe no presenta la oportuna demanda, viene obligado a reconocer el crédito.

SEGUNDO El en presente caso el crédito cuya inclusión se demanda figura sendos pagares firmados por la sociedad concursada Jose Friguls Clariana SA por importe de 35.695?59 euros, pero lo que puede ser objeto de discusión es si un pagaré tiene fuerza ejecutiva.

TERCERO El art. 49.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCC), en su antigua redacción, claramente reconocía fuerza ejecutiva de la letra de cambio y por remisión del pagaré, ya que se decía que: «a falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio

librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo previsto en los arts. 58 y 59». Sin embargo, la nueva redacción de dicho precepto dada por la disposición final décima 2º de LECiv no se reconoce expresamente dicha fuerza: «falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria a través del proceso especial cambiario, lo previsto en los arts. 58 y 59».

CUARTO Tampoco el art. 517.2 LECiv los incluye expresamente dentro de los títulos que llevan aparejada ejecución, ni, como se verá puede incluirse en apartado 9º por expreso mandatos del art. 66 LCC :

QUINTO Por el contrario el art. 66 de la Ley Cambiaria y del Cheque, modificado igualmente por disposición final 10º 3 de la LECiv, dice que «La letra de cambio tendrá aparejada ejecución a través del juicio cambiario que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en el capítulo II, Título III, del Libro IV, por la suma determinada en el título y por las demás cantidades, conforme a los arts. 58, 59 y 62 de la presente Ley, sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas», esos términos introducen cierta confusión, pero creo que la concusión es que no se puede reconocer fuerza ejecutiva un título cambiaria.

SEXTO A favor de esa posición están diversos argumentos, por una parte, los términos del art. 517.2 LECiv, que es el precepto que enumera cuales son los títulos que llevan aparejada ejecución, así como los del citado art. 49 LCC. Por otra parte, de los propios términos del art. 66 LCC no se puede decir que el título cambiario tenga directamente fuerza ejecutiva, sino que se establece un procedimiento especial y diferente del procedimiento de ejecución, para dotarle de dicha fuerza, la Ley dice «la letra de cambio tendrá aparejada ejecución a través del juicio cambiario». En cuarto lugar, el juicio cambiario no es un juicio de ejecución, sino un proceso especial de condición. A diferencia del procedimiento de ejecución, el juez no despacha ejecución directamente a la vista del documento ejecutivo presentado junto con la demanda de ejecución, art. 551 LECiv, sino que primero ha de requerir de pago al deudor, solo si el deudor no paga ni se opone procede despachar ejecución, art. 825 LECiv, igual que sucede en el procedimiento monitorio 816.1 LECiv. Igualmente a diferencia de lo que sucede en el procedimiento de ejecución, la eventual oposición del deudor se tramita con carácter previo al despacho de ejecución.

SÉPTIMO El apartado 6º del 517 no se refiere a los pagarés, como se desprende de los citados art. 49 y 66 LCC, sino, por ejemplo, a la obligaciones emitidas por sociedades 290 TRLSA.": SJM-4 Barcelona 11.12.2006 (AC 2007/439)

3. Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común.

Artículo 87. Supuestos especiales de reconocimiento.

1. Los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores.

Art. 87.1

1. Imprudencia de calificar como condicional el crédito solidario por efectos descontados impagados antes de la declaración de concurso. Es crédito ordinario.

“El objeto del presente incidente se limita a la calificación del crédito concursal que ostenta la actora (la Caixa) correspondiente a la póliza de apertura de crédito par ala negociación de letras de cambio y otros efectos, que en fecha 29/5/2006 arrojaba un saldo deudor por principal y gastos de 48.725,88 €

Se admite la calificación como crédito ordinario, discrepando que se califique como condicional ordinario, como realiza la administración concursal

Segundo: No cuestionada la cantidad, el litigio queda reducido a una problemática estrictamente jurídica y debemos poner de manifiesto para analizar la misma que: i) no hay controversia en que

el contrato de descuento se suscribió y los efectos se descontaron antes de la declaración de concurso y ii) que los efectos tienen vencimiento anterior a la declaración de concurso

La tesis de la administración concursal es que se trata de créditos respecto de los cuales la entidad actora como tenedora de los efectos dispone de las acciones de regreso contra endosante y contra el obligado principal, de tal manera que si este último satisface los efectos es evidente que el crédito se cancela y no puede la entidad actora cobrar de la concursada. Al no aportar ni poner a disposición de la concursada los efectos impagados originales, que la entidad actora retiene, convierte el crédito en condicional pues la eficacia del pago va a depender de que no haya cobrado del obligado principal

Al tratarse de efectos descontados vencidos antes de la declaración de concurso, y no atendidos por el obligado en el título descontado (al constar que la concursada acepta que la comunicación del impago se hace mediante adeudo en la cuenta, condición 2a de la póliza), nos encontramos ante un crédito concursal ordinario, ya que la póliza que se acompaña consta que el pago de las remesas es "salvo buen fin", de manera que la entidad crediticia anticipa a su cliente (aquí la concursada) el importe de los créditos que ostenta contra terceros, contra la entrega de los soportes correspondientes a los mismos, efectuando una deducción a su favor, y el cliente descontante (la concursada) estará obligado a responder ante la entidad si es que dichos créditos resultasen impagados a su vencimiento, por lo que ésta procederá en ese caso a adeudárselos en la cuenta correspondiente.

No se comparte la calificación como condicional por los siguientes motivos: i) se trata de una calificación reservada a los créditos concursales sometidos a condición resolutoria (los sometidos a condición suspensiva son contingentes) y no aparece condición de este tipo alguna en el contrato aportado; ii) no se puede equiparar a una condición resolutoria los efectos propios del mecanismo de la póliza de descuento: la condición resolutoria es aquella en la que el evento condicionante conlleva la pérdida de los derechos ya adquiridos, de tal manera que la obligación existe y genera efectos desde el inicio, lo que ocurre es que si se produce la condición se resuelve. Y tales circunstancias no se dan en el caso presente.

Producido el impago de los efectos descontados antes de la declaración de concurso, queda fijado el crédito de la concursada frente a la entidad actora. El que ésta puede también dirigirse contra el librado u obligado en los efectos descontados no produce la consecuencia pretendida por la administración concursal; cuestión distinta es que en el momento del pago en fase de liquidación la administración concursal pueda reclamar de la actora aquellos efectos originales que dan cobertura al crédito reclamado para poder en su caso dirigirse contra los obligados que figuren en dichos documentos. Y para el caso que se hayan perjudicado esas acciones, ejercitar las correspondientes acciones por daños y perjuicios o de restitución por cobro indebido art 1895 y ss CC). Pero ello no convierte el crédito de la Caixa contra la concursada en condicional, ya que no está sujeto a un evento futuro e incierto": Sentencia JM-1 Alicante 27.02.2007 (Incidente Concursal 592/2006)

2. A los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

3. Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación.

Art. 87.3

1. Descuento bancario

1.1 El riesgo en curso es crédito contingente

"7. ¿Qué reconocimiento y calificación merece el crédito bancario por los efectos descontados que todavía estuviesen pendientes de vencimiento al tiempo de la declaración del concurso?"

El supuesto de hecho es el siguiente: la acreedora crediticia que tiene pactada una línea de descuento con la concursada sostenía la procedencia de que se le reconociese en el concurso su crédito clasificándolo con un doble carácter: 1º) por efectos vencidos y definitivamente impagados, que debería calificarse como crédito ordinario; y 2º) por riesgo en curso (con diversos vencimientos) que debería clasificarse, según su criterio, como crédito ordinario sometido a condición resolutoria.

La administración concursal no tenía inconveniente en reconocer como crédito ordinario el que ha resultado definitivamente impagado con posterioridad a su informe (correspondiente a efectos descontados y no atendidos a su vencimiento), pero defiende su inicial clasificación del crédito

por efectos no vencidos como contingente, ya que presentaba los caracteres de una relación sometida a condición suspensiva porque los derechos de la entidad financiera dependían de la eventualidad que conlleva la cesión del crédito, en concreto que pague el tercero y que el banco ejercite su derecho de regreso en plazo.

La mecánica de la operación, instrumentada en la póliza bancaria que constituye el instrumento mediante el que la entidad de crédito abrió al cliente la línea de descuento, es la habitual en este tipo de negocios: 1º) la entidad crediticia anticipa a su cliente el importe de los créditos que ostenta contra terceros, contra la entrega de los soportes correspondientes a los mismos, efectuando una deducción a su favor; 2º) se establece un límite para el volumen de las operaciones de descuento; 3º) es la entidad crediticia quién ha de exigir cuando corresponda el pago de dichos créditos a los deudores, utilizando para ello los mecanismos habituales para hacerlos efectivos; y 4º) el cliente descontante estará obligado a responder ante la entidad si es que dichos créditos resultasen impagados a su vencimiento, por lo que ésta procedería en ese caso a adeudárselos en la cuenta correspondiente.

Partiendo de esas premisas puede afirmarse que precisamente porque existe una cesión pro-solvendo de los créditos al banco o caja de ahorros la obligación del descontante de reembolsar a dicha entidad el nominal del crédito descontado se dará en el supuesto de que llegado a su vencimiento no haya sido atendido por el librado. De ahí que los descuentos se negocien con la cláusula salvo buen fin.

Entre las funciones que en materia de relaciones obligatorias puede cumplir la condición se encuentra la de que puede operar como una circunstancia impeditiva de la exigibilidad (artículo 1113 del C Civil), de modo que la condición determina el momento a partir del cual las obligaciones y los derechos resultan exigibles.

La clasificación concursal del crédito bancario por los efectos que todavía estuviesen pendientes de vencimiento, en atención a lo expuesto, debe reconducirse a la consideración de crédito contingente (arts. 87 nº 3 y 5 de la Ley Concursal), pues que el banco pueda exigir el pago al descontante (ahora concursado) depende de un hecho incierto, como es que no se atienda a su vencimiento por el tercero destinatario del efecto descontado. Aunque el crédito naciese desde el momento mismo en que se constituyó la relación obligatoria su exigibilidad quedaba en suspenso hasta que se produjese dicho evento. La propia calificación bancaria como "riesgo en curso" a dicha operativa es sumamente reveladora de la situación de incertidumbre existente.

No supone contradicción que se reconozca al banco como acreedor, aunque lo sea con el carácter de contingente, y que se le trate como si fuera titular de un crédito sometido a condición suspensiva. Porque la relación existe desde la celebración del negocio y el acreedor bajo condición suspensiva puede ser considerado titular de un derecho eventual, pues puede ejercitar medidas conservativas de éste (art. 1121 del C Civil). Y la Ley Concursal le permite insinuarse por el importe de tal crédito, privándole tan sólo del ejercicio de los derechos de adhesión, de voto y de obtención de la cuota de liquidación (que el acreedor podrá reclamar desde que se cumpla la condición). E incluso puede exigir la constitución de provisiones o fianzas (art. 87.4 de la Ley Concursal). Sólo se persigue que no se les olvide, pues pueden llegar a tener influencia a su debido tiempo, y que se les garantice su posición en el concurso. Este tratamiento resulta justo, pues como puede comprenderse los bancos titulares de eventuales créditos por descuentos podrían resultar decisivos en el devenir del proceso concursal y de no asignarles la condición de contingentes podrían acabar imponiendo a los demás un convenio gravoso para sus intereses, sin que se supiese si el banco se estaba realmente jugando algo en ello.

Deben tenerse en cuenta dos novedades legales (ambas insertas en el art. 61 de la Ley Concursal) que inciden directamente en esta materia: 1º) que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas; y 2º) que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. No podrá defenderse, por tanto, por los motivos previstos en la ley, que con la situación de concurso existiese causa para resolver ni extinguir anticipadamente el contrato de descuento que se hallaba en vigor.

Procede, por lo tanto, distinguir entre efectos definitivamente impagados, que han de ser reconocidos como crédito ordinario, y los pendientes de vencimiento, que se considerarán crédito contingente (arts. 87 nº 3 y 5 de la Ley Concursal). Conforme a lo previsto en el artículo 87.3 de la Ley Concursal a medida que desaparece la incertidumbre el titular del crédito consolida los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 7

“PRIMERO.- La acreedora CAJA DE AHORROS DE CATALUÑA, que tiene pactada una línea de descuento con la concursada ELECTROMECAÑICAS ALJO S.L., sostenía la procedencia de que se le reconociese en el concurso su crédito, que al tiempo de interponer su demanda incidental ascendía a un total de 41.302,75 euros (aunque empezó insinuándolo por 172.520,20 euros), clasificándolo con un doble carácter: 1º) 31.411,40 euros por tres efectos vencidos y definitivamente impagados, que debería calificarse como crédito ordinario; y 2º) 9.891,35 euros

de riesgo en curso (con diversos vencimientos en febrero y marzo de 2005) que debería clasificarse, según su criterio, como crédito ordinario sometido a condición resolutoria. (...)

La administración concursal no tiene inconveniente en reconocer como crédito ordinario el que ha resultado definitivamente impagado con posterioridad a su informe, pero defiende su inicial clasificación del crédito por efectos no vencidos como contingente, ya que presentaba los caracteres de una relación sometida a condición suspensiva porque los derechos de la entidad financiera dependían de la eventualidad que conlleva la cesión del crédito, en concreto que pague el tercero y que el banco ejercite su derecho de regreso en plazo. (...)

SEGUNDO.- La lectura de la póliza bancaria de 33, de mayo de 2002, que constituye en este caso el instrumento mediante el que la entidad de crédito abrió al cliente la línea de descuento, permite comprender la mecánica de la operación, que es, por otro lado, la habitual en este tipo de negocios: 1º) la entidad crediticia anticipa a su cliente el importe de los créditos que ostenta contra terceros, contra la entrega de los soportes correspondientes a los mismos, efectuando una deducción a su favor; 2º) se establece un límite para el volumen de las operaciones de descuento; 3º) es la entidad crediticia quién ha de exigir cuando corresponda el pago de dichos créditos a los deudores, utilizando para ello los mecanismos habituales para hacerlos efectivos; y 4º) el cliente descontante estará obligado a responder ante la entidad si es que dichos créditos resultasen impagados a su vencimiento, por lo que ésta procedería en ese caso a adeudárselos en la cuenta correspondiente.

TERCERO.- Partiendo de esas premisas puede afirmarse que precisamente porque existe una cesión pro-solvendo de los créditos al banco o caja de ahorros la obligación del descontante de reembolsar a dicha entidad el nominal del crédito descontado se dará en el supuesto de que llegado a su vencimiento no haya sido atendido por el librado. De ahí que los descuentos se negocien con la cláusula salvo buen fin.

CUARTO.- Entre las funciones que en materia de relaciones obligatorias puede cumplir la condición se encuentra la de que puede operar como una circunstancia impeditiva de la exigibilidad (artículo 1113 del C civil), de modo que la condición determina el momento a partir del cual las obligaciones y los derechos resultan exigibles.

QUINTO.- La clasificación concursal del crédito bancario por los efectos que todavía estuviesen pendientes de vencimiento, en atención a lo expuesto, debe reconducirse a la consideración de crédito contingente (arts. 87 nº 3 y 5 de la Ley Concursal), pues que el banco pueda exigir el pago al descontante (ahora concursado) depende de un hecho incierto, como es que no se atienda a su vencimiento por el tercero destinatario del efecto descontado. Aunque el crédito naciese desde el momento mismo en que se constituyó la relación obligatoria su exigibilidad quedaba en suspenso hasta que se produjese dicho evento. La propia calificación bancaria como "riesgo en curso" a dicha operativa es sumamente reveladora de la situación de incertidumbre existente.

SEXTO.- No supone la contradicción que afirma la concursada que se reconozca al banco como acreedor, aunque lo sea con el carácter de contingente, y que se le trate como si fuera titular de un crédito sometido a condición suspensiva. Porque la relación existe desde la celebración del negocio y el acreedor bajo condición suspensiva puede ser considerado titular de un derecho eventual, pues puede ejercitar medidas conservativas de éste (art. 1121 del C Civil). Y la Ley Concursal le permite insinuarse por el importe de tal crédito, privándole tan sólo del ejercicio de los derechos de adhesión, de voto y de obtención de la cuota de liquidación (que el acreedor podrá reclamar desde que se cumpla la condición). E incluso puede exigir la constitución de provisiones o fianzas (art. 87.4 de la Ley Concursal). Sólo se persigue que no se les olvide, pues pueden llegar a tener influencia a su debido tiempo, y que se les garantice su posición en el concurso. Este tratamiento resulta justo, pues como puede comprenderse los bancos titulares de eventuales créditos por descuentos podrían resultar decisivos en el devenir del proceso concursal y de no asignarles la condición de contingentes podrían acabar imponiendo a los demás un convenio gravoso para sus intereses, sin que se supiese si el banco se estaba realmente jugando algo en ello. (...) NOVENO.- Procede, por lo tanto, respaldar el criterio seguido por la administración concursal que ha distinguido correctamente entre efectos definitivamente impagados, que han de ser reconocidos como crédito ordinario, y los pendientes de vencimiento, que se considerarán crédito contingente (arts. 87 nº 3 y 5 de la Ley Concursal)": Sentencia JM-4 Madrid 21.04.2005 (Incidente Concursal 80/2005)

1.2 Insinuación del crédito del descontatario (cedente), bajo condición suspensiva, si el descontante no lo ha insinuado

"2. Hay que poner de relieve que el descuento es una operación en virtud de la que la entidad descontante anticipa al tenedor del título valor el importe de los créditos plasmados en tales títulos a cambio de su cesión. Llegado el vencimiento del crédito corresponde a la entidad descontante exigir el pago del crédito descontado al deudor. Con el descuento el descontatario cede pro solvendo los créditos plasmados en los títulos valores descontados a la entidad descontante. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 1986 se pronuncia al respecto afirmando que "la cesión del crédito que hace el descontatario, en este

caso el librador de las cambiales, al descontante, no supone el pago del anticipo recibido, sino una cesión para pagarlo, si el crédito llega a buen fin, es decir, si ha sido cobrado por el descontante, quien, por el contrario, si actuando diligentemente no consigue el cobro conserva su acción contra el descontatario, nacida del contrato de descuento". De esta manera en tanto el título-valor se mantenga en poder del descontante él es el único titular del crédito -que le ha sido cedido- dejándolo de ser el descontatario -en este caso la entidad Carsivar, S.L.- desde el momento en que se produce la cesión. Ahora bien, la cuestión no deja de tener complejidad puesto que no podemos olvidar que quienes han librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden solidariamente frente al tenedor [artículo 57 de la Ley 19/1985, de 16 julio, Cambiaria y del Cheque (en adelante LCCh)] -lo cual es plenamente aplicable, con las adecuaciones que sean procedentes, al cheque (artículo 148 LCCh) y al pagaré (artículo 96 LCCh)-. La presencia del acreedor principal -la entidad descontante- y de obligados solidarios -el descontatario, los demás endosatarios, los avalistas, y los librados y aceptantes- permite que podamos hablar de crédito de regreso que el descontatario puede hacer valer a través de las acciones contempladas en los artículos 49 y 96 LCCh. En efecto, si el descontante, una vez impagado el título valor, ejercita la correspondiente acción contra el descontatario el crédito inicialmente cedido salvo buen fin vuelve a ser titularidad de éste. Desde este punto de vista parece que debiera permitirse una doble insinuación de un mismo crédito: el correspondiente a la entidad descontante, y el eventual del descontatario para el caso en que aquella decida reclamarle. Sin embargo, la Ley Concursal no permite el doble reconocimiento de un mismo crédito (artículo 87.6 LC), a pesar de lo cual es plenamente factible que si el único y actual titular del crédito opta, durante el concurso, por el ejercicio de la acción de regreso contra el descontatario, se prevea algún mecanismo para que ésta pueda ver reconocido su crédito en el concurso. Dicho esto debemos colegir con que, debe rechazarse la comunicación del crédito de la entidad descontataria -en este caso Carsivar, S.L.- en los casos en que el descontante haya insinuado su crédito en el concurso. En tales casos, si el descontatario pasa a ser de nuevo titular del crédito inicialmente cedido al descontante como consecuencia del ejercicio de las acciones cambiarias más arriba señaladas, aprovechará la insinuación del descontante pasando a ocupar el puesto de aquel en la lista de acreedores previa acreditación del pago del crédito inicialmente cedido. Por el contrario, si el descontante no se ha insinuado en el concurso, debe permitirse al descontatario articular su derecho de crédito mediante el reconocimiento del mismo en la lista de acreedores, aunque sólo como titular de un crédito sometido a condición suspensiva puesto que la efectividad de tal crédito pende de la condición consistente en que deba hacer frente a la reclamación del descontante..

3. Llegados a este punto, consta que en la lista de acreedores confeccionada provisionalmente por la Administración concursal, que el crédito correspondiente a los pagarés núms. 5069503372 y 58460266 de fecha 4 de febrero de 2005 el primero y 3 de febrero de 2005 el segundo y por importe de 34.548,64 euros y 35.587,39 euros respectivamente, cuya tenedora es la entidad Caixa de Cataluña, está reconocido a favor de dicha entidad. Del mismo modo consta en la lista de acreedores que el crédito correspondiente a los pagarés núms. 36240310, 24075500, 08174703, de fechas 3 de febrero de 2005 el primero, 24 de febrero de 2005 el segundo, y 21 de marzo de 2005 el tercero, y por importe respectivamente de 30.661,45 euros, 35.866,74 euros, 34.262,88 euros, cuya tenedora es la entidad Banco de Valencia ha sido también reconocido a favor de dicha entidad. Asimismo, el crédito correspondiente a los pagarés núms. 16215712, 24139970, 04052593, 08174655, y 04052486, de fechas 3 de febrero de 2004 el primero, 5 de abril de 2005 el segundo, 5 de abril de 2005 el tercero, 24 de febrero de 2005 el cuarto, y 4 de febrero de 2005 el quinto, por importe respectivamente de 32.383,82 euros, 22.649,51 euros, 28.138,76 euros, 38.428,40 euros, y 31.479,54 euros, cuya tenedora es la entidad Caja España ha sido también reconocido a favor de esta última. Y por último, los pagarés emitidos para pago de las facturas núms. 51, 168, 291 y 427 de fechas 19 de enero de 2005, 4 y 24 de febrero de 2005 y 17 de marzo de 2005 respectivamente, por importes de 28.075,18 euros, 32.883,82 euros, 17.137,06 euros y 16.112,92 euros, cuya tenedora es la entidad Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona "La Caixa" se encuentran reconocidos a favor de dicha entidad en la lista de acreedores. El resto de créditos incluidos en el grupo que estamos analizando que en su día fueron descontados por las entidades Caixa Nova y Bancaja no han sido reconocidos a favor de estas entidades por falta de insinuación. Sin embargo, es la cantidad a la que ascienden dicho pagarés -por un importe de 243.218,40 euros- la que ya consta reconocida en la lista de acreedores a favor de la entidad impugnante en el capítulo que estamos analizando. De ahí que no pueda enmendarse la labor de la Administración concursal en relación con este grupo de créditos como consecuencia de las alegaciones realizadas por las partes en el incidente." : Sentencia JM-1 Madrid 15.11.2006 (JUR 2007/68581)

2. Emisión de aval bancario. Calificación del crédito de la entidad por el riesgo en curso (avales cuyo pago no ha sido exigido)

2.1 Es crédito contingente

“En este caso la impugnante aporta una póliza de crédito emitida por el BANCO ATLÁNTICO por la cual TRACOINSA avala a TRACOINSA ASTURIAS SL. (filial de la concursada y también en concurso) en garantía de un crédito que a su vez le concede la Dirección General de Política Tecnológica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

TRACOINSA es el partícipe mayoritario de TRACOINSA ASTURIAS S.L. – supuesto de subordinación - y el crédito avalado es, respecto de la Dirección General - un crédito ordinario. En cualquier caso es una operación de aval que ha de quedar sujeta a contingencia del artículo 87.3 de la Ley Concursal, suspendiendo sus efectos en tanto en cuanto no se determine si paga el acreedor principal. El crédito tendrá la consideración de contingente, sin cuantía propia y con limitaciones en cuanto al derecho a voto o adhesión.”: Sentencia JM-3 Barcelona 13.05.2005 (Incidente Concursal 156/2005)

“PRIMERO La representación en autos de la entidad mercantil Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, la Caixa, impugnaba el informe de la administración concursal en el concurso de la mercantil Tracoinsa Asturias, SL. La parte impugnante había insinuado dos créditos uno en el que se reclamaba la consideración de crédito con privilegio especial por la suma de 630.000 € y otro por 620.000 € calificado como ordinario, en ambos casos con carácter contingente. La administración concursal había reputado en ambos casos el crédito como subordinado y contingente. Para identificar el tipo de créditos insinuados y su origen debe tenerse en cuenta:

1) En diciembre de 2003 Tracoinsa Asturias, SL recibe un préstamo de la Dirección General de Política Tecnológica (por medio de la entidad CDTI) por la suma de 2.579.687,50 €.

2) Como consecuencia de esa operación Tracoinsa Asturias, SL ha de recabar avales de distintas entidades financieras al objeto de garantizar el pago de ese préstamo, entre estas entidades surge la hoy impugnante que por documentos de 4 de diciembre de 2004 suscribe tres avales por la suma de 416.666,67 € cada uno en garantía de la mencionada operación. Avales intervenidos por fedatario público. El primer aval garantiza el pago previsto para el 15 de diciembre de 2004, el segundo aval para el pago de 15 de diciembre de 2006 y el tercero para el de la misma fecha de 2008.

3) Además La Caixa pignora un crédito a plazo fijo que Tracoinsa Asturias, SL era titular (cuenta depósito identificada con el número 3783.220000284-67) por la suma de 630.000 €.

SEGUNDO La consideración de crédito contingente no plantea ninguna discrepancia entre las partes, La Caixa ha firmado tres avales en garantía de un préstamo que debe devolver Tracoinsa Asturias, SL al CDTI y, en el caso de que no se pague dicho préstamo, el CDTI podría dirigirse contra los avalistas. Dado que no consta que el CDTI haya dirigido acción alguna frente a las entidades financieras debe considerarse que la condición de la que depende el crédito insinuado por La Caixa no se ha producido y, por lo tanto, al amparo del artículo 87.3 de la Ley Concursal, ambos créditos insinuados deben ser reconocidos como contingentes, sin cuantía propia y con la calificación que corresponda.”: Sentencia JM-3 Barcelona 27.06.2005 (AC 2006\266)

“Como la sociedad demandante avala a la concursada en el préstamo que tiene suscrito con el Banco Guipuzcoano, SA y ante el impago ha de responder, extraconcursalmente, ante la entidad financiera, obvio es que esa circunstancia debe tener relevancia en el concurso.

La administración concursal ha calificado una parte del crédito de Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, S.G.R. como crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC, en tanto que garantizado con hipoteca. Ha admitido, igualmente, que el crédito que calificó como subordinado en realidad merece la misma calificación anterior, por lo que ahí no hay cuestión.

El debate se centra en lo que ocurre con los vencimientos de un préstamo que se contrajo antes de la declaración de concurso, que se dejan de atender antes del concurso y después de ser declarado. No hay debate sobre la consideración de créditos concursales de los vencidos con anterioridad, pero sí discuten las partes lo que sucede con los posteriores, pues si la concursada no los abona, la sociedad de garantía recíproca hoy demandante debe hacerlo al banco, y en consecuencia dispone de un crédito frente a la concursada.

El fiador que paga por el deudor dispone de dos acciones para resarcirse. El art. 1838 del Código Civil (CC) permite una acción de reembolso que comprende el principal, intereses, gastos y daños y perjuicios, y el art. 1839 la acción de subrogación que le coloca en el lugar, y con las garantías, del acreedor al que ha satisfecho.

En el primer caso si el pago del fiador se produce con posterioridad al concurso nace una obligación nueva. El fiador que pretende el reembolso dispone del crédito desde el momento en que abona, y al ser éste ulterior a la declaración de concurso, se sostiene por el demandante que, eventualmente, tendría la consideración de crédito contra la masa.

El concepto de crédito contra la masa lo establece el art. 84.2 LC, que desgrana hasta once supuesto que merecen tal calificación. Todos ellos tienen en común que se refieren a gastos u obligaciones que surgen con posterioridad a la declaración de concurso (1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º) o que, siendo anteriores se devenguen con posterioridad y sean precisos para que el propio concurso se tramite (2º). Es decir, los créditos concursales provocan el concurso, mientras que los créditos contra la masa son provocados por éste.

El crédito del fiador que paga por el deudor concursado a su acreedor y que pretende el reembolso, y no la subrogación, sólo podría incluirse en la previsión 5ª del art. 84.2, es decir, créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso. Sin embargo aunque el devengo de vencimientos del préstamo se produzca después de la declaración de concurso, no puede considerarse como un gasto generado para el ejercicio de la actividad empresarial, porque no nace como consecuencia de la misma, o para asegurar su continuidad, sino como concreción de una obligación adquirida con anterioridad a la declaración de concurso.

Tampoco sería de aplicación el art. 84.2.6º LC, ya que el préstamo no tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en vigor tras la declaración de concurso. El Banco que hizo el préstamo no tiene obligación pendiente, aunque el concursado sí que haya de reintegrar, por medio de los respectivos plazos, la cantidad prestada y sus intereses. En este caso nos hallamos ante uno de los supuestos que describe el art. 61.1 LC, es decir, una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones, en este caso la entidad crediticia, y la otra tiene pendiente el cumplimiento.

En consecuencia si el fiador pretende el reembolso de las cantidades abonadas al fiador, su crédito no puede calificarse de crédito contra la masa, porque no se puede incluir en ninguno de los supuestos del art. 84.2, de interpretación restrictiva porque suponen un privilegio.

Si lo que pretende el fiador es subrogarse en la posición del acreedor primitivo, que es la otra opción que facilita el art. 1839 CC y el contrato suscrito entre la sociedad de garantía recíproca y la concursada, el crédito merecerá la calificación que tendría el del acreedor al que se abona. Sería de aplicación en consecuencia el citado art. 61.1 LC, lo que significa que el crédito se incluirá en la masa pasiva del concurso, y en tanto que no es un crédito contra la masa, tendrá naturaleza concursal.

En efecto, el art. 84.2 no exige que el crédito concursal tenga que concretarse, forzosamente, con posterioridad a la declaración de concurso. La norma lo que dice es que «Constituyen la masa pasiva de los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa». Si el crédito, como se ha dicho, no es frente a la masa, si la obligación se adquiere antes de la declaración de concurso, aunque como es propio del préstamo se aplacen el reintegro en varios vencimientos, puede justificarse un tratamiento unitario de todo él, y como ha hecho la administración concursal calificar el crédito del banco como crédito concursal por la totalidad de lo que se adeuda, aunque todas las obligaciones no estén vencidas.

CUARTO Sobre la calificación del crédito del fiador

Aclarado tal punto, las demás que venzan y se satisfagan por el impugnante, hasta la totalidad del préstamo, tienen carácter de crédito contingente, pues está sometido a condición suspensiva de las previstas en el art. 87.3 LC. La entidad Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, S.G.R. sólo responde si no lo hace la concursada, que de obtenerse un convenio puede ver como se alza la situación de concurso y habrá de atender sus obligaciones. Pero si no se abona, la contingencia se concreta, y dejará de tener tal condición para pasar a ocupar el lugar que se ha reconocido en la lista de acreedores al banco prestamista.

Esta circunstancia, que la administración concursal y la concursada discuten, no supone repetir en la lista dos créditos, como se aduce. Hay uno, existente, que se reconoce al Banco Guipuzcoano, SA por el préstamo concedido. Hay otro, contingente, para el caso de que los sucesivos vencimientos del préstamo no se atiendan. Cuando la sociedad de garantía recíproca, en su condición avalista, atiende el préstamo fuera del concurso, se subroga en la posición del acreedor satisfecho y se convierte en acreedora de la concursada. El crédito contingente deja de serlo, y lo hace en la cuantía de cada uno de los pagos que verifique.

Cierto es que con ello de algún modo se complica la claridad de la lista. Precisamente por ello el art. 87.3 dice que tales créditos se reconocerán «sin cuantía propia», pero con la calificación que corresponda. En este caso, en consecuencia, el crédito de la sociedad tiene que tener el carácter de contingente, el privilegio que le da la garantía hipotecaria, es decir, el especial del art. 90.1.a, y su cuantía, se irá determinando a medida que abone al prestamista, si es que no lo hace la concursada cuando se apruebe el convenio, en su caso.

Como además ya se está en condiciones de admitir que el crédito contingente ha dejado de serlo y adquiere certeza respecto de las cuantías efectivamente satisfechas por el promotor del incidente, la demanda debe ser estimada e incluirse los créditos en la lista en la forma que se solicita, sin perjuicio de ulteriores modificaciones que ante el abono al banco puedan producirse, en tanto sean acreditadas suficientemente a la administración concursal, que al tiempo deberá ir disminuyendo la que corresponde al banco, ya que ha percibido el pago no del concursado, sino del avalista, y por lo tanto nada podrá reclamar por ese concepto a la deudora concursada.

Por último sólo resta añadir que no puede estimarse la demanda en el modo que se pretende. Precisamente por ser el crédito, como pretende el demandante, contingente, tiene que declararse «sin cuantía propia», al objeto de conjurar el riesgo, denunciado por la administración concursal, de que se duplique en ese concepto la masa pasiva. En consecuencia, el crédito del actor se reconocerá «sin cuantía propia», aunque la cantidad avalada es de 68.172,20 euros, de las que ya se han satisfecho vencimientos por valor de 9.838,90 euros, como se indicaba en los

hechos probados, lo que obligará a la administración concursal a incluir ese crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC, disminuyendo al tiempo, por el pago realizado, el del Banco Guizpuzcoano, SA, en cuya posición se subroga el solicitante.”: Sentencia JM-1 Vizcaya (Bilbao) 24.02.2006 (AC 2006\139)

“**PRIMERO** Aclaró la parte actora en el acto de la vista, en línea con la objeción destacada por la demandada, que su impugnación de la lista de acreedores implica también la del inventario en la medida en que debe figurar en éste que el fondo de inversión que Unicen, SL tiene contratado con el banco está pignorado, para cumplir así las previsiones del artículo 82 de la Ley concursal. Por lo demás, y en cuanto se refiere al crédito garantizado con la prenda constituida sobre el referido fondo de inversión, la demanda sólo puede ser estimada en la medida del allanamiento de la administración concursal a partir de las siguientes premisas:

La prenda se constituyó en virtud de una póliza de contragarantía de fecha 10 de julio de 2003, como cobertura de los avales que BSCH prestó ante terceros ?concretamente ante la Dirección General de Política Tecnológica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, hasta un límite de 250.000 ?? en garantía de obligaciones de Unicen.

No consta que de momento el banco se haya visto compelido a atender a los avales prestados, de modo que no tiene ningún crédito actual y exigible frente a Unicen por este concepto.

En consecuencia la calificación correcta del crédito de 249.297 ? es la de contingente y privilegiado. Es un crédito contingente (artículo 87. 3) porque su nacimiento y exigibilidad depende de un acontecimiento futuro e incierto ?aunque ciertamente probable a la vista del estado patrimonial de Unicen? que es la eventualidad de que el Banco sea compelido por la Dirección General de Política Tecnológica a atender a los compromisos que comprenden los avales prestados. La calificación que le corresponde es la de crédito privilegiado, una vez acreditado ?y eso sólo por vía de la demanda incidental de impugnación? que la prenda ha sido constituida con los requisitos y formalidades que exige la Ley para su oponibilidad frente a terceros.”: Sentencia JM-1 La Coruña 18.05.2006 (AC 2006/2105)

“**QUINTO.-** El tercer debate que persiste sobre la clasificación crediticia del Banco Popular, responde a la condición del crédito contingente por los avales solidarios del crédito de restitución de ayudas públicas al MINER concedidas a Matrínor S.L. en los años 1999, 2000 y 2001. (...)Por otro lado, un aval solidario de la devolución de unas subvenciones es un crédito sujeto a la condición del impago por la deudora principal, Matrínor S.L., ya entonces se ejerza acción subrogatoria o de mero reembolso, siendo por tanto asimismo correcto calificar el crédito como contingente de art. 87.3 LECO, el cual eventualmente nacerá dotado del privilegio general de la Hacienda.”: Sentencia JM-2 Vizcaya (Bilbao) 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06)

2.2 No es crédito contingente. Si hay pagos posteriores serán deudas de la masa

“ Ello consecuente, las demandas de impugnación que, por acumulación, han de resolverse en esta sentencia (...) son (...) las reclamaciones de las dos sociedades de garantía recíproca, avalistas de un préstamo con garantía hipotecaria, que han verificado pagos después de la declaración del concurso, Elkargi y Oinarri, cuyo tratamiento en el Informe es parecido. (...)

QUINTO Por lo tocante a las reclamaciones de las dos sociedades de garantía recíproca, Elkargi y Oinarri, parten del fenómeno del todo idéntico de unas pólizas de fianza o aval solidario en garantía de sendos préstamos de la Caja Vital Kutxa, retribuidas conforme a determinado pacto de comisiones, y que a su vez se contravala con hipotecas sobre la misma finca de Fabrinor, SAL, mediante convenio de igualdad de rango de las mismas -así como de las de la entidad prestamista y de la otra sociedad avalista, a través de fondos pignorados en la Caja, Promociones Iruraiz, SL-. Ocurre que, al 21 de febrero de 2005, Elkargi había hecho frente a 60.027,26 euros como pago de principal amortizado del préstamo que garantizaba a la Caja de Ahorros, 10.784,46 euros como pagos por otros conceptos en cumplimiento de la póliza de aval, y se le adeudaban como comisión remuneratoria del aval, 1.516,16 euros, de manera que restaban de la garantía 295.036,40 euros de principal pendiente de vencimiento del préstamo garantizado. Por su parte, Oinarri, al 23 de febrero de 2005, había hecho frente a 56.443,67 euros como pago del principal amortizado del préstamo de la citada entidad financiera, 14.919,80 euros como pagos por otros conceptos en cumplimiento de la póliza de aval, y se le adeudaban 1.516,16 euros, de manera que restaban de la garantía iguales 295.036,40 euros de principal pendiente de vencimiento del préstamo garantizado (no se obtiene por qué, con diferentes pagos de amortización de principal, siendo éste el mismo, lo pendiente se calculaba en la misma cifra). Al 17 de mayo de 2005, de cara a su demanda, desenvuelve nueva aritmética Oinarri, por haberse efectuado nuevos pagos: a 64.037,20 euros como pago de principal amortizado del préstamo que garantizaba a la Caja de Ahorros, 10.784,46 euros como pagos por otros conceptos en cumplimiento de la póliza de aval, y se le adeudan como intereses de demora del aval 6.378,98 euros, y como comisión remuneratoria del aval, 1.516,16 euros, de manera que restan de la garantía 286.840,95 euros de principal pendiente de vencimiento del préstamo garantizado.

La Administración Concursal exclusivamente ha reconocido a Elkargi 60.027,26 euros y a Oinarri 56.443,67 euros, como crédito privilegiado especial de art. 90.1.1º LECO. Las dos sociedades de garantía recíproca postulan que todos sus pagos de la garantía, y créditos por la misma póliza, cubiertos por la hipoteca, se reputen privilegiados especiales, mientras que el capital garantizado pendiente de amortizar se reputa crédito contingente -sin cuantía propia, entonces-, y con la calificación de privilegiado especial como hipotecario.

Fabriner, SAL entiende que la posición de estos acreedores resulta aceptable, en el sentido de que todo su crédito es hipotecario, bien que los pagos por razón del aval del préstamo ya verificados hacen uno actual, y los pagos pendientes hacen otro contingente, de modo que al incrementarse el primero, se reducirá el segundo, y por consiguiente el crédito de Caja Vital Kutxa. En cambio, la Administración Concursal, aunque dice no haber inconveniente para incluir lo que piden estos acreedores como crédito contingente sometido a condición suspensiva para su nacimiento con privilegio especial hipotecario, sólo admite como crédito concursal actual el de su Informe, porque sostiene que los demás pagos son «postconcurso», y las comisiones de la póliza de aval son crédito ordinario por provenir de una «obligación mercantil ordinaria».

Pues bien, en cuanto a la comisión pendiente de pago por las pólizas de aval, que son iguales, de 1.516,16 euros, no cabe duda que, siendo una obligación mercantil en la pura relación comercial entre las acreedoras y Fabriner, se encuentran garantizadas por la hipoteca, como resulta de la lectura de las escrituras de constitución, garantía hipotecaria de las comisiones hasta 3.606 euros en el caso de Elkargi, y hasta 7.212 euros en el caso de Oinarri. De tal modo, ambos son créditos concursales al socaire de art. 90.1.1º LECO.

En lo demás, no se comparte la tesis de quienes reclaman, secundada por la dirección letrada de Fabriner, ni tampoco la de la Administración Concursal, al admitir el crédito contingente por el capital garantizado pendiente de vencer.

En primer lugar, no se entiende a qué obedece que las mercantiles acreedoras certifiquen pagos con posterioridad a la fecha de declaración de concurso, el 19 de enero de 2005, ya que su condición de acreedores concursales debe referirse a lo anterior. Y en segundo lugar, no cabe sostener que un contrato de fianza solidaria de la devolución de un préstamo haga nacer un crédito frente al afianzado desde su firma por el importe del principal, sujeto a condición suspensiva del pago por el fiador al prestamista de cada vencimiento, a fin de traer de aplicación art. 87.3 LECO.

Efectivamente, el contrato de fianza hace nacer obligaciones desde que se suscribe «ex» art. 1254 CC, pero si una de tales es el crédito pecuniario por las comisiones, o eventuales intereses moratorios de éstas, que retribuyen el aval profesional, otra es la correlativa de responder ante el acreedor del afianzado, en el caso solidariamente, pero mientras el fiador o avalista no responda, no nace su crédito de reembolso «ex» art. 1838 CC. No es que el crédito por el préstamo avalado nazca con el aval sometido a la condición suspensiva del pago por el avalista, sino que el crédito nace con dicho pago como indemnizatorio. Así ello, no puede admitirse que el principal del préstamo pendiente de devolución al prestamista sea un crédito condicionado a cada pago de cuota de devolución, sino un crédito que nace con cada pago hasta la suma total garantizada.

Por consiguiente, el crédito concursal del asunto es el derivado de la póliza de aval hasta la declaración de concurso, y los pagos hasta ésta en cumplimiento del aval, mientras que los posteriores son créditos contra la masa de art. 84.2.6º LECO, en tanto que derivados de contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y en vigor tras la declaración de concurso. En este supuesto, no sólo opera el criterio mero-temporal, sino que elementalmente son los pagos de los avalistas precisos para la continuidad de la actividad de la concursada, ya sea para poder transmitirla, o para conservarla en orden a su liquidación ordenada. Salvo que el préstamo avalado se hubiera resuelto anticipadamente antes de la declaración de concurso, con pago de la amortización definitiva por el avalista, su crédito por pagos ulteriores será contra la masa, cuya producción reducirá paralelamente el crédito ordinario del prestamista.

Razonado lo cual, y como la Administración Concursal mantiene que, fuera del crédito reconocido, los pagos aducidos son posteriores a la declaración del concurso, sin que se alegue y demuestre lo contrario por los litigantes adversos, se declarará, además del crédito comunicado y reconocido en el Informe como crédito con privilegio especial, sólo el de la comisión remuneratoria del aval, mientras que como crédito contra la masa pendiente de pago se sumarán los pagos certificados, en el caso de Oinarri hasta el 17 de mayo pasado, puesto que su existencia e importe no se discute, advirtiendo de su garantía hipotecaria.

Es de señalar que la hipoteca en garantía de los créditos contra la masa que se generan del cumplimiento de las pólizas de aval no desmerece en absoluto por el procedimiento concursal, de modo y manera que, previamente a todo pago en la liquidación de créditos concursales, y puesto que sea menester realizar la finca hipotecarla, o redimirla, tendría que venir precedido por la satisfacción de estos créditos -si la existencia de numerario no hubiera dado lugar al pago anterior-, sin lo cual, por el mismo rango de la garantía real, no se liberará la finca, teniendo en cuenta que la condición de crédito contra la masa no excluye la de preferencia por privilegio, a juicio del disponente, siendo el crédito contra la masa hipotecario el primero entre todos, a

pesar de la regla del vencimiento de art. 154.3 LECO": Sentencia JM-1 Alava (Vitoria-Gasteiz) 23.09.2005 (AC 2005/2288 y JUR 2006/113973).

"HECHOS PROBADOS (...) SEXTO Tres entidades de crédito, Banco Atlántico, Banco de Vasconia, y Caja Vital Kutxa, concedieron sendos préstamos a Inovac Rima, SA, que fueron avalados solidariamente por Oinarri, S.G.R., al suscribir con la avalada lo que denomina póliza de cobertura de aval, por la cual se compromete a pagar las amortizaciones de los préstamos al primer requerimiento de las entidades prestamistas beneficiarias del aval, a cambio de que la prestataria reembolse, abone intereses remuneratorios, y pague las comisiones y gastos del contrato. Los créditos de la póliza de cobertura de aval están garantizados por hipoteca sobre finca de Inovac Rima, SA.

SÉPTIMO Oinarri S.G.R. solicitó el reconocimiento de créditos, al 23 de febrero de 2005, frente a la deudora Inovac Rima, SL por importe total de 521.247,57 euros, 33.239,85 euros debido a pago de la garantía, dotado de privilegio especial hipotecario, y 488.007,72 euros, como crédito contingente para nacer como privilegiado especial hipotecario.

Con cuenta al 17 de mayo de 2005, solicita en su demanda incidental Oinarri crédito por importe de 64.365,78 euros debido a pago de la garantía, dotado de privilegio especial hipotecario, y de 461.461,41 euros, como crédito contingente para nacer como privilegiado especial hipotecario (526.007,19 euros).

OCTAVO La lista de acreedores del Informe de la Administración Concursal incluyó crédito que solicitó reconocimiento Oinarri por cuantía de 33.239,85 euros, clasificándolo como privilegiado especial hipotecario, y excluido por 488.007,72 euros, por tratarse de préstamos reconocidos a las entidades financieras Banco de Vasconia, Banco Atlántico, y Caja Vital Kutxa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO(...) El crédito de Oinarri no se produce por el pago de las devoluciones de los préstamos a la concursada, sino por el cumplimiento de ese otro contrato de contraaval o cobertura de aval garantizado con hipoteca, y del mismo resulta, y se ejerce, una acción indemnizatoria prevista, con otros variados derechos, en tal contrato, y no una subrogación.

Si la regla de opcional calificación por lo más cómodo para el concurso no es de empleo de cara a los pagos en garantía de Oinarri, el Juzgador tampoco deja de entender que, si antes del pago por el fiador su crédito no ha nacido, tenga la calificación de contingente, supeditado al pago, como sometido a condición suspensiva. Determinados créditos son exigibles desde la firma del contrato de contraaval o cobertura de aval, y tienen el privilegio especial de art. 90.1.1º LECO por la hipoteca, y otros son hipotéticos, y no condicionales.

La obligación autónoma del contrato de cobertura de aval para Oinarri es responder ante el acreedor del afianzado a su primer requerimiento, pero sólo cuando esa avalista responda, nace su crédito de reembolso «ex» art. 1838 CC, también autónomo, y sin vocación subrogatoria. Y es por ello que se interpreta que el principal del préstamo pendiente de devolución al prestamista no es un crédito condicionado al cada pago de cuota de devolución, sino un crédito que nace con cada pago hasta la suma total garantizada. Y consecuentemente, los pagos posteriores son créditos contra la masa de art. 84.2.6º LECO, en tanto que derivados de contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y en vigor tras la declaración de concurso. Asunto distinto es que se hubiera intentado resolver el contraaval, con fundamento en las cláusulas décima y undécima de la póliza, antes de la declaración de concurso.

La Administración Concursal mantiene una cantidad como crédito concursal actual con privilegio especial, que debe ratificarse, sin degradación a ordinario, y la diferencia con la cantidad certificada como pagos al 17 de mayo de 2005, es el crédito contra la masa, pendiente de pago, único que conforme art. 94.4 LECO, ha de relacionarse, por separado, junto con la lista de acreedores del Informe. Los créditos contra la masa no se gradúan, sino que, a su vencimiento deben ser pagados (art. 154.2 LECO), y por ello, nada debe especificarse aquí, salvo advertir que la hipoteca en garantía de unos créditos contra la masa no puede verse afectada por las operaciones de determinación de las masas del concurso, ya que no hay que confundir preferencia por privilegio, y prioridad por rango registral.": SJM-1 Alava 28.11.2005 (AC 2006\262)

3. Crédito litigioso reconocido en sentencia no firme recaída en incidente concursal: mantenimiento de la suspensión de sus derechos

[Vid. También la jurisprudencia incluida en el art. 86.2]

"PRIMERO.- En el presente incidente la parte actora, IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U. se opone a la aprobación del convenio aceptado en Junta de acreedores en esencia, y dejando al margen las consideraciones vertidas en el escrito de demanda ajenas a lo que es propiamente el objeto del incidente, por estimar que fue privada indebidamente de su derecho a voto en la Junta y en consecuencia pretende que se declare la nulidad del acuerdo a

favor del convenio, convocándose nueva junta en la que se vote nuevamente la propuesta de convenio, previo reconocimiento de su derecho a voto. (...)

TERCERO.- Sentado lo anterior, ha de precisarse en primer lugar que la actora yerra en su escrito de demanda cuanto en repetidas ocasiones manifiesta que en la Junta fue privada de su derecho a voto. Lo que ocurrió en la Junta fue que en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 87.3 de la Ley Concursal se estimó suspendida (que no privada) de tal derecho por considerarse su crédito litigioso.

Dicho precepto reseña textualmente que “Los créditos... litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, advirtiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación”.

Crédito litigioso es, según abundante doctrina jurisprudencial, aquel que habiendo sido reclamado judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente o exigible, es decir, el que es objeto de un litis pendencia o proceso entablado y no terminado sobre su declaración, y una vez determinada por sentencia firme la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlas efectivas, y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya del sujeto pasivo, es decir, que el carácter de “crédito litigioso” se pierda tan pronto quede firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo normal, como es, por ejemplo, la transacción.

De que el crédito de la actora es, por definición, litigioso, no cabe ninguna duda, pues en su propio escrito de demanda afirma que ha formulado protesta frente a la sentencia que lo reconoce como ordinario y que va a reproducir en la apelación más próxima su pretensión de que todo su crédito sea reconocido como crédito frente a la masa. No obstante ello, la actora insiste en que, pese a no haber adquirido firmeza la sentencia en el momento de celebrarse la Junta, ostentaba la totalidad de los derechos concursales que correspondía a su calificación como ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 87.3 in fine, anteriormente transcrito, por cuanto la sentencia era susceptible de ejecución provisional.

Para sacar de su error a la actora no hay más que recordarle que dicha sentencia fue dictada en pieza separada por el trámite del incidente concursal dentro del propio concurso y el artículo 55.1 de la Ley Concursal proscribió cualquier actuación ejecutiva tras la declaración de la situación concursal, sin distinguir si se trata de ejecución provisional o definitiva.

En definitiva, la decisión adoptada en la Junta al tener por suspendido el derecho de voto de IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U. fue conforme a derecho, concretamente al artículo 87.3 de la Ley Concursal, por cuanto su crédito está reconocido en sentencia que ni es firme ni susceptible de ejecución provisional, y procede en consecuencia la desestimación de la demanda rectora del presente incidente.”. Sentencia JM-1 Murcia 10.05.2006 (Incidente Concursal 48/2006)

4. Confirmación del crédito contingente. Innecesidad de instar incidente concursal

“**TERCERO** Por lo que se refiere a la impugnación que se deduce respecto de la clasificación crediticia verificada por la Administración concursal en cuanto a los créditos insinuados por el ahora actor Banco de Sabadell respecto de los créditos derivados de la póliza de negociación de efectos, y considerando que de suyo en ningún caso se suscita problemática en cuanto al monto dinerario del crédito reconocido, se pretende el reconocimiento como concursal de un crédito que figura contemplado en la lista de acreedores como contingente y sin cuantía propia en razón a venir sometido a condición suspensiva en tanto que no consta documentalmente acreditado más allá de la sola certificación de la propia entidad que a la fecha de declaración del concurso los efectos negociados por la concursada en la entidad financiera no hubieren llegado a buen fin, debiendo estarse por ende al artículo 87-3 de la Ley concursal, de suerte que llegado el caso «la confirmación del crédito contingente... otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación», esto es, sin necesidad de haber de promover incidente concursal en plazo legal «ex» artículo 96 de la Ley concursal. Esto es, y sin perjuicio de la formal desestimación de este motivo que se efectúa en esta sentencia, la aquí actora bien puede acreditar documentalmente como resulta exigible la eventualidad que dice haberse producido, y por ende, la confirmación del crédito que se pretende, a los efectos de su debida constatación, en su caso, con ocasión de la rendición de los textos definitivos «ex» artículo 96-4 de la Ley concursal.

Al respecto, no puede venir atendida en esta sede incidental, y sin perjuicio de que con la

pertinente acreditación deba merecer la consideración pertinente con ocasión de la elaboración y rendición de los textos definitivos «ex» artículo 96-4 de la Ley concursal, la virtualidad que se pretende respecto de los créditos que se dicen vencidos y no atendidos con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, a saber, 7 de abril de 2005, pues no se aporta justificación documental de ello más allá de la propia certificación de la entidad actora que se aporta, lo que desde luego no es título bastante a estos efectos.”: S JM-1 Valencia 4/11/2005 (AC 2005/1792)

5. Sobre la indicación de la cuantía de los créditos contingentes

“PRIMERO.- Por la concursada BOLIDEN APIRSA, S.L. se ha impugnado la lista de acreedores presentada por la administración concursal en lo relativo a la cuantificación del crédito contingente del acreedor SVEDALA IBERIA, S.A. (METSO MINERALS), ya que considera que, conforme al art. 87.3 de la Ley Concursal, el crédito debió ser reconocido por cuantía “0” o con cuantía simbólica de 1 euro. Dicho acreedor ha manifestado el allanamiento a las pretensiones de la parte actora interesando no le sean impuestas las costas. La administración concursal se opone a la demanda, porque considera que en aplicación conjunta de los arts. 87.3 y 88.1 Ley Concursal, aun admitiendo que los créditos sometidos a condición suspensiva han de ser reconocidos sin cuantía, ello no obsta a su cuantificación en dinero conforme al art. 88.1 Ley Concursal, aduciendo la doctrina de los actos propios por cuanto la propia concursada incluye y cuantifica sus créditos en las cuentas anuales, y asimismo los incluye y cuantifica en la relación de acreedores presentada con la solicitud de concurso voluntario.

SEGUNDO.- La cuestión que se debate es estrictamente jurídica, ya que ambas partes están conformes con la calificación del crédito como contingente y la discrepancia radica en la interpretación que haya de hacerse de la expresión “sin cuantía determinada” del art. 87.3 Ley Concursal y su relación con el art. 88.1 Ley Concursal.

El art. 87.3 Ley Concursal establece: “Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación”.

Por su parte el art. 88.1 Ley Concursal preceptúa: “A los solos efectos de la cuantificación del pasivo, todos los créditos se computarán en dinero y se expresarán en moneda de curso legal, sin que ello suponga su conversión ni modificación”.

La Ley regula expresamente el reconocimiento de los créditos sometidos a condición suspensiva, a los que califica de créditos contingentes, junto con los créditos litigiosos, y establece que dichos créditos contingentes serán reconocidos en el concurso “sin cuantía propia”. Esta norma especial en sede de reconocimiento no puede quedar desvirtuada por el contenido del artículo 88 que se refiere al cómputo en dinero de todos los créditos del concurso. Esta regla tiene por finalidad facilitar la participación de los créditos en el procedimiento concursal, permitiendo determinar el volumen total del pasivo del concurso, y fijar los quórum y mayorías en la junta de acreedores. Ahora bien, el hecho de que el art. 87.3 Ley Concursal establezca expresamente que los créditos sometidos a condición suspensiva (en cuanto contingentes) se reconocerán sin cuantía, no puede sino significar que dichos créditos no pueden ser computados en el pasivo, a efectos de mayorías y quórum, entre otros. De ahí que expresamente se diga en el art. 87.3 Ley Concursal que sus titulares tienen suspendidos los derechos de adhesión, de voto y de cobro. Y por ello, el mismo art. 87.3 Ley Concursal establece que la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional otorgará a su titular todos los derechos que correspondan a su cuantía y calificación. Distinto es que pueda hacerse constar la cuantía de estos créditos a efectos informativos, pero sin computar en el pasivo. Otra interpretación podría ocasionar disfunciones en el cómputo de mayorías y quórum, al efectuarse sobre un pasivo ficticio que incluye créditos cuya existencia no es segura, ya que en el caso de los créditos con condición suspensiva, la eficacia del negocio o de la obligación comienza con el cumplimiento de la condición. No puede tener acogida la oposición de la administración concursal basada en la doctrina de los actos propios. El hecho de que la concursada cuantificara dichos créditos en las cuentas anuales no vincula en el procedimiento concursal ya que aquéllas se elaboran sobre la base de los principios y normas contables del Plan General de Contabilidad, mientras que los créditos en el procedimiento concursal han de ser reconocidos y cuantificados conforme a lo establecido en la Ley Concursal. Por los mismos motivos debe rechazarse la misma oposición fundada en que la concursada incluyó el crédito en la relación de acreedores aportada conforme al art. 6.2.4º Ley Concursal, ya que dicha relación es provisional y no vincula a la administración concursal que deberá elaborar la lista de acreedores conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.

Por todo lo expuesto, es procedente la estimación de la demanda, estimando que el crédito debe ser incluido en la lista de acreedores como contingente sin cuantía alguna (ni siquiera 1 euro), sin perjuicio de hacer constar a efectos informativos, la cuantía del mismo, que no podrá computar

en el pasivo.”: Sentencia JM-1 Sevilla 30.12.2005 (JUR 2006/150389)

4. Cuando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso.

Art. 87.4

“PRIMERO.- El nº 4 del artículo 87 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal prevé que el acreedor por crédito contingente podrá interesar la adopción de medidas cautelares y, entre ellas, que se constituyan provisiones con cargo a la masa, si resultase probable la confirmación de su derecho.

SEGUNDO.- Tal previsión legal es de aplicación a este caso, pues NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDS BV dispone de una sentencia de condena dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Hospitalet de Llobregat, confirmada en apelación por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, aunque no firme por mediar recurso de casación, contra la concursada MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 SL. Tras haber obtenido pronunciamiento favorable en las dos instancias el juicio de probabilidad respecto al crédito de la mencionada acreedora debe resultar positivo. Por lo que se cumple el requisito exigido por el nº 4 del artículo 87 de la Ley Concursal para que resulte procedente la medida por ella instada; en este caso, la constitución de una provisión con cargo a la masa por el importe de 1.870.446,68 euros contemplado en la documentación aportada con la solicitud de la medida.”: Auto JM-4 Madrid 03.01.2005 (Concurso 2/2004)

5. Los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente.

6. Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador.

Art. 87.6

La opción por la calificación menos gravosa para el concurso sólo opera en caso de que el fiador se haya colocado en la posición del acreedor

“PRIMERO: La sentencia recurrida estimó la impugnación formulada por La Caixa frente a la lista de acreedores elaborada por la administración concursal, en la que los dos créditos contingentes que había comunicado (de 630.000 y 620.000 euros respectivamente) se clasificaban como subordinados porque ambos estaban avalados por la entidad TRANSPORTES CONTINUOS INTERIORES, S.A., que forma parte del mismo grupo. La administración concursal consideró que por aplicación del art. 77.6 LC, como el crédito estaba avalado por una sociedad del mismo grupo, persona especialmente relacionada con el deudor según el art. 93.2.3º LC, debía clasificarse conforme a la que correspondía al avalista por ser menos gravosa para el concurso. La sentencia recurrida, después de reconocer que la dicción literal no era clara y una primera lectura del precepto podía justificar la interpretación realizada por la administración concursal, entendió que no era esa la voluntad del legislador, que no pretendió introducir ningún supuesto nuevo de subordinación, sino tan sólo asegurarse de que la subrogación del avalista como consecuencia del pago total o parcial del crédito avalado no alterara las reglas de subordinación. Subyace al recurso de apelación la controversia acerca de la correcta interpretación del art. 87.6 LC, y se plantea en términos idénticos a como lo fue en el recurso de apelación tramitado con el núm. de referencia 800/2005 de este Tribunal. En ambos casos la controversia, que es estrictamente jurídica, se suscita dentro, del mismo concurso de acreedores, siendo los apelantes los mismos (la concursada y la administración concursal). Las sentencias se dictaron el mismo día y por el mismo Magistrado, siendo su argumentación idéntica, y los motivos de los recursos de apelación también son coincidentes. Por este motivo, los razonamientos para la resolución del presente recurso no pueden variar de los vertidos en nuestra previa sentencia de fecha 16 de junio de 2006 por la que acabamos de resolver el anterior recurso de apelación (RA 800/2005), que reproducimos a continuación.

SEGUNDO: En su ejercicio interpretativo, ante la disyuntiva que resulta de las dos posibles interpretaciones de la norma, y que en este caso defienden, de un lado, el acreedor afectado y,

de otro, la concursada y la Administración Concursal, el Sr. Magistrado coincidió con el sector doctrinal y aquellos otros Juzgados Mercantiles que refieren la aplicación del inciso controvertido ("En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador") al supuesto de que el fiador, persona especialmente relacionada con el concursado, se ha subrogado en la posición y derecho del acreedor principal por haber abonado el crédito garantizado (conforme al art. 1839 del Código civil). Así, concluye la Sentencia, con sustento fundamental en el cánón teológico, que "el artículo 87.6 quedaría confinado única y exclusivamente a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho la deuda y pretende colocarse en la posición del acreedor" excluyendo que, en tanto no se produzca el pago por el fiador, el acreedor principal que cuenta con fianza de persona especialmente relacionada con el concursado quede afectado por la calificación determinada por esta circunstancia subjetiva, únicamente apreciable en el fiador.

La tesis interpretativa enfrentada, propugnada por la concursada y la Administración Concursal, es la que mantiene, con apoyo en la literalidad del precepto y sin olvidar el espíritu y finalidad que cabe atribuir a la norma, que su aplicación no puede quedar condicionada por el hecho de que el fiador haya pagado o no al acreedor principal, como deriva de la expresión "estos créditos—, que se refiere a los que alude el primer inciso (o sea, "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero") y "en todo caso ", expresión que otorga rotundidad e incondicionalidad al mandato de optar por la clasificación de peor condición, o "clasificación a la baja", tras el cotejo entre las que corresponden al acreedor principal y al fiador.

TERCERO: La cuestión es, en efecto, polémica pues, ante todo, la norma está necesitada de interpretación y una lectura estricta y rigurosamente literalista lleva a consecuencias de difícil y no revelada (por lo menos explícitamente) justificación, o teleología.

En primer lugar, la literalidad (hablamos del último inciso) es críptica: el objeto de la referencia de la expresión "estos créditos" no es inequívoco, y las locuciones "en todo caso " y "clasificación menos gravosa para el concurso " carecen en el contexto de la precisión necesaria para atribuir a la norma una significación y alcance razonablemente claros.

En segundo término, el efecto al que conduce la interpretación que, aferrada a la letra, parece desprenderse de la norma, sorprende por lo excesivo de la solución si lo que se quiere es evitar que por la vía de la subrogación ex art. 1839 CC el fiador pueda eludir la clasificación que le corresponde frente al deudor principal, afectada por su especial relación con él. Así, si se entiende la norma en sentido tal que el crédito principal, de por sí ordinario o incluso privilegiado especial, quede relegado a la categoría de subordinado por el hecho de contar con la fianza de un tercero que es persona especialmente relacionada con el concursado, es inevitable la percepción de una penalización injustificada, por lo menos aparentemente, al acreedor garantizado, por el mero hecho de haber dotado a su crédito de una garantía habitualmente observada en el tráfico, especialmente en el crédito empresarial. La razón de ello, para la tesis que defiende esta opción interpretativa, sería la voluntad del legislador, a modo de finalidad añadida, de incentivar al acreedor principal garantizado para que active su derecho de cobro, frente al fiador, fuera del concurso.

CUARTO: La interpretación de la norma atendiendo al sentido propio de sus palabras (art. 3 CC) aparece condicionada, entre otros factores, por la expresión "estos créditos" que parece hacer referencia a "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero ". Pero no se excluye que la referencia lo sea al supuesto inmediatamente anterior a su ubicación, esto es, a los créditos en los que el acreedor ha sido sustituido

por el fiador, pues la norma acaba de aludir al supuesto de que el fiador, mediante el pago, haya sustituido al titular del crédito (operando la subrogación legal, ex art. 1839

Cierto es que en puridad se trata de un solo crédito, que cambia de titular, pero el sentido y alcance de la norma es diverso según se admita una u otra interpretación, pues determina la aplicación de la regla, en el primer caso, se haya o no producido el pago y, en el segundo, una vez operada la subrogación por pago del fiador, sin que en este caso la opción que ordena la norma quede privada de sentido y aplicabilidad, pues al producirse la subrogación también procedería el cotejo entre la calificación que corresponde al acreedor originario y al fiador que se subroga, para determinar cuál es la "menos gravosa para el concurso ", operando la "recalificación" procedente.

Esta expresión, "la calificación menos gravosa para el concurso ", tampoco es unívoca, pues permite comprender la calificación de peor condición, o menos gravosa para los acreedores ordinarios, o bien, con más rigor, entender que la calificación menos gravosa es aquella que no altera el régimen concursal de la clasificación de los créditos, o sea, la que correspondería de acuerdo con las normas concursales (si es así, no cabe duda que el concurso no padece, al no ser gravado injustificadamente).

Por otra parte, la cláusula "en todo caso" tiene en el contexto de la regla un alcance impreciso, pero, en principio, por su ubicación y significación gramatical puede entenderse en el sentido de que la opción por la calificación "menos gravosa para el concurso" es obligada cualquiera que sea la condición autónoma del crédito principal (ordinario o incluso privilegiado), las circunstancias determinantes de la subordinación (abarcando la comunicación tardía, la postergación contractual...), o incluso cuando la persona especialmente relacionada con el

concurado sea el acreedor principal. Pero no parece que su finalidad sea la de imponer la aplicación de la regla prescindiendo del pago por el fiador o de la efectiva subrogación, o la de excluir la "recalificación" del crédito una vez operada la subrogación del fiador, que es la solución a que conduce la interpretación acogida por la resolución apelada y que, visto lo expuesto y a nuestro entender, viene soportada por el texto literal de la norma, por lo que en tal tesitura cobra especial relevancia el elemento o cánón teleológico.

QUINTO: Con carácter general puede afirmarse que la finalidad de la norma es evitar que al amparo de vías oblicuas, pese a estar previstas por leyes sustantivas, pueda eludirse la aplicación de las normas concursales sobre la clasificación de los créditos y, en particular, evitar que el fiador que es persona especialmente relacionada con el deudor pueda eludir la calificación de su crédito como subordinado (que es la que correspondería por aplicación del régimen concursal, en función de la titularidad subjetiva del crédito) al invocar la subrogación en el derecho del acreedor principal, por efecto del art. 1839 del CC, complementado con el 1212.

En tal situación se hace patente la razón que dota de sentido a la regla examinada. Si el fiador, que es persona especialmente relacionada con el concursado, paga al acreedor principal y hace valer su derecho como un crédito ex aovo, al amparo del art. 1838 CC (acción de reembolso), no podrá evitar la calificación que legalmente le corresponde de conformidad con el art. 92.5° LC. Y si comunica su crédito en cuanto subrogado en la posición y derecho que ocupaba el acreedor principal, por mérito de la subrogación operada ex art. 1839 CC (que le convierte en titular del mismo crédito, con todas sus garantías y derechos accesorios), interviene el art. 87.6 LC impidiendo que la subrogación produzca, en el ámbito concursal, el efecto que reconoce la ley sustantiva civil, e imponiendo así, a la postre, la calificación que corresponde a ese nuevo titular conforme a la aplicación del régimen concursal.

La opción de que habla el precepto, inmediatamente después de referirse al supuesto de la "sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador", se traduce en que si el fiador es persona especialmente relacionada con el deudor principal concursado, la calificación determinada por esa circunstancia es la que debe prevalecer. De este modo, no resulta gravado el concurso, al aplicarse la norma concursal correspondiente en materia de calificación, lo que no sucedería si la subrogación permite alterar esas reglas.

Tal finalidad es difícilmente rebatible, por más que pueda discutirse si es la única. Pero si se admite que esa finalidad (evitar la alteración de las reglas en materia de calificación de créditos por virtud de la subrogación por el fiador en la posición del acreedor afianzado) es la que justifica el precepto, no cabe duda que la interpretación que acoge la resolución apelada es la más adecuada para defender y hacer realidad el fin de la norma, sin imponer sacrificios injustificados o por lo menos de dudosa justificación. Se trataría de una interpretación "correctora" sólo en la medida en que, sin desbordar el acomodo en el tenor de la norma (que, ya hemos dicho, está necesitada de interpretación), ajusta el sentido gramatical a la finalidad perseguida.

De este modo, el pago por el fiador que es persona especialmente relacionada con el concursado, no podrá variar la calificación de su crédito determinada por esta circunstancia, y convertirlo en ordinario o incluso privilegiado. Esto es lo que repugna al sistema y, con criterio lógico, el resultado que evita el precepto.

La interpretación enfrentada, en cuanto determina atribuir al crédito del acreedor principal, que conforme a las reglas legales sería ordinario o bien privilegiado, la condición de crédito subordinado por el hecho de contar con la garantía personal de tercero especialmente relacionado con el concursado, y la consiguiente pérdida de garantías reales (ex art. 97.2 LC), desborda esa finalidad y requiere, para su razonable defensa, añadir otra más, como es la de hacer padecer al crédito del acreedor principal dentro del concurso para estimular al acreedor a buscar su satisfacción fuera de él.

No obstante, ni la Exposición de Motivos ni ningún precepto de la Ley (como no sea el propio 87.6) permiten sostener con fundamento esa finalidad adicional que, de estar en la mens legislatoris, por su indudable trascendencia práctica, extraña que no se expresara directa y explícitamente. Más que finalidad que inspire la regla legislativa aparecería como un efecto o consecuencia práctica de los términos empleados, si es que se acepta la interpretación contraria, sin aparente conexión con expresadas razones de política económica legislativa. Frena, además, su deducción el hecho de que el propio sistema, del que se podría inferir esa finalidad, no prevé el lógico remedio o excepción para el supuesto, previsible, de que el acreedor no pueda lograr la satisfacción extraconcursal por el fiador, fundamentalmente por razón de la insolvencia de éste, haya sido o no declarado en concurso. Si tal finalidad inspira la norma, estimamos, no cabe duda que el ordenamiento concursal la habría expresado, hubiera previsto las devastadoras consecuencias de su aplicación práctica y establecido las pertinentes excepciones a la regla.

SEXTO: Así mismo, cabe apoyar la tesis que mantenemos en otro dato relevante, que proporciona el canon sistemático.

La norma que examinamos se incluye en la Sección dedicada a la comunicación y reconocimiento de créditos y, según sostenemos, se traduce en la posibilidad de corregir la calificación del crédito que resulta cedido ex lege por virtud de la subrogación (para la cesión voluntaria rige la norma del art. 93.3), sin atribuir al precepto una vocación calificadora del crédito del acreedor principal, que será la que le corresponda (en tanto no se produzca la subrogación)

por aplicación de las normas que regulan la clasificación de créditos, incluidas en la Sección siguiente, 3a, del Capítulo III del Título IV. Tal interpretación, que entendemos es acorde con el criterio sistemático, pugna con aquella otra cuyo resultado es atribuir al precepto un propósito calificador del crédito del acreedor principal, pues el resultado al que conduce la tesis que se opone es el de extender al acreedor garantizado la cualidad de persona especialmente relacionada con el concursado, o en general la calificación que procede para el crédito del fiador, y esa extensión no encuentra correlativo reflejo en la Sección 3a, dedicada a la clasificación de los créditos, que incluye una norma que con carácter exhaustivo enumera los créditos subordinados y las "personas especialmente relacionadas con el concursado", entre las que no se halla el acreedor con garantía de tercero especialmente relacionado con el concursado, pese a que en el apartado 3 del art. 93 se contiene una norma de extensión a los cesionarios o adjudicatarios, no así al acreedor principal afianzado.

SÉPTIMO: Otras consideraciones no avalan el criterio contrario. En particular, el proceso legislativo no arroja claridad sobre la cuestión. Las enmiendas formuladas por el Grupo Parlamentario Catalán al último inciso del precepto iban dirigidas a su eliminación, pero el hecho de ser rechazadas no implica que su mantenimiento tuviera por finalidad significar la voluntad del legislador de admitir la interpretación contraria a la que sostenemos.

De otro lado, la "recalificación" del crédito a que conduce la tesis acogida, una vez producida la subrogación, no viene impedida por precepto alguno de la Ley Concursal, siendo plurales los supuestos sobrevenidos que pueden provocar correcciones, durante la tramitación del concurso, en la relación de créditos reconocidos. Y ningún dato hay para concluir que, en este caso, no será posible la recalificación degradando el crédito, si es que ha lugar a ello.

Otro óbice que se opone para mostrar la dificultad de la puesta en práctica de esta interpretación es que se habrá permitido que el acreedor principal emita su voto a favor del convenio o se adhiera a él para luego, si se da el caso, cobrar del fiador. Si es que así acontece, y el voto de ese acreedor fue decisivo, la situación así creada merecerá la oportuna respuesta judicial en su sede propia y momento oportuno, la de oposición o de aprobación del convenio, sin que tal eventualidad o posible distorsión sea factor determinante de la interpretación del precepto.

Otros posibles inconvenientes prácticos, que serían reveladores de un fraude de ley, conducta maliciosa o con abuso de derecho (ad ex., el pago por el fiador que el acreedor, en connivencia con aquél, mantiene en secreto para evitar la degradación del crédito), merecerán en su caso la oportuna respuesta o reacción judicial. Pero una interpretación de la norma, que respeta el sentido propio de sus palabras y atiende a su finalidad y espíritu, sin olvidar los demás cánones interpretativos y la lógica del sistema del que forma parte, no puede quedar enervada por la posibilidad de su fraude, pues el ordenamiento ofrece mecanismos para corregir esas desviaciones." : **Sentencia AP Barcelona 29.06.2006 (Rollo 799/2005-2a)**

"4. Los acreedores titulares de un crédito afianzado por un tercero especialmente relacionado con el deudor ¿deben ver calificado su crédito privilegiado como subordinado?"

Dos son las principales tesis que han surgido a propósito de la interpretación del artículo 87.6 LC. La denominada "interpretación literalista", y la conocida como "interpretación correctora".

Vamos a exponer brevemente los principales argumentos que una y otra aducen a su favor:

INTERPRETACIÓN CORRECTORA:

a) Elemento gramatical.- Para esta corriente, debemos partir del texto del segundo párrafo del artículo 87.6 LC. En el mismo se dice literalmente: *"En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador"*. Teniendo en cuenta esta redacción, se afirma que la expresión "estos créditos" se refiere a los créditos en los que el fiador haya sustituido al acreedor principal en virtud de pago, y no a los créditos en los que se haya constituido fianza. Las cosas serían así porque, según el Diccionario de la Real Academia Española el término "estos" hace referencia a "lo que se acaba de mencionar". Y lo créditos que se acaban de mencionar en el precepto son aquellos en los que se ha producido la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador.

Aunque esta corriente analiza las expresiones "en todo caso", "entre las que correspondan al acreedor y al fiador", y "menos gravosa para el concurso", lo cierto es que todos estos elementos gramaticales tienen relevancia en tanto que giran alrededor de la expresión "estos créditos", porque en ningún caso la norma puede contemplar consecuencias jurídicas para casos no previstos en la misma.

b) Elemento sistemático.- El artículo 87.6 LC se encuentra inserto en la Secc. 2ª del Cap. III del Tit. IV que se titula "Del reconocimiento y comunicación de créditos". Frente a esto se encuentran las normas incluidas en la Secc. 3ª del Cap. II del Tit. IV destinadas a la clasificación de los créditos. De este modo se puede afirmar que el artículo 87.6 LC incluye una regla de renacimiento de créditos y no de calificación, por lo que no es válida la interpretación que le atribuye esta última finalidad. Además, el artículo 92 LC –norma de calificación– no incluye como crédito subordinado los afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado. Tampoco lo dice que lo sean los del artículo 87.6 LC ni por remisión.

c) Elemento histórico.- Se trata de un elemento que aporta poca luz a la interpretación que se

persigue. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que frente al texto del proyecto al Grupo Parlamentario Catalán propuso una enmienda de supresión incluyendo en su justificación que era: *“de difícil comprensión que la Administración judicial al calificar el crédito, y, por tanto, con anterioridad al pago por el fiador, pueda hacer un ejercicio intuitivo entorno a la calificación del crédito del acreedor principal, pues lo normal es que opere el pago por subrogación adquiriendo el fiador los mismos derechos que ostenta aquél conforme previene el artículo 1.212 del Código Civil. Y de no efectuarse el pago el crédito del acreedor no puede estar sometido a otra calificación que no sea la que le corresponda de acuerdo con lo previsto en el PLC”*. El rechazo de tal enmienda no significa que el legislador atribuyera al precepto la interpretación que en dicha justificación se sugería, puesto que el rechazo vendría determinado porque la supresión del segundo párrafo del artículo

87.6 LC permitía el fraude de que el fiador especialmente relacionado con el concursado obtuviera la mejor calificación que correspondía al acreedor principal con sólo ejercitar la acción de reembolso.

INTERPRETACIÓN LITERALISTA

a) Elemento sistemático.- La Ley Concursal es una norma desordenada y con importantes problemas de técnica legislativa. De ahí que no pueda extraerse una conclusión por el hecho de la ubicación específica de una norma. El artículo 87.6º es una norma de calificación por la que se impone a la Administración concursal una concreta calificación, a saber, la menos gravosa. Al lado de la subordinación directa (artículo 92 LC) está la indirecta, o refleja por efecto de la persona que afianza (artículo 97.6º LC).

b) Elemento gramatical.-La expresión “en todo caso” destaca el carácter absoluto y sin excepciones del mandato normativo. De ahí que al decir el artículo 87.6º LC que en la calificación de “estos créditos” se debe estar “en todo caso” a la que resulte “menos gravosa”, impone a la Administración concursal que estos créditos –que son aquellos en los que el acreedor goza de fianza de persona especialmente relacionada con el concursado- se clasifiquen en el grado menor de la calificación legal.

c) Elemento histórico.- La norma sobre postergación de créditos aparece sin antecedentes internos en el Anteproyecto de 2001 y pasó, sin cambios, al texto de la Ley. El hecho de que las enmiendas del Grupo Parlamentario Catalán fueran rechazadas demuestra que el legislador tuvo en cuenta el texto normativo, y conscientemente no se quiso modificar.

Hecha la exposición de los argumentos de una y otra de las corrientes, debe decirse que hasta el momento las resoluciones judiciales dictadas sobre el alcance del artículo 87.6º LC, se decantan por la llamada interpretación correctora.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 4

“PRIMERO La entidad actora tiene un crédito reconocido en la lista de acreedores por importe de 31.836,65 euros, en virtud de una póliza de préstamo, intervenida por notario, avalado solidariamente por los administradores mancomunados doña Carla y don Clemente, siendo este último titular del 50% del capital social.

La administración concursal ha clasificado el mencionado crédito como subordinado en aplicación del apartado 6º del artículo 87 de la Ley Concursal (LC).

La entidad demandante impugna la calificación del crédito al entender que debe clasificarse como ordinario, al no ser de aplicación la regla del artículo 87.6 de la LC, que sólo opera cuando se produzca la subrogación del fiador como consecuencia del pago al acreedor.

SEGUNDO Frente a la clara y concreta determinación del objeto de este incidente, su resolución exige la difícil y compleja interpretación del artículo 87.6 de la Ley Concursal.

El citado precepto bajo la rúbrica de supuestos especiales de reconocimiento establece lo siguiente: «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador».

A falta de jurisprudencia e incluso de resoluciones de las Audiencias Provinciales, dada la reciente entrada en vigor de la Ley Concursal, la doctrina tampoco ofrece una solución uniforme.

Un importante sector doctrinal defiende una interpretación literal o apegada a la letra de la norma de modo que sostiene que la Ley Concursal penaliza al acreedor garantizado o al fiador en vía de regreso en la medida que se sacrifica el interés del acreedor afianzado o del fiador debiendo efectuarse la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponda a uno o a otro, entendiendo como tal la del crédito subordinado frente al general y ésta frente a la de crédito privilegiado (Pilar en «Comentarios a la Ley Concursal», coordinada por Benjamín). En similar sentido Elvira en «Comentario de la Ley Concursal», dirigida por Alexander y Juan María, que en la misma línea interpretativa entiende que el crédito del acreedor principal queda afectado por la subordinación cuando el crédito del fiador sea subordinado, si bien matiza que la solución consagrada en la Ley es excesiva y plantea incluso una lectura alternativa de la regla reduciendo su eficacia a aquellos casos en los que no sea

posible la corrección sobrevenida de la calificación del crédito por la subrogación del deudor y cuando dicha corrección pueda llevarse a efecto, deberá permitirse la comunicación del crédito principal con el grado que le es propio y proceder posteriormente a su degradación, rechazando, además, la subordinación por razón de la calificación del crédito del fiador cuando el acreedor principal sea titular de una garantía real.

Otros autores, se alejan de la interpretación más literal del precepto y la abandonan, fundamentalmente, porque conduce a resultados absurdos. Destaca especialmente entre los defensores de esta postura Ángel Carrasco Perera en los «Derechos de Garantía de la Ley Concursal», que considera que la polémica regla sólo es de aplicación cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor, esto es, el crédito directo del acreedor no se contamina con la condición de subordinado del crédito de reembolso del fiador y además debe tratarse de una adquisición total o parcial del crédito por vía de subrogación por pago postconcursal. En similar sentido, Amelia en «Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores», en obra editada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, y Jesús Manuel y otros en «Comentarios a la Nueva Ley Concursal», que parecen dar por sentado que la opción por la calificación menos gravosa para el concurso sólo tiene lugar en caso de subrogación del fiador.

Las discrepancias en la doctrina e incluso las reservas con las que, en alguno de los casos, se expresa la opinión ponen de manifiesto las dificultades interpretativas del precepto.

Es cierto que la literalidad de la norma, que es el primero de los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, abona la tesis de la opción, en todo caso, de la calificación menos gravosa para el concurso, es decir, se haya subrogado o no el fiador como consecuencia del pago al acreedor.

Dicha interpretación conduciría en el supuesto enjuiciado a confirmar la clasificación efectuada por la administración concursal, en tanto que el crédito del acreedor principal tiene la consideración de ordinario mientras que la calificación que correspondería al crédito de los fiadores, que aún no se ha materializado pues no ha habido pago, es la de subordinado por aplicación del artículo 92.5º de la LC, al ser administradores mancomunados de la sociedad concursada, por lo que tienen la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor en virtud del artículo 93.2. 2º de la LC, siendo además uno de ellos titular del 50% del capital social, lo que implicaría la subordinación también por el artículo 93.2.1º de la LC.

Sin embargo, los términos literales del precepto no son tan claros y permiten una interpretación alternativa.

Realmente el precepto contempla dos situaciones de hecho distintas y una regla de calificación:

1) «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna...». Nada nuevo aporta la norma, el hecho de que el acreedor goce de la fianza de un tercero no limita el reconocimiento del crédito garantizado en el concurso del deudor y de no incluir el precepto este inciso, la misma conclusión se alcanzaría.

2) «... y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador». Aunque algún sector doctrinal entiende que el pago atribuye al fiador una única acción, la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1985] y 11 de junio de 1984 [RJ 1984, 3227]) seguida por las Audiencias Provinciales (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 27 de marzo de 2001 [JUR 2001, 179016] ; de Cádiz, Sección 8ª, de 21 de marzo de 2003 [AC 2003, 2047] ; y de Cáceres, Sección 1ª, de 28 de junio de 2003) considera que el Código Civil confiere al fiador dos acciones distintas: la acción de reembolso, regulada en el artículo 1838, y la de subrogación, prevista en el artículo 1839. La primera surge de forma originaria, y el derecho de crédito del fiador, que ejerce la acción de reembolso, nace en el momento que efectúa el pago, en tanto que la segunda tiene carácter derivativo. Mientras el reembolso da derecho a reclamar la totalidad de lo pagado y demás conceptos previstos en el artículo 1838, la subrogación implica colocarse en la posición del primitivo acreedor asumiendo su posición jurídica, de manera que, investido de las consecuencias que derivan de tal posición actúa contra el deudor principal.

En principio, el precepto prevé el pago postconcursal pues en otro caso no tendría sentido el inciso primero y, además, el efecto de la acción de subrogación, que es la sustitución del acreedor por el fiador (si el pago es total o en la parte abonada). No se contempla el crédito de reembolso que podría haber sido insinuado por el fiador como contingente, antes del pago (artículo 87.3) ni aparentemente la aplicación, en este caso, de la regla de la calificación menos gravosa para el concurso, cuestión que excede del ámbito de esta resolución.

El inciso ahora analizado en los términos que ha sido delimitado, tampoco aporta novedad alguna y es mera consecuencia de la aplicación al concurso de los artículos 1212 y 1839 del Código Civil. Por el pago, el fiador sustituye al acreedor.

3) «... En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador».

Este inciso sí constituye ya una novedad y es la fuente de la polémica interpretativa.

Se trata de determinar cuáles son los créditos que en su calificación deberá optarse por la que resulte menos gravosa para el concurso. Desde luego, es razonable entender que son los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, se haya producido o no la

sustitución y, por tanto, afecta tanto al acreedor como al fiador que se verían contaminados por la «peor» clasificación que pudiera atribuirse a uno o a otro. Pero también es posible considerar que «estos créditos» se circunscriben al del fiador o fiadores que han sustituido al acreedor o acreedores por el pago. El precepto prevé el reconocimiento sin limitación del crédito afianzado a favor del acreedor, la sustitución del acreedor por el fiador en caso de pago por parte del fiador y para este caso la regla especial de calificación.

Además, antes del pago por el fiador su crédito no ha nacido y su hipotético crédito sólo podría tener la calificación de contingente, supeditado al pago, por lo que si se trata de optar entre la calificación que corresponda al acreedor o al fiador, sólo es posible tal opción cuando opera la sustitución y en este caso habrá que optar entre la que corresponda al acreedor o al fiador.

Por otro lado, el espíritu y finalidad de la norma es evitar que por el mecanismo de la sustitución del acreedor por el fiador, éste pueda ver mejorada su calificación, aprovechándose de la que correspondería al acreedor, y sin que tampoco pueda perjudicar al concurso (es decir, al resto de los acreedores) el hecho de la sustitución cuando el crédito del fiador merece una mejor calificación que la del acreedor, por ejemplo si éste es subordinado.

Prototipo de la primera de las situaciones antes enunciadas es el supuesto aquí enjuiciado, en caso de que se produjera el pago por los fiadores, que teniendo la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor y, por tanto, correspondiendo a su crédito la clasificación de subordinado se beneficiarían de la clasificación de ordinario del crédito del acreedor garantizado.

En definitiva, la norma es necesaria pues de no regularse esta situación se producirían las típicas consecuencias de la subrogación y la regla ahora interpretada evita, precisamente, que por la aplicación sin matización de los artículos 1212 y 1839 del Código Civil, el fiador ostente en el concurso una posición más favorable que la que merece su crédito en atención a su relación con el deudor.

Tampoco se comprende que el acreedor por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía, pueda resultar perjudicado, sobre todo en la situación realmente común de fianza otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siendo los fiadores también insolventes, sin poder cobrar el crédito garantizado en el concurso por no alcanzar la masa activa para pagar a los créditos subordinados.

Por último, afirma la tesis aquí mantenida la posibilidad indiscutible del acreedor de liberar en cualquier momento a los fiadores en aplicación de los artículos 1190 y 1850 del Código Civil, lo que evitaría la calificación menos gravosa para el concurso por comparación con la del fiador, salvo que la liberación pudiera considerarse un acto en fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil).

En conclusión, debe prosperar la impugnación formulada al entender que la opción por la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponden al acreedor o al fiador sólo opera en caso de que el fiador haya sustituido por el pago al acreedor y sin que sea aplicable al crédito del acreedor garantizado cuando éste sigue teniendo tal condición.”: Sentencia JM-5 Madrid 22.03.2005 (AC 2005/741)

“Cuarta: Respecto de la segunda cuestión planteada por el impunante el contenido del artículo 87.6 es de una claridad meridiana: Los créditos en los que, el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos el acreedor optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que le correspondan el acreedor y el fiador.

Cuestión distinta, ajena a la claridad, es el efecto de esta norma no sólo en el sistema financiero - que ha dado muestras de alarma - sino en la propia estructura lógica de las instituciones civiles y mercantiles dado que por esta vía el legislador al objeto de que el fiador vinculado al concursado no consiga por la vía del pago de la fianza, una posición por sustitución mejor que la que le correspondería por su vínculo personal, lo que ha hecho es colocar en un callejón sin salida al fiador que puede ver degradado su crédito por el mero hecho de que exista un fiador, al margen de que haya ejecutado o no la fianza.

No puede hablarse todavía ni de doctrina consolidada ni mucho menos de jurisprudencia, sino de opiniones más o menos fundadas y más o menos pragmáticas de diversos autores que han acudido a soluciones que generan dudas por cuanto para llegar a una solución razonable realizando interpretaciones que fuerzan la dicción literal del precepto.

En este caso la impugnant aporta una póliza de crédito emitida por el BANCO ATLÁNTICO por la cual TRACOINSA avala a TRACOINSA ASTURIAS SL. (filial de la concursada y también en concurso) en garantía de un crédito que a su vez le concede la Dirección General de Política Tecnológica del Ministerio de Ciencia y Tecnología. TRACOINSA es el partícipe mayoritario de TRACOINSA ASTURIAS S.L. – supuesto de subordinación - y el crédito avalado es, respecto de la Dirección General - un crédito ordinario.

En cualquier caso es una operación de aval que ha de quedar sujeta a contingencia del artículo 87.3 de la Ley Concursal, suspendiendo sus efectos en tanto en cuanto no se determine si paga el acreedor principal.

El crédito tendrá la consideración de contingente, sin cuantía propia y con limitaciones en cuanto al derecho a voto o adhesión. El crédito se ha de considerar ordinario ya que no se pueden transferir o comunicar al impugnante las condiciones de especial relación del avalado y avalista, condiciones que han de interpretarse de modo restrictivo y con respeto a los requisitos de naturaleza subjetiva que el artículo 93 establece respecto de las personas especialmente vinculadas.":Sentencia JM-3 Barcelona 13.05.2005 (Incidente Concursal 156/2005)

“PRIMERO Por la concursada «Trefkoel Llanes, SL Sociedad Unipersonal» se formula impugnación contra la calificación contenida en el informe elaborado por la Administración concursal en el que se reconoce un crédito a favor de Barclays Bank por importe de 253.847,03 euros con la calificación de privilegiado especial del art. 90-1-1º LC, pretendiendo la impugnante que se le otorgue la calificación de crédito subordinado por aplicación de lo dispuesto en el art. 87-6 en relación art. 92-5º LC, para lo cual se alega que con fecha 31 julio 2002 la citada entidad bancaria otorgó a Trefkoel Llanes un préstamo con garantía hipotecaria que venía además afianzado con carácter solidario y con renuncia a los beneficios de división y excusión por Don Miguel Ángel, titular de todo el capital social y Administrador único de la mercantil, teniendo por lo tanto el carácter de persona especialmente relacionada con el deudor conforme el art. 93-2 LC

SEGUNDO La interpretación del alcance que merece el art. 87-6 LC ha sido probablemente una de las cuestiones más discutidas de las que atañen a la reforma concursal, habiéndose pronunciado la doctrina científica de modo discordante al respecto, desde quienes mantienen una interpretación apegada a la literalidad de la norma (autores como Perdices, Cordero Lobato), hasta quienes desde una hermenéutica que atendiendo a una jurisprudencia de intereses rechazan con firmeza que el crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor se «contamine» necesariamente de ese carácter subordinado habida cuenta de las situaciones injustas a que conduce (Carrasco, Alonso Ledesma, Olivencia), pasando por quienes proponen una lectura alternativa de la norma que evite el rigor de sus términos cuando de éstos se deriven consecuencias indeseables (Bermejo, Arias Varona). Por su parte las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil dictadas hasta la fecha han declarado que la calificación como menos gravosa para el concurso sólo opera en el caso de que el fiador se haya subrogado en la posición del acreedor tras haber realizado aquél el pago (Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 22 marzo 2005, SJM núm. 1 de Barcelona de 22 abril 2005).

Dispone el art. 87-6 LC que «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». La primera intención que indiscutiblemente se evidencia de la norma es la de evitar el fraude que tendría lugar si se permitiera al fiador, persona especialmente relacionada con el deudor, eludir la subordinación a que está afectado su crédito (art. 92-5º y 93 L.C) en el caso de pagar él al acreedor para dirigirse seguidamente contra el concursado. El problema surge cuando la respuesta que la norma, en una lectura gramatical, da a semejante riesgo aparece como desproporcionada a tal finalidad -repárese que llevaría no solo a calificar ope legis al acreedor principal como subordinado, sino incluso a declarar extinguidas las garantías de cualquier clase, incluidas las reales, de que pudiera venir revestido su crédito (art. 97-2 LC)- a menos que entendamos que aquélla busca además otra finalidad añadida cual es la de incentivar que el acreedor principal se dirija extraconcursalmente frente al fiador o avalista para la satisfacción de su crédito, liberando así a la masa del concurso del peso de esa deuda.

TERCERO El núcleo de la cuestión entendemos que pasa por esclarecer el alcance del inciso segundo de la norma, y más concretamente determinar el instante en que surte su operatividad, esto es, si la tarea de calificación del crédito en tales términos ha de tener lugar ex ante o ex post al pago que pueda realizar el fiador. Para ello habremos de tener presente que al fiador que paga por el deudor nuestro Código Civil le reconoce efectivamente a su favor tanto la acción de reembolso en su art. 1838 como la de subrogación en el art. 1839, contempladas además por la jurisprudencia como dos acciones perfectamente diferenciadas (SSTS 4 julio 1953, 22 noviembre 1967, 29 mayo 1984 [RJ 1984, 2804], 13 marzo 1987 [RJ 1987, 1479], 13 febrero 1988 [RJ 1988, 1985]). Trasladado este esquema al ámbito concursal encontramos que en la situación anterior al pago el fiador vería limitadas sus posibilidades de insinuación en la masa a la del crédito de reembolso del que sería titular en su caso, crédito que podría ser comunicado y reconocido con el carácter de contingente (art. 87-3 LC) mientras que su calificación, dada su naturaleza de crédito autónomo, habrá de correr la suerte de su titular, viéndose en consecuencia legalmente postergado si dicho titular fuera persona especialmente relacionada con el deudor (art. 92-5º y 93 LC).

Por el contrario las circunstancias que atañen a la acción subrogatoria son distintas dado que por el pago realizado por el fiador surge la subrogación por ministerio del art. 1839 CC, siendo así que, como dice a este respecto la STS 13 febrero 1988, ello no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, en que en razón del crédito en el que se

subroga es su sucesor, teniendo lugar en tal caso una «transferencia» de créditos como reza el art. 1212 CC y no una «creación o nacimiento» de un crédito nuevo como ocurre en el caso del derecho a ser indemnizado del art. 1838 CC, pues en la subrogación el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra la más mínima alteración salvo en la exclusiva del cambio de personas, pudiendo el cesionario subrogado, como nuevo acreedor, exigir su cumplimiento en los propios términos en los que les hubiere podido ejercer su anterior acreedor del que es su sucesor.

Pues bien, es a esta posibilidad de subrogación del fiador en la posición del acreedor a la que se refiere expresamente el inciso primero del art. 87-6 LC al hablar de «y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en el caso de pago por el fiador» y es precisamente aquí donde surge el riesgo de que las reglas de subordinación puedan verse burladas por el fiador que mediante tal mecanismo trata de ocupar la posición del acreedor principal. Para conjurar este peligro viene el inciso segundo de la norma a disponer un mandato aplicable únicamente en la eventualidad de que dicho pago haya tenido lugar, al prever que «en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador», debiendo en tal caso interpretar que la opción de que habla la norma no viene referida a los créditos (pues se trata de un solo crédito que se mantiene inalterado como ya se ha visto) sino a la calificación que hubiera de corresponder a sus titulares en uno y otro caso.

En conclusión, el inciso segundo del art. 87-6 LC solo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador, como así se interpreta de su relación con el inciso primero. Una interpretación contraria conduciría al dislate, entre otros muchos, de hacer de peor condición al acreedor que observa la diligencia de garantizar su pago mediante un aval personal, por más que se trate de persona relacionada con el deudor, que al acreedor que desatiende esa garantía y deja su derecho desprotegido. Por otra parte no se atisba en el texto de la Ley Concursal dato o elemento alguno que permita afirmar su intención de incentivar al acreedor para que reclame al margen del concurso su derecho frente al avalista. Más aún, una interpretación contraria llevada a sus últimos resultados llevaría a tan drásticas consecuencias como la de privar de hecho al acreedor afianzado de su derecho en el concurso (efecto expropiatorio como se le ha llamado por algún autor) lo que no parece que pueda ser afirmado razonablemente.

En definitiva, la administración concursal deberá reconocer y calificar el derecho del acreedor principal conforme le corresponda en aplicación de la clase de crédito de que se trate y del privilegio que legalmente pueda tener reconocido (arts. 89 a 92 LC) y únicamente en el caso de que el fiador lleve a cabo el pago al deudor concursado y así lo comunique oportunamente a la administración concursal será cuando entre en juego la aplicación del repetido inciso segundo del art. 87-6 LC, conclusión que por otra parte se ve reforzada si tenemos presente que la norma cuestionada se ubica sistemáticamente en sede de «Comunicación y reconocimiento de créditos» (Sección 2ª, Capítulo III, Título IV de la Ley) y no en sede de «Clasificación de los créditos» (Sección 3ª) como sería lógico en el caso de tratarse de una regla de subordinación legal aplicable con la extensión que pretende la parte impugnante, todo lo cual conduce a la desestimación de la demanda incidental formulada.”: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 8.06.2005 (AC 2005/1018)

“TERCERO Queda por despejar la calificación del crédito como subordinado como consecuencia de la interpretación que tanto la Administración Concursal como la propia concursada realizan al amparo del artículo 87.6 de la Ley Concursal. La calificación de crédito subordinado afecta tanto al que dispone de una prenda de una imposición a plazo fijo como de la parte que no tiene la garantía prendaria. En ambos casos tanto la Administración Concursal como la propia concursada consideran que el carácter de subordinado vendría vinculado al hecho de que los créditos en cuestión aparecían avalados por la mercantil Transportes Continuos Interiores, SA, sociedad en concurso desde el 27 de octubre de 2004, empresa matriz del grupo y principal accionista de Tracoinsa Asturias, SL, lo que determina la consideración de la citada mercantil como especialmente relacionada con Tracoinsa Asturias, SL y, por lo tanto, susceptible de subordinarse su crédito al amparo de los artículos 92.5º y 93.2.1º y 3º de la Ley Concursal.

La redacción literal del precepto es la siguiente: «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador».

La interpretación literal del precepto llevaba necesariamente a subordinar no sólo los créditos que La Caixa tiene frente a Tracoinsa Asturias, SL, sino también los que tenía frente a Tracoinsa, SA. El legislador establece que en estos supuestos « en todo caso», es decir, sin posibilidad de exclusión de ningún tipo, en la calificación de los créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso autorizando el precepto expresamente a la administración concursal a elegir entre la calificación que correspondería al crédito en función de la persona del acreedor o a la que le correspondería en consideración a la persona del fiador.

El artículo 92.5º de la Ley Concursal considera créditos subordinados aquellos que fueran titularidad de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. El artículo 93.2.1º considera especialmente relacionados con personas jurídicas los socios que sean titulares de al menos un 5% del capital social y las sociedades que formen parte del mismo grupo.

La dicción literal del 87.6 lleva a la subordinación del crédito porque se trata de un crédito afianzado y la literalidad del precepto no permite más solución que la de que en todo caso se opte por calificarlo, en atención a los fiadores, como subordinado puesto que los fiadores son personas jurídicas especialmente relacionadas con el deudor. Este argumento no debe considerarse ni descabellado ni falto de fundamentación, sin perjuicio de las razonables y legítimas discrepancias que los acreedores puedan tener respecto de las consecuencias de una interpretación literal del precepto. Este artículo ha centrado gran parte del debate doctrinal y práctico de la Ley Concursal en sus primeros meses de vigencia y, por lo tanto, no puede haber cogido por sorpresa a las entidades financieras que, desde un primer momento, advirtieron de las consecuencias de una aplicación literal del precepto para las prácticas financieras habituales en la pequeña y mediana empresa.

No parece razonable considerar que el artículo 87.6 introduzca subrepticamente un nuevo tipo de créditos subordinados, sino que por medio de la interpretación literal del precepto lo que se permite es poder trasladar al titular del crédito la calificación del crédito que, en su caso, le correspondería en atención a la persona del fiador, de este modo si el crédito está afianzado por una persona especialmente relacionada con el deudor el crédito quedaría afectado por esa especial relación y podría ser calificado en todo caso, es decir, abstracción hecha de que hubiera pagado o no el fiador o se hubieran iniciado o no acciones frente al fiador, como subordinado.

No debe olvidarse que, conforme a la jurisprudencia consolidada en esta material, la fianza es una obligación accesoria incluso aunque tenga el carácter de solidaria (STS de 5 de febrero de 1992 [RJ 1992, 830]) y el contrato accesorio de fianza debe participar de la misma naturaleza de la obligación principal (STS de 30 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5079]).

CUARTO Sentado lo anterior queda por analizar cuál era la voluntad del legislador cuando introdujo este precepto. Aunque una primera lectura -la literal- parecía clara, por lo visto la voluntad del legislador pudiera ser otra. Esta indagación está permitiendo en los primeros pasos de la aplicación de la Ley que surjan multitud de exegetas del precepto que han introducido dudas más o menos razonables sobre la verdadera voluntad del legislador si es que realmente algún tipo de voluntad inspiraba dicho precepto.

Las reglas sobre interpretación de las Leyes aparecen en el artículo 3 del Código Civil, de entre ellas el sentido propio de las palabras es el primer criterio hermenéutico, opero no deben descartarse ni el contexto en el que debe aplicarse la norma, ni los antecedentes históricos y legislativos ni, finalmente, la realidad social del tiempo en el que deben ser las normas aplicadas. Tan razonable es pensar que el legislador quiso con esta norma evitar que el fiador que estuviera especialmente relacionado con el deudor pudiera -si pagaba la deuda- evitar la subordinación colocándose en el lugar de acreedor que había cobrado, como considerar que el legislador concursal tenía como objetivo el forzar a los acreedores a ver satisfechos sus créditos fuera del proceso concursal -reduciendo con ello la masa pasiva- y, por ello, se le incentivaba a ejercitar las acciones fuera del concurso si había fiador so pena de que en el concurso la condición del fiador llevara a la subordinación global del crédito.

No cabe duda que si La Caixa hubiera visto satisfecho sus créditos en el lapso de tiempo que discurren entre la declaración de los concursos por el fiador antes de que éstos solicitaran el concurso, la polémica de este incidente no hubiera existido. Pero se da la circunstancia de que el fiador solicita el concurso antes incluso que el afianzado, abriendo con ello un círculo perverso que podría conducir a La Caixa a ver subordinado su crédito en ambos concursos, el del fiador y el del afianzado y, con ello, ver sensiblemente reducidas sus posibilidades de cobro en ambos casos ya que tendría que aguardar al pago de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y los ordinarios. Esa consecuencia realmente no podía ser deseada por el legislador y colocaba a las entidades que disfrutaban de fianzas o avales en una situación compleja ya que fiador y afianzado si se trataba de socios o de empresas de un mismo grupo fácilmente podrían verse avocados a situaciones concursales acumuladas.

A la espera de que se consolide una verdadera doctrina y jurisprudencia sobre esta cuestión dado que hasta la fecha lo que hay son opiniones -todas ellas legítimas y razonables conduzcan a donde conduzcan- pero simples opiniones, cualquier solución que se adopte sobre la materia es frustrante para el jurista, frustrante porque la interpretación literal lleva a consecuencias perversas que agudizan su perversidad cuando -como en este caso- deudor y fiadores se declaran en concurso condenando al acreedor a errar en uno y otro procedimiento cerniéndole la sombra de la subordinación en ambos supuestos. Frustrante porque una interpretación no literal obliga a un uso utilitarista de la norma que, en este caso, puede resultar justificado pero que en otros puede llevar a desactivar instituciones capitales del sistema de garantías, empezando por el principio de seguridad jurídica.

Ante esta disyuntiva quien resuelve considera que no deben subordinarse los créditos del acreedor que goza de la fianza de un tercero especialmente relacionado con el deudor, la no

subordinación obliga a considerar que en los créditos con fianza -incluida la solidaria- deben apreciarse dos obligaciones:

- La de la deuda,
- La de la fianza,

Y dentro de la fianza dos posibles situaciones:

- Que se haya pagado por parte del fiador,
- Que no se haya pagado todavía.

Conforme a esta distinción la deuda y el acreedor en ningún caso puede verse perjudicado por la aparición de un fiador que resultaría especialmente relacionado con el deudor en el supuesto de que se declarara el concurso. El acreedor en todo caso mantiene la calificación que le corresponda en función de la naturaleza de su crédito y en función de las relaciones que le unan con el deudor. El artículo 87.6 quedaría confinado única y exclusivamente a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho la deuda y pretende colocarse en la posición del acreedor, la subordinación la arrastra en función de su relación con el deudor, no en función de la naturaleza de la deuda.

De este modo la interpretación del «en todo caso» se circunscribiría a los supuestos en los que el fiador ha satisfecho total o parcialmente la deuda, entendiendo que si el acreedor no actúa contra ese fiador o en el caso en el que las actuaciones -requerimientos judiciales o no judiciales- hubieran dado resultados satisfactorios para la satisfacción del crédito no se activan los mecanismos de la subordinación.

Ciertamente esta interpretación podría dar lugar a prácticas irregulares que pudieran convertir el acreedor en un rehén del fiador especialmente en aquellos casos en los que pudiera haber convenios que necesitaran del voto favorable del acreedor que, tras dicho convenio, ve satisfecho su crédito por el tercero. Estas prácticas -habituales con la anterior regulación concursal- hacen razonable la preocupación tanto de la administración concursal como del concursado respecto de los pagos que los terceros pudieran hacer tras el informe.

Esta preocupación puede evitarse si no se defiende una visión estática del informe de la administración concursal, es decir, la consideración del informe como una foto fija e inamovible que supedita el completo desarrollo del concurso una vez el informe se convierte en definitivo. La propia Ley Concursal permite considerar que la administración concursal, en caso de procesos liquidatorios, puede reformular o replantear los términos de su informe en cuanto a la calificación y cuantificación de los créditos y fiscalizar, con ello, los pagos realizados con posterioridad a la aprobación del informe. El artículo 160, 161 y 162.2 de la Ley Concursal permiten adaptar el informe a la situación que exista en la fase de liquidación y garantizar que quien haya cobrado total o parcialmente fuera del concurso no podrá ver satisfechos sus créditos en la liquidación.

En definitiva, debe estimarse la impugnación del crédito efectuada por la representación de La Caixa. Es decir considerar que en ambos casos hay una contingencia y que la parte con garantía prendaria -constituida al amparo del artículo 90.1.6ª- tiene la consideración de crédito con privilegio especial y el resto como crédito ordinario.”: Sentencia JM-3 Barcelona 27.06.2005 (AC 2006\266)

“1.- Se plantea en este incidente concursal la muy problemática interpretación del controvertido artículo 87.6 de la Ley Concursal. Aunque en este caso el supuesto de hecho no es exactamente el previsto en dicho precepto, se considera correcta la aplicación analógica efectuada por la administración concursal, a falta de otra previsión legal al respecto, por lo que la cuestión estriba en el alcance que se dé a dicho precepto. A falta de jurisprudencia e incluso de resoluciones de las Audiencias Provinciales, dada la reciente entrada en vigor de la Ley Concursal, la doctrina tampoco ofrece una solución uniforme. Un importante sector doctrinal defiende una interpretación literal o apegada a la letra de la norma de modo que sostiene que la Ley Concursal penaliza al acreedor garantizado o al fiador en vía de regreso en la medida que se sacrifica el interés del acreedor afianzado o del fiador, debiendo efectuarse la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponda a uno o a otro, entendiendo como tal la del crédito subordinado frente al general y ésta frente a la de crédito privilegiado. Dentro de este sector, algún comentarista entiende que el crédito del acreedor principal queda afectado por la subordinación cuando el crédito del fiador sea subordinado, si bien matiza que la solución consagrada en la Ley es excesiva y plantea incluso una lectura alternativa de la regla reduciendo su eficacia a aquellos casos en los que no sea posible la corrección sobrevenida de la calificación del crédito por la subrogación del deudor y cuando dicha corrección pueda llevarse a efecto, deberá permitirse la comunicación del crédito principal con el grado que le es propio y proceder posteriormente a su degradación, rechazando, además, la subordinación por razón de la calificación del crédito del fiador cuando el acreedor principal sea titular de una garantía real.

2.- Otros autores, se alejan de la interpretación más literal del precepto y la abandonan, fundamentalmente, porque conduce a resultados absurdos. Resumidamente, consideran que la polémica regla sólo es de aplicación cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor, esto es, el crédito directo del acreedor no se contamina con la condición de subordinado del crédito de reembolso del fiador y además debe tratarse de una adquisición total o parcial del crédito por vía de subrogación por pago postconcursal. Es decir, parten de la base

de que la opción por la calificación menos gravosa para el concurso sólo tiene lugar en caso de subrogación del fiador. Debe adelantarse ya que la interpretación por la que se inclina este Juzgado se enmarca en este segundo grupo, por las razones que se expondrán a continuación.

3.- El artículo 87.6 de la Ley Concursal no sólo contiene una norma de reconocimiento de créditos, que es lo que pregonaba el título genérico del precepto ("Supuestos especiales de reconocimiento"), sino que también contiene una norma adicional de calificación, que constituye el texto que da origen a la controversia: «En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». Y lo que establece dicha norma es que si la calificación que corresponde al acreedor y al fiador es distinta, la administración concursal ha de optar por «la que resulte menos gravosa para el concurso». A criterio de este Juzgado, la denominada "interpretación literalista" ni siquiera tiene sustento en la literalidad del precepto. Cuando la norma utiliza la expresión estos créditos, el término "estos" tiene que referirse a los más cercanos en el texto, es decir, aquellos en que se haya producido la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, pues de referirse a todos los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero, a los que se refiere antes, habría debido utilizar el término "aquellos" y no "estos". Por tanto, el pronombre demostrativo «estos» se refiere a lo más cercano en la construcción gramatical de la norma, a los créditos en los que se ha producido el cambio de titular en caso de pago por el fiador. Así, quedan fuera del ámbito normativo del segundo inciso del artículo 87.6 de la Ley Concursal los créditos afianzados por terceros mientras el fiador no haya pagado, porque el fiador aún no se ha subrogado en el crédito frente al deudor y no se ha producido el cambio de titularidad. Esta conclusión encuentra también apoyo en que los créditos afianzados se reconocerán, según el primer inciso del artículo 87.6 LC, «sin limitación alguna». Incurriría la Ley en contradicción si, tras esa regla, el segundo inciso dispusiera que se degrada el crédito porque está afianzado por persona especialmente relacionada con el concursado.

Otro tanto sucede con la expresión "en todo caso", que en castellano no significa necesariamente "siempre" o "en todos los supuestos", sino que, aparte de tales posibles significados, también es una locución adverbial equivalente a la frase "sea lo que fuere". En el precepto analizado, se trata de una expresión que refuerza el carácter imperativo de la norma, de modo que verificadas por la administración concursal las calificaciones que corresponden al acreedor y al fiador, que ya ha pagado, la norma obliga a dicha administración concursal a optar por una de ellas, y en concreto por la «menos gravosa para el concurso», «en todo caso», que significa: ya sea la que corresponda al acreedor pagado, ya la que corresponda al fiador pagador, la de peor calificación será la que proceda; de ser la calificación que corresponda al fiador la menos gravosa, por más degradada, le será ésta de aplicación, pero también en el otro caso, de ser la del acreedor menos gravosa que la que corresponda al fiador, será aquella la que se imponga, aunque el titular del crédito concursal sea ya el fiador que ha pagado.

En cuanto a la expresión "menos gravosa para el concurso", en el contexto general de la Ley Concursal, lo menos gravoso es la clasificación de menor rango entre los créditos concursales.

Por último para acabar con el análisis literal, la expresión "entre las que correspondan al acreedor y al fiador", se está refiriendo a la calificación que corresponde al acreedor o al fiador, o sea, a alguno de los sucesivos titulares del crédito. No es la que corresponda objetivamente al crédito, por las garantías reales que lo acompañen, por su naturaleza intrínseca o por su causa, sino la que corresponda subjetivamente a su titular, el acreedor o el fiador; "por la condición personal de sus titulares", como dice la Exposición de Motivos.

4.- En suma, desde la perspectiva de la interpretación gramatical expuesta, la Ley Concursal evita con esta norma que el mecanismo de la subrogación por pago del fiador sirva para defraudar las normas de clasificación de los créditos subordinados. En el supuesto de un crédito afianzado por personas especialmente relacionadas con el concursado, lo que resulta «gravoso para el concurso», es que el fiador especialmente relacionado con el concursado, que paga y que, por consiguiente, obtiene un crédito de reembolso contra el deudor concursado, pudiera eludir injustificadamente la calificación que a este crédito corresponde por la relación de su titular frente al concursado (artículo 92.5º LC) mediante la subrogación en los derechos de un acreedor privilegiado.

5.- Desde el punto de vista de la interpretación sistemática, debe tenerse en cuenta que el artículo 92 de la Ley Concursal, que enumera los créditos que deben calificarse como subordinados, no incluye entre ellos a los afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado. Ni tampoco dice expresamente que lo sean el artículo 87.6 de la Ley Concursal. Parece, pues, que de haber querido el legislador que los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado fueran clasificados como subordinados, lo debería haber dispuesto o incluido en el artículo específicamente dedicado a los mismos (artículo 92 LC), o bien en el artículo 93, como ha hecho con la presunción que alcanza a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 93.3 LC). Por tanto, a la vista de la ubicación sistemática del artículo 87.6, su segundo inciso no debe interpretarse como norma reguladora de un supuesto de subordinación de los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas, sino como una norma que impide que se pueda defraudar el régimen de clasificación de créditos, por la

circunstancia especial de la concesión al fiador solvens de la vía subrogatoria para obtener la satisfacción de su crédito de reembolso. Además, es significativo que la Exposición de Motivos no aluda entre los créditos «que merecen quedar postergados tras los ordinarios» a los que estén afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado, ni tampoco lo haga al tratar del reconocimiento de créditos. Y se trata de un tema de tal trascendencia y novedad que parece evidente que hubiera merecido mención especial en la exposición de motivos.

6.- Junto a esta interpretación "intrasistemática" en la propia Ley Concursal, el sentido del artículo 87.6 debe ser coherente no solo con el régimen del concurso, sino también con el de la fianza, dado el reconocido propósito de la Ley Concursal, según su exposición de motivos, de «coordinar la originalidad del nuevo sistema concursal con su armónica inserción en el conjunto de nuestro ordenamiento». Conforme al artículo 1.822 del Código Civil, el fiador debe ejecutar la prestación debida al acreedor por el deudor si no lo hace éste. Es decir, la fianza tiene una evidente función de garantía, en este caso de carácter personal. Garantía que surte con mayor eficacia sus efectos en aquellos casos como el concurso en que el deudor principal tiene graves dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones. Para encajar la norma concursal y el ordenamiento extraconcursal regulador de la fianza, la aplicación del artículo 87.6 a los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado no puede tener como consecuencia jurídica la aplicación a esos créditos de la calificación que correspondería al crédito de reembolso de esas personas, mientras no se haya producido el pago del garante y, con él, la sustitución en la titularidad del crédito. No puede sancionarse al acreedor afianzado hasta el extremo, dados los gravosos efectos que la subordinación produce, de anular el valor de este crédito en el concurso.

7.- En una interpretación teleológica, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, debe tenerse en cuenta que la Ley Concursal parte del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas (Exposición de Motivos). La subordinación produce, jurídicamente, una merma de los derechos y facultades que en el concurso corresponderían a sus titulares si fueran calificados como ordinarios o, no digamos, como privilegiados y, en consecuencia, una pérdida o reducción sustancial del valor patrimonial de los créditos así clasificados. Estas graves sanciones que la Ley Concursal aplica a las personas especialmente relacionadas con el deudor y a la subordinación de sus créditos, se basan en una postergación que se corresponde con la sospecha que suscita la cercanía subjetiva al concursado, dato relevante en el Derecho concursal; pero la gravedad excepcional de esas medidas no puede extenderse a otras personas, como son los acreedores extraños a ese círculo, a quienes alguna persona perteneciente a él haya afianzado su crédito. Por ello, debe reiterarse que, en realidad, con la aplicación del segundo inciso del artículo 87.6 LC a los créditos afianzados, se trata de evitar que los fiadores paguen a los acreedores y, mediante la subrogación en sus derechos frente al deudor, por aplicación del artículo 1.839 del Código Civil puedan defraudar la calificación que a su crédito de regreso le corresponde de acuerdo con la aplicación del artículo 92.5º LC. Sería completamente asistemático y atentaría contra el espíritu y finalidad de las normas que el acreedor que se ha preocupado de garantizar el valor de su crédito ante la eventualidad del concurso, mediante una fianza, no pueda beneficiarse de esas cautelas por la regulación concursal, que mermaría los derechos y facultades concursales de su crédito y, en definitiva, lo expulsaría al final de la lista en el orden de pago.

8.- En resumen y como consecuencia de todo lo expuesto, la administración concursal ha de reconocer el crédito del acreedor con fianza de tercero, antes de que éste haya pagado, por su importe y sin limitación alguna, y clasificarlo dentro de la clase que le corresponda conforme a los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal, sin que la que pudiera corresponder, en su caso, al crédito del fiador influya ni condicione en forma alguna aquella calificación. Puesto que la norma contenida en el último inciso del apartado 6 del artículo 87 sólo es de aplicación en el supuesto de que el fiador se haya subrogado por pago en el crédito afianzado y el acreedor o el fiador sean personas especialmente relacionadas con el deudor.": **Sentencia JM-1 Córdoba 28.06.2005 (sentencia 34/2005-M)**

“**SEGUNDO** 1. La otra cuestión discutida en el presente incidente es la relativa a la interpretación del artículo 87.6 LC, y más concretamente, del segundo inciso de tal apartado. El supuesto de hecho al que aplicar la norma es relativamente sencillo. El impugnante tiene a su favor un crédito a cargo de la entidad concursada Comercial Dormilón Descanso, SA por un importe de 632,40 euros derivado del contrato de arrendamiento financiero núm. 54502/24/2002 celebrado el día 22 de febrero de 2002 en el que aparece como fiadora la entidad Dorlast, SL. Esta última entidad -también en concurso- se encuentra relacionada con la concursada por vínculos que la hacen merecer el calificativo de persona especialmente relacionada del artículo 93 LC, en concreto, por ser una sociedad del mismo grupo (artículo 93.2.3º LC).

2. En la magnífica exposición de la Administración concursal no sólo en el acto de la vista sino en el informe emitido en su día en el concurso de la entidad Dorlast, SL -una de las sociedades del grupo-, se plasma la opción de ésta por calificar el crédito correspondiente a VFS Financial Services Spain, SA como subordinado. Se justifica dicha opción en la aplicación de lo que se

califica como interpretación «literal» del artículo 87.6 LC. En efecto, frente a una interpretación «correctora» del precitado artículo se optaría por una interpretación que se ajustara estrictamente a la letra de la Ley. Se dice que

«en los casos en los que el fiador o fiadores sean personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC), como acontece en el supuesto considerado, la aplicación literal de la norma conduce a la "degradación" el crédito personalmente garantizado. Si el fiador o los fiadores son sociedades que formen parte del mismo Grupo de la sociedad declarada en el concurso (art. 93.2-3º LC), el crédito de los bancos y de las cajas de ahorros se integraría en la categoría de los créditos subordinados: si son subordinados -es decir, si están legalmente postergados- los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 92-5º LC), también son subordinados los créditos de cualquier otra categoría que estén garantizados por alguna de esas personas (art. 87.6 en relación con el art. 92-5º LC)».

La propia Administración concursal admite que la doctrina se divide en dos grupos fuertemente diferenciados en la interpretación del referido precepto. Según la Administración concursal

«para el sector mayoritario, la única interpretación posible de la norma es la interpretación literal, "pues no adivinamos otra interpretación mínimamente razonable de la misma" (E. Cordero, ob. cit. pg. 1.034). Cuando el crédito principal tenga la consideración de ordinario y el crédito del fiador sea subordinado, "se calificará el crédito principal como subordinado para impedir que esa tacha se neutralice a resultas de la subrogación" (N. Bermejo, en A. Rojo-E. Beltrán ComLC, cit., Tomo I, pg. 1.572). Entre las calificaciones correspondientes a los créditos del acreedor y del fiador, "se preferirá la del privilegiado general frente a la del privilegiado especial, dentro del privilegiado general la de menor preferencia en el orden legal, la de ordinario frente al privilegiado y la de subordinado frente al ordinario y al privilegiado" (J. BEJAR, en M.A. Fernández-Ballesteros [coord.], Proceso concursal práctico, Madrid [Iurgium], 2004, pg. 460). Se trata de una solución que se ha calificado de "injusta" y que "en más de un caso supondrá un perjuicio claro para el acreedor", pero "su dicción literal es tan clara que difícilmente podríamos defender la interpretación de la misma distinta a la que acabamos de disponer" (E. VALPUESTA, en F. Cordón [dir.], Comentarios a la Ley Concursal, Pamplona [Aranzadi], pg. 696). Para un sector minoritario, en tanto no se haya producido el pago del fiador, el crédito debe calificarse sin tener en cuenta la condición de persona o no especialmente relacionada con el deudor que tuviera ese fiador. Según esta interpretación alternativa, la interpretación literal es absurda y no puede ser aceptada, por lo que se produce una importante restricción: la de entender que la norma sólo es de aplicación "cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante": el crédito directo del acreedor "no se contamina con la condición subordinada del crédito de reembolso del fiador, tanto si cobra del fiador como si lo hace en el concurso del deudor" Aunque el fiador fuera una persona especialmente relacionada con el deudor, el crédito concursal continuará mereciendo la condición de ordinario o privilegiado, si bien, cuando el fiador se subroga en el crédito, ese crédito quedará degradado a la categoría de subordinado (A. Carrasco, Los derechos de garantía en la Ley Concursal, Madrid [Civitas], 2004, pg. 238 a 241)».

3. Ante lo dicho por la Administración concursal queremos hacer hincapié en la calificación que de dicha norma se hizo en la vista. Según el Administrador concursal letrado, nos encontramos ante una norma dura, y para el caso de insolvencia del deudor, ante una norma extremadamente dura. La severidad que se desprende de esta interpretación literal de la norma nos mueve a averiguar si su texto soporta un sentido distinto que el que le es atribuido por la Administración concursal. Y si lo soportara, deberíamos encontrar una justificación que nos impulsara a elegir la consecuencia que para uno de los implicados merece el calificativo de extremadamente dura. Hacer esta labor y llegar a una conclusión distinta a la de la Administración concursal no supone forzar una interpretación favor argentarii. En ningún caso podremos apartarnos de interpretaciones secundum legem. Como veremos más adelante, ello no supone la invasión por el Juez de competencias que corresponden al Poder Legislativo. Se trata precisamente de llevar a cabo una de las funciones que conforman la propia esencia de la función judicial: interpretar la norma para aplicarla (artículo 117 CE), que queda contenida en la función de juzgar, que no es otra cosa que deliberar sobre la razón que le asiste a alguien en un asunto, y sentenciar lo procedente.

4. El artículo 3.1 CC delimita los criterios de interpretación de las normas que el ordenamiento jurídico ofrece al Juzgador. En el referido precepto se establece como inicial criterio hermenéutico el del sentido de las propias palabras de la norma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo se ha pronunciado con cautela en relación con que el intérprete se detenga en una interpretación puramente literal. Baste recordar que el Auto del TS (Sala 1ª) de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1160) dispone que «la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el art. 3.1 CC añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático («contexto»), el histórico («antecedentes históricos y legislativos») y el sociológico («realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»), imponiendo a su vez sobre todos ellos («fundamentalmente») el del espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que, a su vez, la falta de mención

expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión». Como ya hemos tenido ocasión de advertir, llevar a cabo la anterior función no convierte al Juez en Legislador. Para que fuera así sería necesario que el órgano judicial, por mor de motivos de carácter político, económico, social o de otra índole, en todo caso, extralegales, resolviera de manera diferente a la prevista en la norma legal. No puede considerarse extralimitación de la función jurisdiccional el que el Juez desentrañe el sentido de la norma y elija uno de entre varios de los significados que la norma permite, a la luz de los criterios hermenéuticos legalmente establecidos.

5. Dicho lo anterior debemos afrontar el examen del precepto objeto de discusión. El artículo 87.6 LC se encuentra dividido en dos partes. La primera se refiere a la obligatoriedad para la Administración concursal de reconocer, por su importe y sin limitación ninguna, y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de un tercero. Dicho inciso supone por un lado la reproducción de lo establecido en el artículo 1839 CC, esto es, que el fiador que paga sustituye al titular del crédito. Y por otro, un mandato imperativo para la Administración concursal. Ésta debe reconocer sin limitación alguna el crédito del acreedor aunque éste disfrute de la fianza de un tercero. La alusión al «deber de reconocer» pone de manifiesto que la norma se encuentra situada en sede de reconocimiento de créditos.

6. Es la interpretación de la última parte del precepto la que suscita mayores controversias. Ésta dice literalmente: «En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». No podemos desconocer que las dos corrientes doctrinales aludidas más arriba parten de la interpretación gramatical de esta disposición. Mientras que la calificada como literalista entiende que la referencia a «estos créditos» alude a «los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero», la correctora opina que la mención «estos créditos» debe entenderse referida a los créditos de los que sea titular el fiador una vez haya pagado. Menos polémica suscita la interpretación de la expresión adverbial «en todo caso» que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa «como quiera que sea, o sea como fuere», -y aunque para la corriente literalista tendría el significado de «siempre»- la importancia de su significado depende de la interpretación que se dé a la expresión «estos créditos». De ahí que el quid de la cuestión sea desentrañar el significado de la expresión «estos créditos».

7. Situada la polémica en sus justos términos, entendemos que será interesante trasponer cada uno de los significados atribuidos por las dos diferentes corrientes doctrinales a la letra de la Ley para comparar el tenor del precepto según una y otra. El texto de la norma quedaría, según la tesis literalista, del siguiente modo: «En la calificación de (los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero) se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». Para la tesis calificada como de correctora el texto de la norma debería leerse así: «En la calificación de (los créditos en los que su titular hay sido sustituido por el fiador) se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». Como se puede adivinar, la letra del precepto soporta uno u otro significado. Y por ello no podemos detenernos en ella. Hay que acudir a otros criterios que coadyuven a atribuir a la norma un alcance definido.

8. Más arriba apuntábamos que el Auto de TS (Sala 1ª) de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1160), aplicando el artículo 3.1. CC, atribuye una especial relevancia al criterio teleológico en orden a desentrañar el sentido de las normas. Al mismo se refiere el artículo 3.1 CC cuando alude «al espíritu y finalidad de aquéllas». Ello nos conduce a la averiguación de la finalidad de la norma. Atendiendo a la interpretación literalista, la finalidad de la norma sería la de postergar el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor. Para la interpretación llamada correctora, el fin de la norma sería evitar que el fiador especialmente relacionado con el deudor pueda eludir la calificación que de su crédito le correspondería según el artículo 92.5º LC por el simple hecho de subrogarse, mediante el pago, en la situación del acreedor principal. Del texto de la Ley se desprende que en cada caso en que se ha establecido la postergación de un crédito a subordinado, existe en una razón atinente al propio crédito, máxime dadas las graves consecuencias de tal postergación -debemos recordar que los acreedores subordinados carecen de derecho de voto (artículo 122.1.1º LC), y que sus plazos de espera y la posibilidad de cobro de sus créditos se activan sólo cuando constan satisfechos los acreedores ordinarios (artículo 134 y 158 LC)-. En la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se hace referencia a los motivos que impulsan al legislador a incluir un determinado crédito dentro de la categoría de subordinados. De este modo se alude a:

su tardía comunicación,
al pacto contractual,
su carácter accesorio (intereses),
su naturaleza sancionadora (multas),
la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso).

Y sigue diciendo la Exposición de Motivos que

«la subordinación por motivo de especiales relaciones personales con el concursado no sólo se basa en las de parentesco o de convivencia de hecho, sino que, en caso de persona jurídica, se extiende a los socios con responsabilidad por las deudas sociales o con una participación significativa en el capital social, así como a los administradores de derecho o de hecho, a los liquidadores y a las sociedades del mismo grupo. En todo caso, la clasificación afecta también a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado si la adquisición se produce dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso».

Como podemos observar, ninguna de las inclusiones dentro de la categoría de subordinados se hace de manera gratuita. En todos los casos existe un motivo. Al respecto merece destacarse la expresión contenida en la Exposición de Motivos cuando justifica la creación de esta especial categoría de créditos. Dice que se calificarán como subordinados «aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios». «Merecer» según el Diccionario de la Real Academia Española significa «hacerse uno digno de premio o de castigo». Y por ello es lógico que en todos los créditos calificados como subordinados exista una razón peyorativa que justifique tal calificación. En todos los casos tal razón queda expuesta en la Exposición de Motivos, y se desprende del contenido de cada uno de los créditos. Sin embargo, no se alcanza qué motivo de esta índole puede justificar la calificación como de subordinado de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el concursado. Por el contrario, el tenor del artículo 1839 CC sí justificaría la interpretación mal llamada correctora del tenor del artículo 87.6 LC. Aquel precepto establece que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor». De ahí que de no contar con la previsión del artículo 87.6 LC podría darse el caso en que el fiador especialmente relacionado con el deudor intentara evitar la calificación de subordinado de su crédito, según el artículo 92.5º LC, satisfaciendo al acreedor principal que ha sido incluido en la lista de acreedores con una calificación más favorable. La justificación del segundo inciso del artículo 87.6 LC se encontraría en la evitación de este fraude.

9. Dicho lo anterior, es menester acudir al elemento sistemático para comprobar si coadyuva o desmiente lo hasta aquí dicho. A este criterio hermenéutico alude el artículo 3.1 CC al referirse a la relación de la norma «con el contexto». La importancia de este criterio de interpretación ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia (STS [Sala 1ª] de 2 de julio de 1991 [RJ 1991, 5319]). Asimismo, la Sentencia de la misma Sala de 23 de marzo de 1950 (RJ 1950, 988) -aludida por aquella- afirmó que «si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor de resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico, y por ello habrá que acudir al elemento sistemático al que ya se refería la sentencia de 23 de junio de 1940 (RJ 1940, 530) al decir que "los Tribunales, al aplicar las Leyes, deben atender a las reglas de hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el Juzgador puede disponer para completar y aquilatar la interpretación de cada norma por el significado total del ordenamiento jurídico"; elemento sistemático que se recoge en el citado art. 3.1 al aludir "al Contexto" de las normas y al que se refiere asimismo la sentencia de 1 de junio de 1968 (RJ 1968, 3063) al decir que "si bien en orden a la interpretación de las normas legales es doctrina jurisprudencial que los Tribunales al aplicar las Leyes deben tender al contexto, estableciendo la conexión con todos los preceptos que traten la materia a resolver"». En aplicación de lo anterior, observamos que el artículo 87 LC lleva como título «Supuestos especiales de reconocimiento», y se encuentra incluido en la Sección 2ª Capítulo III Título IV de la Ley, titulada «De la comunicación y del reconocimiento de créditos». A ésta debe enfrentarse la Sección 3ª del mismo Título, que se rotula «De la calificación de los créditos». De esta manera la Ley incluye las normas relativas a la clasificación de los créditos (artículos 89 a 93 LC) en sede distinta a la correspondiente al artículo 87 LC. Y esta circunstancia no disiente de su contenido. Si nos apercebimos bien, el número 6 del artículo 87 LC -ya lo habíamos advertido más arriba- es un mandato dirigido a la Administración concursal para que reconozca el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero. El legislador quiere mostrar con claridad que, a pesar de que el acreedor goza de la posibilidad de dirigirse contra el fiador en vez de contra el concursado, su crédito debe reconocerse en la lista de acreedores a confeccionar por la Administración concursal «sin limitación alguna». Si examinamos los demás números del referido precepto observamos que en todos se recogen supuestos de créditos cuyo reconocimiento puede albergar alguna especialidad, y en ninguno se establece una norma de calificación. Así ocurre con los créditos sometidos a condición resolutoria (artículo 87.1 LC), los de derecho público recurridos en vía administrativa o jurisdiccional (artículo 87.2 LC), los sometidos a condición suspensiva y los litigiosos (artículo 87.3 LC), los que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin previa excusión del patrimonio del deudor principal (artículo 87.5 LC), y aquellos en los que el acreedor hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del

concurado (artículo 87.7 LC). Frente a esto, la interpretación literalista del artículo 87.6 LC sostiene que dicho precepto contiene una regla de calificación de créditos. De ser así, se introduciría en la Ley, con criterio asistemático, una nueva regla de calificación de créditos que ni se encuentra recogida en la Sección 3ª del Capítulo III del Título IV de la Ley, ni se desprende de ninguna de las que en tal contexto ha sido incorporada. Es en dicha Sección donde se ha emplazado la norma que califica como subordinados los crédito en los que «fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor» (artículo 92.5º LC). Pero no existe norma en tal Sección que califique como de subordinado el crédito en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor. Para llegar a esta conclusión deberíamos otorgar al artículo 87.6 LC un propósito calificador de créditos, lo cual es ajeno a la sede en el que el legislador ha ubicado tal norma.

DÉCIMO Por último, hay que hacer referencia a la aludida interpretación histórica. El Grupo Parlamentario Catalán tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado formuló sendas enmiendas contra el inciso objeto de discusión con la finalidad de eliminarlo. De esta manera la enmienda núm. 502 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley concursal tenía como justificación que era

«de difícil comprensión que la Administración judicial al calificar el crédito, y, por tanto, con anterioridad al pago por el fiador, pueda hacer un ejercicio intuitivo entorno a la calificación del crédito del acreedor principal, pues lo normal es que opere el pago por subrogación adquiriendo el fiador los mismos derechos que ostenta aquél conforme previene el artículo 1212 del Código Civil. Y de no efectuarse el pago el crédito del acreedor no puede estar sometido a otra calificación que no sea la que le corresponda de acuerdo con lo previsto en el PLC».

Y del mismo tenor fue la enmienda núm. 283 presentada en el Senado. Ambas fueron rechazadas. Sin embargo, no puede atribuirse necesariamente al rechazo de tales enmiendas un significado acorde con la tesis literalista. El fracaso de las referidas enmiendas se debe, necesariamente, a la falta de voluntad del legislador de excluir del artículo 87.6 LC el segundo inciso. Pero con ello el legislador no expresa de una manera inequívoca que el mantenimiento del citado inciso se llevara a cabo con el fin de posponer los créditos con fianza de personas especialmente relacionadas con el deudor. Ni puede deducirse sólo de tal acto. Porque lo que se rechazó en vía parlamentaria fue la eliminación del segundo inciso del artículo 87.6 LC. Pero en el acto de rehusar la enmienda no va de suyo la asunción de la interpretación que el grupo parlamentario presentador de dicha enmienda utilizó para su justificación. Si así lo hubiera querido el legislador podía haberlo expresado con mayor claridad y contundencia. No lo hizo. Por tanto, el elemento histórico del iter legislativo consistente en el rechazo de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán no nos es útil a los efectos pretendidos.

11. Como ya se señalaba en el punto 6 de este fundamento, las anteriores consideraciones nos mueven a entender que el sentido del artículo 87.6 inciso segundo LC es el de considerar postergados sólo aquellos créditos de los fiadores especialmente relacionados con el deudor, una vez que se hayan subrogado en la posición jurídica del acreedor principal, como consecuencia del pago. Como hemos advertido dicha interpretación es ajustada al sentido gramatical de la norma, coadyuvando en tal dirección la interpretación teleológica y la sistemática.": Sentencia JM-1 Madrid 5.07.2005 (AC 2005/1148)

PRIMERO La cuestión fundamental controvertida en este incidente es la calificación que debe darse al crédito de la entidad crediticia impugnante. Mientras que ésta, en su demanda incidental, entiende que el carácter de crédito garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con la concursada no puede alterar la calificación del crédito, la administración concursal entiende que, conforme al art. 87.6 en relación al 92.5 y 93.2.2º de la Ley Concursal, esta garantía personal trae consigo la calificación del crédito como subordinado.

SEGUNDO La cuestión objeto de la controversia no es pacífica en la doctrina. En los comentarios a la Ley Concursal y los artículos doctrinales publicados hasta el momento los autores mantienen posturas no coincidentes. Mientras que unos entienden que pese a que las consecuencias del art. 87.6 de la Ley Concursal son muy duras, la «literalidad» del precepto no permite otra interpretación que la que trae consigo la degradación a la categoría de subordinado del crédito del que es titular el acreedor principal, si el mismo fuera ordinario o privilegiado, cuando está garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con el deudor («dura lex, sed lex»), otros autores entienden que una interpretación del precepto basada en diversos criterios (fundamentalmente el sistemático y el finalista) permite afirmar que tal degradación sólo se produce cuando el garante paga al acreedor y se subroga en su posición en el concurso.

Las pocas sentencias dictadas hasta el momento (por todas, varias del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 8 de junio de 2005) se inclinan por la segunda de las tesis expuestas.

TERCERO Entiendo que la tesis que ha dado en denominarse «literalista» descontextualiza el párrafo en que se prevé que «en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la

que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador».

No estamos ante un precepto aislado, ubicado en sede de calificación o clasificación de créditos concursales. Dicho precepto es la última parte de un apartado, el apartado 6 del art. 87. Dicho apartado prevé que «los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». A su vez, el artículo 87 de la Ley Concursal, al que corresponde tal apartado 6, se titula «supuestos especiales de reconocimiento», y en el mismo se regulan varios «supuestos especiales», como su propio nombre indica, de reconocimiento de créditos concursales en los que concurren determinadas circunstancias: condiciones resolutorias o suspensivas, existencia de litigio sobre su existencia o cuantía, créditos que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal, etc. A su vez, el art. 87 se ubica en una sección dedicada a regular «la comunicación y reconocimiento de créditos».

El apartado 6 del art. 87 de la Ley Concursal establece, en primer lugar, que los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna. El hecho, pues, de que el crédito goce de garantía personal no supone limitación alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, a su reconocimiento, al contrario de lo que ocurre con otros créditos regulados en el art. 87, como por ejemplo los créditos litigiosos o los sometidos a condición suspensiva, cuyo reconocimiento sufre severas limitaciones tanto cuantitativas como cualitativas (art. 87.3).

En segundo lugar, dicho apartado 6 del art. 87 de la Ley Concursal prevé expresamente la posibilidad de que el fiador, caso de pagar al acreedor, sustituya a éste en el concurso. Es en relación a esta previsión de subrogación, entiendo, que entra en juego el inciso objeto de la controversia.

Efectivamente, si tal inciso no existiera, se daría la paradoja de que personas, concretamente las denominadas en el art. 92.5º de la Ley Concursal como «personas especialmente relacionadas con el deudor», definidas en el art. 93 de la Ley Concursal, respecto de las que la Ley Concursal, en base a un criterio de política legislativa inspirado en una cierta desconfianza sobre su cualidad de acreedor y sobre su participación en la causación de la situación de insolvencia, ha previsto una «degradación» de su cualidad de acreedor, otorgando a los créditos de que son titulares la calificación de subordinados, con la seria limitación de derechos «políticos» (v. gr., voto en la junta de la fase de convenio) y económicos (v. gr., cómputo del plazo de espera a partir del transcurso del plazo computado respecto de los acreedores ordinarios, cobro en último lugar en caso de liquidación) que tal calificación conlleva, eludirían estas consecuencias negativas mediante la subrogación en el lugar del acreedor al que han hecho pago del crédito en virtud de la fianza prestada, a la vista de la naturaleza de la institución de la subrogación (fundamentalmente, arts. 1212 y 1839 del Código Civil), conforme a la cual el fiador que paga y se subroga en el lugar del acreedor principal lo hace en la situación que éste tenía, es decir, con todos los derechos inherentes al crédito de este acreedor principal. De tal modo que si el crédito de éste fuera un crédito privilegiado, el fiador se convertiría en acreedor privilegiado, si lo fuera ordinario, en acreedor ordinario, si el crédito gozara de otras garantías, el fiador solvens gozaría de esas otras garantías, etc.

Para evitar esta situación, el legislador introduce, a continuación de la previsión de subrogación del fiador solvens en el lugar del acreedor principal, el inciso en cuestión. Conforme al mismo, estos créditos (los que ostentan los fiadores que se subrogan por pago al acreedor), en todo caso, serán calificados del modo menos gravoso para el concurso entre los que correspondan al acreedor y al fiador. Por ello, si el fiador es una persona especialmente relacionada con el concursado, el crédito que ostenta por subrogación será calificado como subordinado «en todo caso», es decir, ya fuera el crédito del acreedor principal un crédito ordinario, o fuera privilegiado (por ejemplo, por ser el acreedor un trabajador y estar en el supuesto del art. 91.1 de la Ley Concursal, o tratarse del acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso, como es el caso de autos, art. 91.6 de la Ley Concursal). Y también, por aplicación de la expresión «en todo caso», la calificación del crédito del fiador subrogado del modo menos gravoso para el concurso se producirá cuando se esté en la situación inversa, esto es, cuando fuera el crédito principal subordinado por ser el acreedor una persona especialmente relacionada con el concursado, y sin embargo carecer de tal cualidad el fiador.

No se trata tanto de sacar conclusiones tajantes de la ubicación del precepto en un determinado capítulo y sección de la Ley Concursal (puesto que es cierto que en esta Ley, como en la mayoría, no existe un orden y una sistematización perfectas y hay preceptos «desubicados»), sino de hacer una interpretación sistemática de la previsión legislativa, poniéndola en relación con las demás con las que tiene relación, y sacando las conclusiones que se entienden acordes con tal sistema, y que por otra parte no fuerzan, entiendo, la literalidad de la Ley.

Aunque en la demanda incidental se invocan otros argumentos interpretativos, entiendo que el expuesto en la sentencia es el determinante para adoptar la decisión pertinente. Dado que no

se trata en esta sede de elaborar un artículo doctrinal, sino de dictar una sentencia que resuelva la cuestión controvertida con arreglo a Derecho, no es preciso abundar en otras cuestiones.

CUARTO En cuanto a las razones esgrimidas por la Administración Concursal, relativas a una posible confabulación entre la entidad crediticia y el fiador persona especialmente relacionada con el concursado, como determinantes de tal previsión legal, entiendo que la solución a tal posible problema, que se producirá sobre todo en relación al convenio del concurso, no se encuentra en la Ley en una degradación automática de los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas que resultaría del art. 87.6 de la Ley Concursal, sino en la regulación de las causas de oposición al convenio, concretamente en el art. 128.1.IV de la Ley Concursal, bien porque la subrogación realmente operada haya sido ocultada para conseguir el derecho de voto o de adhesión por persona interpuesta (la entidad crediticia ya reembolsada que actuaría como «hombre de paja» del fiador solvens), bien incluso porque si tal reembolso no ha sido hecho efectivo pero hay una confabulación para posponerlo hasta que se vote el convenio y de este modo conseguir un convenio favorable a los intereses del fiador solvens que no tendría derecho de voto de haberse hecho ya la subrogación, pueda aplicarse la figura de las «maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios». ”: Sentencia JM-1 Sevilla 14.07.2005 (JUR 2005/16800)

“En cuanto a la interpretación de este art. 87.6 LECO existe un sector doctrinal que se inclina por un literalismo que, aun criticando el exceso del legislador, considera que la norma sacrifica el interés del acreedor afianzado o del fiador alternativamente, debiendo efectuarse la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponda a uno o a otro, sin más. Otro grupo, más numeroso, de autores, descarta el absurdo dimanante, y reputa que la degradación opcional sólo es aplicable cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor, esto es, el crédito directo del acreedor no se contamina con la condición del crédito de reembolso del fiador, salvo una adquisición total o parcial del crédito vía subrogatoria por pago postconcursal.

Pero el precepto de art. 87.6 LECO contempla dos situaciones de hecho distintas, la del acreedor principal que disfruta de fianza de tercero, que en nuestro asunto serían los créditos de los bancos o cajas avalados, que se han reconocido por su importe sin limitación alguna; y otra que es la de interés aquí, por la consideración de esa «...sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador».

Y a este segundo respecto, como indica la demanda de Oinarrí, la jurisprudencia es conteste de antiguo (SSTS de 11 de junio de 1984 [RJ 1984, 3227] y 13 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1985]), en que el pago atribuye al fiador dos acciones distintas:

a) La acción de reembolso, regulada en el art. 1838 CC, que surge de forma originaria, de modo que el derecho de crédito del fiador, que reclama su resarcimiento, nace en el momento que efectúa el pago para reclamar la totalidad de lo pagado y demás conceptos previstos en dicho precepto.

b) La acción de subrogación, prevenida por art. 1839 CC, que tiene carácter derivativo, y que implica colocarse en la posición del primitivo acreedor asumiendo su posición jurídica, de manera que, investido de las consecuencias que derivan de tal posición, actúa contra el deudor principal (cfr.: art. 1.212 CC).

Pues bien, la regla novedosa de graduación que propicia el precepto analizado prevé implícitamente el pago posterior a la apertura del procedimiento concursal, pues en otro caso no tendría sentido hablar de sustitución de un acreedor por el fiador que paga, y, además, prevé dicho efecto, es decir, el de la acción de subrogación (con pago total, o sustitución en la parte abonada). No se contempla, por consiguiente, ni el pago anterior a la declaración de concurso, en que el garante quede único acreedor concursal, ni el crédito de reembolso, que aquí Oinarrí ha insinuado como contingente, antes del pago «ex» art. 87.3 LECO, por lo que no resulta de aplicación, en este caso, de la regla de la calificación menos gravosa para el concurso (en realidad, el art. 87.6 LECO se explica como norma enderezada a que no se produzcan las típicas consecuencias de la subrogación, y el fiador ostente en el concurso una posición más favorable que la que merece su crédito en atención a su relación con el deudor, sin dirigirse a perjudicar gratuitamente al acreedor por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía). ”: SJM-1 Alava 28.11.2005 (AC 2006\262)

7. A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda.

Artículo 88. Cómputo de los créditos en dinero.

1. A los solos efectos de la cuantificación del pasivo, todos los créditos se computarán en dinero y se expresarán en moneda de curso legal, sin que ello suponga su conversión ni modificación.

2. Los créditos expresados en otra moneda se computarán en la de curso legal según el tipo de cambio oficial en la fecha de la declaración de concurso.
3. Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones dinerarias determinadas por referencia a un bien distinto del dinero se computarán por el valor de las prestaciones o del bien en la fecha de la declaración de concurso.
4. Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración de concurso, efectuándose la actualización conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento.

SECCIÓN 3 - DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS

Artículo 89. Clases de créditos.

1. Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

Art. 89.1

1. Necesidad de una clasificación no genérica sino en grupos y subgrupos

“Respecto del primero cita la administración impugnante dos sentencias de este juzgado en los procedimientos 19.4.2.2./04 y 15.4.1.1./04 en donde se recoge la necesidad de una clasificación no genérica sino en grupos y subgrupos. Son reproducibles los argumentos dados en las mismas a los efectos de estimar la pretensión de dicha administración impugnante:

El artículo 86 de la Ley Concursal recoge la necesidad del reconocimiento de los créditos de forma individualizada y el artículo 89 de la misma norma recoge que la clasificación deberá hacerse partiendo de los créditos con privilegio (general o especial), ordinarios o subordinados pero que desarrolla en los siguientes artículos distinguiendo cada uno de los grupos.

Dicha clasificación es esencial para un posterior convenio o una posterior liquidación a efectos del pago. La individualización a la que se refiere el primero de dichos preceptos es concretamente la clasificación dentro de cada uno de los grupos y así se desprende igualmente del artículo 96.3 LC al referirse a la impugnación sobre la inclusión o la exclusión de créditos, cuantía o clasificación reconocidos. Así se desprende del conjunto de los preceptos que recoge la norma y que puede también verse en el apartado 2 del artículo 97 LC respecto de las consecuencias de la falta de impugnación en donde se pone de manifiesto que la calificación deberá hacerse distinguiendo, dentro del grupo de subordinados, los especialmente relacionados (artículo 93 en relación al artículo 92.5º LC) y por tanto todos los demás, pues esta calificación no podrá hacerse de forma genérica sino identificando cada subgrupo, dado el efecto que la no impugnación, el convenio o la liquidación tiene prevista en los citados artículos y en las reglas generales de pago de los artículos 154 y siguientes de la LC.”: S JM-1 Málaga 04.05.2006 (AC 2006/1341)

2. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.

Art. 89.2

1. Sobre la inadmisibilidad de privilegios no reconocidos en la Ley Concursal

“El inciso final del artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2 CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LCon impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación

a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LCon. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.”: Sentencia AP Soria 05.05.2006 (JUR 2006/195858)

“El inciso final del artículo 89.2 LCon establece que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2 CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LCon impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LCon. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.”: Sentencia JM-1 Madrid 5.07.2005 (AC 2005/1113)

“4. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. C.C.), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.”: Sentencia JM-1 Madrid 18.11.2005 (Incidente Concursal 385/2005)

4. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.”: S JM-1 Málaga 15.03.2006 (AC 2006/443)

“El inciso final del artículo 89.2 LC establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. C.C.), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de

la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal. “: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 2

2. El art. 77.2 LGT no establece ningún privilegio para la Hacienda Pública

“PRIMERO.- La Agencia Estatal de la Administración Tributaria pretende a través del recurso de apelación formulado contra el auto de instancia, el dictado de una nueva resolución que declare que la clasificación del crédito concursal que ostenta es el establecido en el citado 77.1 de la Ley General Tributaria, gozando por tanto del privilegio y preferencia que dicho precepto preve. Y es lo cierto, conforme seguidamente se argumentará, que tal pretensión, no puede encontrar acogida en esta alzada, reiterando al respecto los razonamientos contenidos en la resolución apelada.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria insiste que conforme a lo dispuesto en el artículo 77, la clasificación de los créditos tributarios que establece la Ley Concursal sólo se aplicará en el caso de que en el correspondiente procedimiento concursal se adopte una solución de convenio. En caso de que la solución adoptada fuese la de liquidación, los créditos tributarios habrán de clasificarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 77.1. L.G.T, conforme al cual la Hacienda Pública goza para su cobro de preferencia sobre todos los demás acreedores que no sean de dominio o cuyos créditos no estén garantizados con hipoteca, prenda u otro derecho real debidamente inscrito con anterioridad al crédito tributario.

SEGUNDO.- Entendemos que el hecho de que el legislador no haya previsto específicamente en el controvertido artículo 77 L.G.T que en caso de liquidación los créditos tributarios estén sometidos también a lo dispuesto en la Ley Concursal, como ocurre en caso de convenio, no permite acoger la interpretación que realiza la recurrente afirmando que en caso de liquidación dichos créditos resultan ajenos a la clasificación que al respecto establece la Ley Concursal. Y ello se declara así por este Tribunal porque la interpretación que efectúa la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se centra básicamente en una interpretación “a contrario sensu” generalizada y extensiva de lo previsto en el artículo 77.2 L.G.T, lo que sin duda es exponente de la asunción de evidentes riesgos interpretativos, ya que esta clase de interpretaciones realizadas con carácter general pueden conducir a un resultado en contradicción o desacuerdo con el objetivo final perseguido por la norma, y en definitiva con el verdadero sentido de la misma. Téngase en cuenta al respecto lo dispuesto en el nº 2 del artículo 89 de la Ley Concursal, en su inciso final, cuando declara que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley. Sin duda, este precepto resulta claramente expresivo de esos riesgos interpretativos que comentábamos, producto de una interpretación extensiva y generalizada de normas extraconcursales, como pretende la recurrente en este caso. Nótese que la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal justifica este criterio cuando en su apartado V reconoce que: La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso”. Añade además que ... “el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”. Y es que, como con acierto se dice en la resolución recurrida, esta norma consagra un sistema de “numerus clausus” en cuanto a privilegios en los créditos, con exclusión de aquéllos privilegios... “que hayan podido tener algún tipo de reconocimiento en leyes especiales que no salve expresamente la nueva ley”.

En este mismo sentido, entendemos que el contenido de la Disposición Adicional Octava de la Ley General Tributaria, cuando declara que “lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, viene sin duda, a reforzar lo dispuesto en el citado artículo 89.2 Ley Concursal, corroborando así la vinculación y ajuste interpretativo de las normas de la Ley General Tributaria con respecto a la legislación Concursal. Es por ello que tampoco puede predicarse que el citado artículo 77 L.G.T. goce de una eficacia derogatoria parcial de la Ley Concursal, lo que se constata además a tenor del paralelismo que ambas leyes han mantenido tanto en su tramitación parlamentaria, como en su aprobación y publicación. Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.”: Auto AP Murcia 06.03.2006 (Rollo 21/2006)

“PRIMERO. - El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública (Agencia Estatal de la Administración Tributaria), formuló demanda de impugnación de la lista de acreedores presentada por la Administración Concursal de Obras Blázquez, S.A., en cuanto que calificó los

créditos reconocidos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, con privilegio general los debidos por retenciones en el IRPF, por aplicación del artículo 91.2 de la Ley Concursal. Y por el concepto de IVA, con privilegio general el 50% por aplicación del artículo 91.4 de la Ley Concursal, y el otro 50% se ha calificado como ordinario por aplicación del artículo 89.3 de esta Ley. La Abogacía del Estado sostuvo en su demanda que la clasificación del crédito concursal de la A.E.A.T. es la resultante de aplicar el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria gozando para su cobro de privilegio frente a cualquier acreedor que no lo sea de dominio o que no tenga su crédito garantizado con hipoteca.

La sentencia apelada desestimó la acción: consideró el Juzgador a quo que no resulta aplicable el artículo 77.1 LGT, y que la A.E.A.T. no goza de un privilegio extraconcursal, puesto que la Ley Concursal reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, resultando de aplicación el artículo 91.4 de la Ley Concursal, y no el 77 LGT.

La Abogacía del Estado en su recurso reitera que resulta de aplicación al supuesto examinado el artículo 77 LGT. Conforme a dicho precepto, considera el apelante que en el caso de que el deudor de la Hacienda Pública sea declarado en concurso, sólo se aplicará a los créditos tributarios la clasificación que de los mismos establece la Ley Concursal si en el procedimiento concursal se adopta una solución de convenio. Si, por el contrario, en el procedimiento concursal se adopta una solución de liquidación, los créditos tributarios han de clasificarse conforme a lo dispuesto en el artículo 77.1 LGT.

SEGUNDO.- La cuestión que se plantea es la interpretación que debe darse al artículo 77 de la LGT. Dicho precepto establece: “Derecho de prelación. 1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley. 2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada «Garantías de la deuda tributaria». En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la Ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a contrario sensu, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 LGT establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio.

No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a sensu contrario con carácter general. En efecto, las interpretaciones a contrario sensu no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda de impugnación de la lista de acreedores, parte de una interpretación a contrario sensu de lo que dice el artículo 77.2 LGT. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 LCon; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

El inciso final del artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2 CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursoales relativas a privilegios

crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LCon impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LCon. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura. Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto período de tiempo -nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT, que establece que “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la “legislación concursal vigente”, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal -para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.

Finalmente, a mayor abundamiento, y como pone de relieve acertadamente el Juzgador a quo, ratifica esta tesis la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, apartado V, que refiere que “La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social”.

TERCERO.- Procede por todo lo expuesto la desestimación de la pretensión de la A.E.A.T, y, por ende, del recurso de apelación, y la íntegra confirmación de la sentencia apelada.”: Sentencia AP Soria 05.05.2006 (JUR 2006/195858)

“TERCERO.- Aunque referido a un concurso en fase de liquidación y saliendo al paso del alegato esgrimido por la parte apelante en orden a tener la Hacienda Pública la prelación que establece el del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria, debemos añadir con la citada sentencia número 168/2006 [Sentencia AP La Coruña 07.04.2006, número 168/2006] lo siguiente, también de interés al caso que nos ocupa:

<< En efecto, el art. 77 de la LGT señala: “1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

Pues bien, a los efectos de interpretación de tal precepto, acude la A.E.A.T. al iter legislativo del precepto, en cuanto a la finalidad pretendida a través de la introducción del número 2 del art. 77 L.G.T., pero si queremos acudir, como criterio hermenéutico, a la intención del mismo Legislador, que aprobó la L.G.T., tampoco cabe prescindir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en cuanto encierra una verdadera proclamación de intenciones y de finalidades perseguidas con la promulgación de la nueva normativa, y en ella podemos leer: “La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud

de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)”.

Es decir que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso y C) reducir privilegios tradicionales como los tributarios. Pretensión esta última que no es única de la Legislación española, sino consecuencia igualmente de un fuerte estado de opinión de la doctrina científica y del examen del Derecho Comparado, pues la consulta a las reformas acaecidas en el seno del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público concedidos a las Administraciones Tributarias.

(...) Es evidente que también es interés público, sometido al criterio del siempre poderoso Legislador, no sólo apoyar a empresas viables que atraviesan por crisis económicas, como también evitar el conocido efecto dominó o reseca, que genera la quiebra de una empresa en sus proveedores y acreedores, si se ven imposibilitados en la recuperación de sus créditos, ante un amplio juego de privilegios, que convierten en ilusorias expectativas las pretensiones de resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por los incumplimientos contractuales del concursado. Limitar, en tales casos, los privilegios, es una opción igualmente legítima que, por justificada, no viola los principios constitucionales invocados por la Administración apelante >> (...): Sentencia AP La Coruña 16.05.2006 (JUR 2006/187932)

“**SEGUNDO** El primer motivo de apelación se funda en la infracción de lo normado en el art. 77 de la Ley General Tributaria. Se basa el argumento impugnativo de la Abogacía del Estado, en que la clasificación de los créditos tributarios habrá de llevarse a efecto mediante la aplicación de la mentada Disposición General, por su carácter especial y posterior a la Ley Concursal, de manera tal que las disposiciones de ésta relativas a la clasificación de los créditos de tal naturaleza sólo se aplicarían para el caso de convenio concursal, pero no en el supuesto de que nos hallemos ante un concurso en fase de liquidación, en cuyo caso la Hacienda Pública tendrá la prelación que establece el numeral 1 del mentado art. 77. Se explica esa dualidad de regímenes jurídicos con el argumento de que la pérdida de privilegios de la Administración Pública tiene su sentido y verdadero alcance en la finalidad de sostener a las empresas viables, en aras al relanzamiento de la economía, interés general superior al que se ha subordinado el principio de prevalencia del interés público que justifica las preferencias crediticias de Hacienda, el cual desaparece, por el contrario, cuando nos hallamos ante empresas sin viabilidad económica, sometidas a procesos de liquidación. Se sigue fundamentando el recurso en que, de no realizarse dicha interpretación, se estaría dando prevalencia a los intereses particulares, amen de que se abriría una puerta a la utilización del concurso como una vía de obtener beneficios fiscales no previstos en las Leyes.

El mentado motivo de apelación no ha de ser estimado.

En efecto, el art. 77 de la LGT señala: «1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta Ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Pues bien, a los efectos de interpretación de tal precepto, acude la AEAT al iter legislativo del precepto, en cuanto a la finalidad pretendida a través de la introducción del número 2 del art. 77 LGT, pero si queremos acudir, como criterio hermenéutico, a la intención del mismo Legislador, que aprobó la LGT, tampoco cabe prescindir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en cuanto encierra una verdadera proclamación de intenciones y de finalidades perseguidas con la promulgación de la nueva normativa, y en ella podemos leer: «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto

de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)».

Es decir que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso y C) reducir privilegios tradicionales como los tributarios. Pretensión esta última que no es única de la Legislación española, sino consecuencia igualmente de un fuerte estado de opinión de la doctrina científica y del examen del Derecho Comparado, pues la consulta a las reformas acaecidas en el seno del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público concedidos a las Administraciones Tributarias.

La interpretación que se hace por la parte apelante, en la natural y legítima defensa de los intereses que le son encomendados, conduce a consecuencias extensivas, en contra del criterio restrictivo en la hermenéutica de los privilegios y, además, acudiendo a la siempre peligrosa interpretación a «contrario sensu». En definitiva, se afirma, que si el núm. 2 del art. 77 de la LGT señala que los créditos tributarios a los que afecta el convenio, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal, es que no lo están si nos hallamos ante un concurso en fase de liquidación, y eso es mucho decir. Por el contrario, que fácil le hubiera sido al Legislador, para obviar todas las dudas y si esa hubiera sido su verdadera intención, normar que, en el caso de concurso en liquidación, no son de aplicación para la Hacienda Pública las disposiciones de clasificación de créditos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, o que en tal caso gozará de las preferencias que para la ejecución singular se contemplan en el núm. 1 del tantas veces mentado art. 77.

Por otra parte, el art. 77.2 de la LGT tiene su propio núcleo de significación sustantiva, en cuanto de su tenor literal se deriva que, en el caso de convenio, y salvo que la Hacienda Pública haga uso de su derecho de abstención contemplado en el art. 123, está sometida con respecto a sus créditos a las disposiciones relativas a la eficacia del convenio, de la sección 7ª, Capítulo I, Título V y de cumplimiento del convenio de la sección 8ª del mismo capítulo y título de la Ley Concursal.

No negamos, y nadie niega, que una Ley es susceptible de ser derogada por otra posterior, y que la derogación puede ser expresa o tácita. Ésta derivada de la incompatibilidad de la nueva normativa con la anterior en los términos del art. 2.2 del CC, y exige la concurrencia de los conocidos requisitos de contradicción o incompatibilidad que, en el caso presente, difícilmente concurre a través de una siempre delicada interpretación a «contrario sensu» con opciones posibles de compatibilidad normativa. No olvidemos tampoco que la Disposición Adicional Octava de la propia LGT señala que «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», sin que parezca coherente una proclamación de tal naturaleza por parte de una disposición legal que acaba de dar un tiro de gracia a la regulación de los privilegios de los créditos tributarios en los procesos concursales, generalizando para los supuestos de liquidación la preferencia que, para la ejecución singular, se atribuye a dichos créditos en el art. 77.1 de la Ley Fiscal. Amen de la esquizofrenia que supone que, un contradictorio Legislador, con tan sólo cinco meses entre la promulgación de una y otra Ley, sea tan cambiante en la regulación de la misma materia, configurada como una de las finalidades prioritarias de la nueva Ley Concursal, que parte además en su art. 89.2 de una proclamación de principios, de indiscutible carácter interpretativo, para dirimir la presente controversia suscitada por la sucesión temporal de dos normas tan próximas en el tiempo, de que: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley».

Es evidente que también es interés público, sometido al criterio del siempre poderoso Legislador, no sólo apoyar a empresas viables que atraviesan por crisis económicas, como también evitar el conocido efecto dominó o resaca, que genera la quiebra de una empresa en sus proveedores y acreedores, si se ven imposibilitados en la recuperación de sus créditos, ante un amplio juego de privilegios, que convierten en ilusorias expectativas las pretensiones de resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por los incumplimientos contractuales del concursado. Limitar, en tales casos, los privilegios, es una opción igualmente legítima que, por justificada, no viola los principios constitucionales invocados por la Administración apelante.

Por último, un argumento adicional apoya la solución adoptada por el juzgador a quo. La aplicación del art. 77.2 de la LGT postulada por la Administración recurrente es de difícil aplicación práctica en aquellos procedimientos concursales en los que no consta desde el inicio que el concurso finalizará en liquidación, pues es bien sabido que de ordinario sólo se sabrá tan fundamental consecuencia una vez finalizada la fase común y realizada ya la clasificación de los créditos por la administración concursal, en aplicación de lo normado en el art. 143 de su Ley reguladora, con lo que la tesis de la parte recurrente en cuanto postula la aplicación del mentado art. 77.1 de la LGT no generaría problemas cuando el concursado promovió inicialmente la liquidación con su declaración de concurso voluntario (art. 142), pero sí cuando inicialmente se

tramitó por el procedimiento de convenio que finalmente termina en liquidación, con lo que surgiría la problemática expuesta en la sentencia apelada, cuando señala: «piénsese, por ejemplo, en el caso de que la liquidación se abra como consecuencia del incumplimiento de un convenio previamente aprobado (art. 143.1.5º). Según la tesis que defiende la AEAT sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volver a clasificar los créditos dotando a los fiscales de una posición que ningún encaje tiene en el art. 91 de la Ley, e iniciar a continuación la liquidación bajo esas nuevas premisas, alterando con ello el sistema de la Ley Concursal».”: Sentencia AP La Coruña 07.04.2006 (AC 2006/495)

“PRIMERO: El objeto del presente recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, que aprueba el plan de liquidación de los bienes y derechos de la masa activa de la entidad concursada, que modifica el plan en el único particular de la venta de los bienes muebles que integran la masa activa, radica en el pronunciamiento denegatorio relativo pretensión formulada por el Abogado del Estado, de que los créditos de la Hacienda Pública sean reconocidos en su integridad como privilegiados en aplicación de lo dispuesto en el art. 77 de la Ley General Tributaria, asimismo que se incluyan los créditos comunicados tardíamente, precisamente por ser consecuencia de la actuación inspectora de la Administración Tributaria.

SEGUNDO.- El primer motivo de apelación se funda en la infracción de lo normado en el art. 77 de la Ley General Tributaria. Se basa el argumento impugnativo de la Abogacía del Estado, en que la clasificación de los créditos tributarios habrá de llevarse a efecto mediante la aplicación de la mentada Disposición General, por su carácter especial y posterior a la Ley Concursal, de manera tal que las disposiciones de ésta relativas a la clasificación de los créditos de tal naturaleza sólo se aplicarían para el caso de convenio concursal, pero no en el supuesto de que nos hallemos ante un concurso en fase de liquidación, en cuyo caso la Hacienda Pública tendrá la prelación que establece el numeral 1 del mentado art. 77. Y como en el presente caso una vez finalizada la fase común y abierta la fase de convenio, como dentro del plazo legal no se presentaron ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el art. 113 de la Ley Concursal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 143.1.1º de la misma Ley, el Juzgado procedió de oficio en auto de fecha 23 de septiembre de 2005a la apertura de la fase de liquidación, la Agencia Estatal de Administración Tributaria pretende un cambio en la clasificación de los créditos tributarios, al terminar la fase de convenio, y en aplicación del mencionado precepto de la Ley General Tributaria. Se fundamenta el recurso explicando esa dualidad de regímenes jurídicos con el argumento de que la pérdida de privilegios de la Administración Pública tiene su sentido y verdadero alcance en la finalidad de sostener a las empresas viables, en aras al relanzamiento de la economía, interés general superior al que se ha subordinado el principio de prevalencia del interés público que justifica las preferencias crediticias de Hacienda, el cual desaparece, por el contrario, cuando nos hallamos ante empresas sin viabilidad económica, sometidas a procesos de liquidación. Se sigue fundamentando el recurso en que, de no realizarse dicha interpretación, se estaría dando prevalencia a los intereses particulares, amen de que se abriría una puerta a la utilización del concurso como una vía de obtener beneficios fiscales no previstos en las leyes.

El motivo no puede ser estimado por las razones apuntadas en otras resoluciones dictadas por este mismo Tribunal, sentencias de fecha 7 de abril de 2006 y 7 de mayo de 2006.

Y en ésta última sentencia decíamos: <<En efecto, el art. 77 de la LGT señala: “1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

Pues bien, a los efectos de interpretación de tal precepto, acude la A.E.A.T. al iter legislativo del precepto, en cuanto a la finalidad pretendida a través de la introducción del número 2 del art. 77 L.G.T., pero si queremos acudir, como criterio hermenéutico, a la intención del mismo Legislador, que aprobó la L.G.T., tampoco cabe prescindir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en cuanto encierra una verdadera proclamación de intenciones y de finalidades perseguidas con la promulgación de la nueva normativa, y en ella podemos leer: “La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas. A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a

algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)”.

Es decir que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso y C) reducir privilegios tradicionales como los tributarios. Pretensión esta última que no es única de la Legislación española, sino consecuencia igualmente de un fuerte estado de opinión de la doctrina científica y del examen del Derecho Comparado, pues la consulta a las reformas acaecidas en el seno del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público concedidos a las Administraciones Tributarias.

(...) Es evidente que también es interés público, sometido al criterio del siempre poderoso Legislador, no sólo apoyar a empresas viables que atraviesan por crisis económicas, como también evitar el conocido efecto dominó o resaca, que genera la quiebra de una empresa en sus proveedores y acreedores, si se ven imposibilitados en la recuperación de sus créditos, ante un amplio juego de privilegios, que convierten en ilusorias expectativas las pretensiones de resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por los incumplimientos contractuales del concursado. Limitar, en tales casos, los privilegios, es una opción igualmente legítima que, por justificada, no viola los principios constitucionales invocados por la Administración apelante >> (...).

Según la tesis que defiende la A.E.A.T. sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volver a clasificar los créditos dotando a los fiscales de una posición que ningún encaje tiene en el art. 91 de la Ley, e iniciar a continuación la liquidación bajo esas nuevas premisas, alterando con ello el sistema de la Ley Concursal.”: Sentencia AP La Coruña 26.06.2006 (JUR 2006/220414)

“**PRIMERO** Por la vía del art. 197.3 de la Ley Concursal y con ocasión del recurso de apelación suscitado contra el auto aprobatorio del plan de liquidación del concurso se reproduce la cuestión ya resuelta por sentencia del juzgado de lo mercantil de 10 de junio de 2005 y por la que se mantenía la clasificación de los créditos efectuada por la administración concursal.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria Estatal de la Administración Tributaria pretendió entonces y pretende ahora que se le reconozca como privilegiado su crédito tributario frente al concursado en liquidación, planteando así una cuestión netamente jurídica: la conciliación del inciso final del art. 89.2 de la Ley Concursal («No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley») con lo establecido en el art. 77.2 de la Ley General Tributaria («En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal»).

Una primera aproximación a la cuestión parece mostrar que la redacción del art. 77 LGT se realizó, con la clara intención de derogar la LC, ya que, si los créditos tributarios quedan sometidos a la legislación concursal en caso de convenio, es porque en caso de liquidación no se les aplicará a los mismos ni el orden de pago de los créditos con privilegio general (arts. 91 y 156 LC) ni la limitación del privilegio expresamente prevista para los créditos tributarios (art. 91-4. ° LC). Sin embargo esta aparente voluntad derogatoria del autor de la posterior LGT es, al menos, dudosa si se realiza una valoración global de la normativa concursal y de la tributaria y se tienen en cuenta los términos de los preceptos analizados.

La LC que es la norma especial que establece el procedimiento regulador de la insolvencia, advierte ya en su exposición de motivos, de la reducción drástica de los privilegios y preferencias a efectos del concurso, considerando la igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla general del concurso, cuyas excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas. Tal aviso y propósito se materializa positivamente en el mencionado art. 89.2 que inadmite cualquier privilegio o preferencia «que no esté reconocido en esta Ley. La doctrina científica resalta además como la regla del art. 89 LC pretende evitar el extendido fenómeno de la creación de privilegios en Leyes especiales, advirtiendo que el mero reconocimiento de una preferencia o privilegio en una Ley posterior a la LC no atribuirá al acreedor preferencia alguna en el concurso. Por otro lado la posterior LGT, no sólo no modifica la LC para modificar su régimen de graduación y clasificación de créditos, sino que expresamente ratifica la vigencia de la norma concursal al ordenar en su D.A.8ª que «lo dispuesto en esta Ley (la general tributaria) se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», disposición que sólo puede interpretarse en el sentido de que la verdadera voluntad del legislador ha sido la de someter los preceptos tributarios a los concursales vigentes en cada momento.

Consecuentemente con todo lo anterior y lo establecido en el art. 2 del Código Civil no puede advertirse que la nueva norma tributaria haya derogado la anterior Ley concursal y más concretamente su art. 89.2. Ni hay derogación expresa, ni puede entenderse que la haya tácita ya que las dos Leyes no son incompatibles entre sí en la regulación del reconocimiento del crédito tributario como privilegiado para los casos de concurso en liquidación. “:S AP Cantabria

05.09.2006 (JUR 2006/252233)

“**PRIMERO** La Abogacía del Estado en representación de la AEAT plantea con ocasión de este recurso de apelación, diversas cuestiones en torno a la aplicación de la legislación concursal a los créditos públicos en supuestos de concurso en liquidación y a la calificación concursal de los recargos de apremio.

Sobre todas ellas ya se ha pronunciado esta sección, reiterada y recientemente (así autos de 05-09-06 (rollo 255/06), de 11-09-06 (rollo 325/06) ó sentencia de 20-09-06 (AC 2006\ 1711) (rollo 279/06).

SEGUNDO Alterando el orden de los motivos del recurso seguido por la Abogacía del Estado, esta Audiencia ha venido considerando en las resoluciones mencionadas la prevalencia de la legislación concursal sobre la tributaria en relación con créditos públicos en concursos en liquidación.

Se argumentó entonces y se reitera ahora que contra la aparente voluntad del autor del art. 77 de la Ley General Tributaria de derogar el art. 89.2 de la Ley Concursal (“No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”), este precepto conserva plena eficacia, persistiendo la intención legislativa de someter los preceptos tributarios a los concursales vigentes en cada momento. En suma, la nueva normativa tributaria no derogó la Ley concursal y más concretamente su art. 89.2, porque ni hubo derogación expresa, ni puede entenderse que la hubiera tácita ya que las dos Leyes no son incompatibles entre sí en la regulación del reconocimiento del crédito tributario como privilegiado para los casos de concurso en liquidación.”: S AP Cantabria 26.09.2006 (AC 2006/1708)

“La Agencia Estatal de la Administración Tributaria pretendió entonces y pretende ahora, como con claridad expone al inicio de su argumentación que se reconozca como privilegiado el crédito tributario frente al concursado en liquidación, y que tal carácter privilegiado se extienda a los recargos, formulando para esta cuestión diversas proposiciones subsidiarias.

SEGUNDO: En lo que a la primera cuestión se refiere, esta Audiencia ha tenido oportunidad de resolver la cuestión en su auto de 5 de septiembre de 2006, (Rollo nº 255/06), debiendo en coherencia con lo entonces argumentado y resuelto, rechazar este primer motivo del recurso.

Entonces como ahora una primera aproximación a la cuestión parece mostrar que la redacción del art. 77.2 de la Ley General Tributaria (“En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”) se realizó, con la clara intención de derogar el art. 89.2 de la Ley Concursal (“No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”): Del texto de esas normas parece poderse razonablemente deducir que si los créditos tributarios quedan sometidos a la legislación concursal en caso de convenio, es porque en caso de liquidación no se les aplicará a los mismos ni el orden de pago de los créditos con privilegio general (arts. 91 y 156 LC) ni la limitación del privilegio expresamente prevista para los créditos tributarios (art. 91-4 LC). Sin embargo esta aparente voluntad derogatoria del autor de la posterior LGT es, al menos, dudosa si se realiza una valoración global de la normativa concursal y de la tributaria y se tienen en cuenta los términos de los preceptos analizados.

La LC que es la norma especial que establece el procedimiento regulador de la insolvencia, advierte ya en su exposición de motivos, de la reducción drástica de los privilegios y preferencias a efectos del concurso, considerando la igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla general del concurso, cuyas excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas. Tal aviso y propósito se materializa positivamente en el mencionado art. 89.2 que inadmite cualquier privilegio o preferencia “que no esté reconocido en esta ley. La doctrina científica resalta además como la regla del art. 89 LC pretende evitar el extendido fenómeno de la creación de privilegios en leyes especiales, advirtiendo que el mero reconocimiento de una preferencia o privilegio en una ley posterior a la LC no atribuirá al acreedor preferencia alguna en el concurso.

Por otro lado la posterior LGT, no sólo no modifica la LC para modificar su régimen de graduación y clasificación de créditos, sino que expresamente ratifica la vigencia de la norma concursal al ordenar en su D.A.8ª que “lo dispuesto en esta ley (la general tributaria) se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, disposición que sólo puede interpretarse en el sentido de que la verdadera voluntad del legislador ha sido la de someter los preceptos tributarios a los concursales vigentes en cada momento.

Consecuentemente con todo lo anterior y lo establecido en el art. 2 del Código Civil no puede advertirse que la nueva norma tributaria haya derogado la anterior ley concursal y más concretamente su art. 89.2. Ni hay derogación expresa, ni puede entenderse que la haya tácita ya que las dos leyes no son incompatibles entre sí en la regulación del reconocimiento del crédito tributario como privilegiado para los casos de concurso en liquidación. “: Auto AP Cantabria 11.10.2006 (16.10.2006) (JUR 2006/251209)

“**PRIMERO.-** El auto recurrido por la AEAT, desestima la pretensión de ésta, de que el crédito de la misma en la suspensión de pagos de INTERKATIAN S.L., tras la fase de liquidación en que se

encuentra el concurso, debe regirse por el art.77.2 de la Ley General Tributaria, en primer lugar porque la LGT 17 de diciembre de 2.003, es posterior a la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003 y, en segundo lugar por la interpretación que del mencionado precepto realiza la Exposición de Motivos de la LGT.

El art.77 de la LGT, establece que: “1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

Y, la exposición de motivos de la LGT justifica la sustitución del término “concurso”, por el de “convenio concursal”, en virtud de una enmienda de la misma, en que la redacción del párrafo 2º, mencionando al “concurso” en lugar de “convenio concursal”, podría suponer una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública; interpretación que no resultaría justificada para el caso de que el proceso entre en liquidación, puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo anterior, entiende el recurrente, que el auto recurrido infringe los artículos 9.3 de la Constitución 22.2 del CC y 77 de la Ley Tributaria, pues aplicar la Ley Concursal en el caso enjuiciado, supone que la Ley Concursal derogaría la Ley Tributaria, pese a ser ésta posterior y, además, supondría desconocer el fundamento recogido en la Exposición de Motivos de esta última anteriormente señalado.

En principio, parece existir la mencionada contradicción entre ambas leyes, no obstante se impone una interpretación sistemática de las mismas.

La interpretación que efectúa la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se centra básicamente en una interpretación “a contrario sensu” generalizada y extensiva de lo previsto en el artículo 77.2 L.G.T, lo que sin duda es exponente de la asunción de evidentes riesgos interpretativos, ya que esta clase de interpretaciones realizadas con carácter general, pueden conducir a un resultado en contradicción o desacuerdo con el objetivo final perseguido por la norma, y en definitiva con el verdadero sentido de la misma. Téngase en cuenta al respecto lo dispuesto en el nº 2 del artículo 89 de la Ley Concursal, en su inciso final, cuando declara que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley. Sin duda, este precepto resulta claramente expresivo de esos riesgos interpretativos, producto de una interpretación extensiva y generalizada de normas extraconcursales.

Pues bien, en este sentido no puede mantenerse razonablemente que el sistema de preferencias crediticias diseñado en la Ley Concursal encuentre su justificación únicamente en sede de convenio y no así cuando el patrimonio del deudor fallido esté abocado a la liquidación, en cuyo caso se pretende trastocar la jerarquización legal para anteponer el derecho de la Hacienda Pública al del resto de los acreedores concursales (con las salvedades de los créditos con garantía real previstos en el art. 77-1 L.G.T.), pues ello no solo sería regresar al arcaico sistema de prelación cuasi absoluta del crédito tributario que el legislador concursal explícitamente repudia, sino desconocer que la pérdida de rango del privilegio de la Hacienda Pública en la nueva regulación no tiene por misión apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada, y así la Exposición de Motivos de la Ley Concursal proclama que la reforma “reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares”, que “el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas” o que “los privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social”. Así, y exigiendo la Disposición adicional octava la necesaria armonización entre la aplicación de la L.G.T. y la nueva Ley Concursal, forzoso resultará también tener presente el mandato contenido en el art. 89-2 L.C., por el cual “No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley” y con el que se viene a excluir a modo de blindaje la posibilidad de aplicar en el concurso preferencias o privilegios instituidas en norma extrañas a las que resulten de la propia Ley Concursal conforme su texto actual o ulteriores modificaciones, máxime cuando se trate de la Ley General Tributaria, cuya aplicación en este ámbito precisa de una interpretación coordinada entre ambos cuerpos normativos, como hemos visto.

En el mismo sentido, se manifiesta el auto de esta Sección de la Audiencia, de 6 de marzo de 2006.”: Auto AP Murcia 23.10.2006 (Rollo 36/2006)

“**SEGUNDO** El recurso de apelación se funda en la infracción de lo normado en el art. 77 de la Ley General Tributaria. Se basa el argumento impugnativo de la Abogacía del Estado, en que la clasificación de los créditos tributarios habrá de llevarse a efecto mediante la aplicación de la mentada Disposición General, por su carácter especial y posterior a la Ley Concursal, de manera

tal que las disposiciones de ésta relativas a la clasificación de los créditos de tal naturaleza sólo se aplicarían para el caso de convenio concursal, pero no en el supuesto de que nos hallamos ante un concurso en fase de liquidación, en cuyo caso la Hacienda Pública tendrá la prelación que establece el numeral 1 del mentado art. 77. Se explica esa dualidad de regímenes jurídicos con el argumento de que la pérdida de privilegios de la Administración Pública tiene su sentido y verdadero alcance en la finalidad de sostener a las empresas viables, en aras al relanzamiento de la economía, interés general superior al que se ha subordinado el principio de prevalencia del interés público que justifica las preferencias crediticias de Hacienda, el cual desaparece, por el contrario, cuando nos hallamos ante empresas sin viabilidad económica, sometidas a procesos de liquidación. Se sigue fundamentando el recurso en que, de no realizarse dicha interpretación, se estaría dando prevalencia a los intereses particulares, amen de que se abriría una puerta a la utilización del concurso como una vía de obtener beneficios fiscales no previstos en las Leyes.

No obstante, tal cuestión ya la hemos resuelto en la sentencia de 7 de abril de 2006 (AC 2006\ 495), cuya doctrina es reproducida en la ulterior de 7 de mayo de dicho año, y auto de veintiséis de junio de dos mil seis (AC 2006\ 1563), en la que señalábamos:

«En efecto, el art. 77 de la LGT señala: "1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta Ley.

º2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

Pues bien, a los efectos de interpretación de tal precepto, acude la A.E.A.T. al iter legislativo del precepto, en cuanto a la finalidad pretendida a través de la introducción del número 2 del art. 77 LGT, pero si queremos acudir, como criterio hermenéutico, a la intención del mismo Legislador, que aprobó la LGT, tampoco cabe prescindir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en cuanto encierra una verdadera proclamación de intenciones y de finalidades perseguidas con la promulgación de la nueva normativa, y en ella podemos leer: "La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)".

Es decir que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso y C) reducir privilegios tradicionales como los tributarios. Pretensión esta última que no es única de la Legislación española, sino consecuencia igualmente de un fuerte estado de opinión de la doctrina científica y del examen del Derecho Comparado, pues la consulta a las reformas acaecidas en el seno del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público concedidos a las Administraciones Tributarias».

La interpretación que se hace por la parte apelante, en la natural y legítima defensa de los intereses que le son encomendados, conduce a consecuencias extensivas, en contra del criterio restrictivo en la hermenéutica de los privilegios y, además, acudiendo a la siempre peligrosa interpretación a «contrario sensu». En definitiva, se afirma, que si el núm. 2 del art. 77 de la LGT señala que los créditos tributarios a los que afecta el convenio, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal, es que no lo están si nos hallamos ante un concurso en fase de liquidación, y eso es mucho decir. Por el contrario, que fácil le hubiera sido al Legislador, para obviar todas las dudas y si esa hubiera sido su verdadera intención, normar que, en el caso de concurso en liquidación, no son de aplicación para la Hacienda Pública las disposiciones de clasificación de créditos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, o que en tal caso gozará de las preferencias que para la ejecución singular se contemplan en el núm. 1 del tantas veces mentado art. 77.

Por otra parte, el art. 77.2 de la LGT tiene su propio núcleo de significación sustantiva, en cuanto de su tenor literal se deriva que, en el caso de convenio, y salvo que la Hacienda Pública haga uso de su derecho de abstención contemplado en el art. 123, está sometida con respecto a sus créditos a las disposiciones relativas a la eficacia del convenio, de la sección 7ª, Capítulo I, Título V y de cumplimiento del convenio de la sección 8ª del mismo capítulo y título de la Ley

Concursal.

No negamos, y nadie niega, que una Ley es susceptible de ser derogada por otra posterior, y que la derogación puede ser expresa o tácita. Ésta derivada de la incompatibilidad de la nueva normativa con la anterior en los términos del art. 2.2 del CC, y exige la concurrencia de los conocidos requisitos de contradicción o incompatibilidad que, en el caso presente, difícilmente concurre a través de una siempre delicada interpretación a «contrario sensu» con opciones posibles de compatibilidad normativa. No olvidemos tampoco que la Disposición Adicional Octava de la propia LGT señala que «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», sin que parezca coherente una proclamación de tal naturaleza por parte de una disposición legal que acaba de dar un tiro de gracia a la regulación de los privilegios de los créditos tributarios en los procesos concursales, generalizando para los supuestos de liquidación la preferencia que, para la ejecución singular, se atribuye a dichos créditos en el art. 77.1 de la Ley Fiscal. Amen de la esquizofrenia que supone que, un contradictorio Legislador, con tan sólo cinco meses entre la promulgación de una y otra Ley, sea tan cambiante en la regulación de la misma materia, configurada como una de las finalidades prioritarias de la nueva Ley Concursal, que parte además en su art. 89.2 de una proclamación de principios, de indiscutible carácter interpretativo, para dirimir la presente controversia suscitada por la sucesión temporal de dos normas tan próximas en el tiempo, de que: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley».

Es evidente que también es interés público, sometido al criterio del siempre poderoso Legislador, no sólo apoyar a empresas viables que atraviesan por crisis económicas, como también evitar el conocido efecto dominó o reseca, que genera la quiebra de una empresa en sus proveedores y acreedores, si se ven imposibilitados en la recuperación de sus créditos, ante un amplio juego de privilegios, que convierten en ilusorias expectativas las pretensiones de resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por los incumplimientos contractuales del concursado. Limitar, en tales casos, los privilegios, es una opción igualmente legítima que, por justificada, no viola los principios constitucionales invocados por la Administración apelante.

Por último, un argumento adicional apoya la solución adoptada por el juzgador a quo. La aplicación del art. 77.2 de la LGT postulada por la Administración recurrente es de difícil aplicación práctica en aquellos procedimientos concursales en los que no consta desde el inicio que el concurso finalizará en liquidación, pues es bien sabido que de ordinario sólo se sabrá tan fundamental consecuencia una vez finalizada la fase común y realizada ya la clasificación de los créditos por la administración concursal, en aplicación de lo normado en el art. 143 de su Ley reguladora, con lo que la tesis de la parte recurrente en cuanto postula la aplicación del mentado art. 77.1 de la LGT no generaría problemas cuando el concursado promovió inicialmente la liquidación con su declaración de concurso voluntario (art. 142), pero sí cuando inicialmente se tramitó por el procedimiento de convenio que finalmente termina en liquidación, con lo que surgiría la problemática expuesta en la sentencia apelada, cuando señala: «piénsese, por ejemplo, en el caso de que la liquidación se abra como consecuencia del incumplimiento de un convenio previamente aprobado (art. 143.1.5º). Según la tesis que defiende la A.E.A.T. sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volver a clasificar los créditos dotando a los fiscales de una posición que ningún encaje tiene en el art. 91 de la Ley, e iniciar a continuación la liquidación bajo esas nuevas premisas, alterando con ello el sistema de la Ley Concursal».»: Sentencia AP La Coruña 24.11.2006 (AC 2006/2296)

“**PRIMERO** Aprovechando el momento procesal de la apelación más próxima representada por el auto dictado en fecha 18 de mayo de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil en la sección 2ª del procedimiento concursal, sobre retribución del administrador concursal, conforme al artículo 34 de la Ley Concursal, interpone la Abogacía del Estado en representación y defensa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria recurso de apelación contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2006 dictada en el incidente concursal núm. 224/2005 de impugnación de la calificación de créditos llevada a efecto por la administración concursal. La problemática es de tipo jurídico y se refiere a la interpretación del privilegio general del artículo 91.4º en relación al límite establecido en la Ley para dicho privilegio; y a la clasificación de los recargos tributarios, al haber sido incluidos por el administrador concursal entre los subordinados del artículo 92. La sentencia apelada confirmó este criterio y desestimó la tesis y pretensiones de la Abogacía del Estado. A pesar de las dudas que suscita la reciente aplicación de la Ley, consideramos jurídicamente correcta la decisión sentenciada según hemos resuelto en dos recientes precedentes sobre la materia en cuestión (sentencias número 167/2006 [AC 2006\ 496] y 168/2006 [AC 2006\ 495], ambas de 7/4/2006, la primera en relación a la TGSS, y la segunda a la AEAT), por lo que reproducimos lo mismo dicho entonces y, más en concreto, en la sentencia número 168/2006.

SEGUNDO Aunque referido a un concurso en fase de liquidación y saliendo al paso del alegato esgrimido por la parte apelante en orden a tener la Hacienda Pública la prelación que establece el del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria, debemos añadir con la citada sentencia número 168/2006 (AC 2006\ 495) lo siguiente, también de interés al caso que nos ocupa:

«En efecto, el art. 77 de la LGT señala: "1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta Ley.

°2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

Pues bien, a los efectos de interpretación de tal precepto, acude la AEAT al iter legislativo del precepto, en cuanto a la finalidad pretendida a través de la introducción del número 2 del art. 77 LGT, pero si queremos acudir, como criterio hermenéutico, a la intención del mismo Legislador, que aprobó la LGT, tampoco cabe prescindir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en cuanto encierra una verdadera proclamación de intenciones y de finalidades perseguidas con la promulgación de la nueva normativa, y en ella podemos leer: "La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)".

Es decir que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso y C) reducir privilegios tradicionales como los tributarios. Pretensión esta última que no es única de la Legislación española, sino consecuencia igualmente de un fuerte estado de opinión de la doctrina científica y del examen del Derecho Comparado, pues la consulta a las reformas acaecidas en el seno del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público concedidos a las Administraciones Tributarias.

(...) Es evidente que también es interés público, sometido al criterio del siempre poderoso Legislador, no sólo apoyar a empresas viables que atraviesan por crisis económicas, como también evitar el conocido efecto dominó o reseca, que genera la quiebra de una empresa en sus proveedores y acreedores, si se ven imposibilitados en la recuperación de sus créditos, ante un amplio juego de privilegios, que convierten en ilusorias expectativas las pretensiones de resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por los incumplimientos contractuales del concursado. Limitar, en tales casos, los privilegios, es una opción igualmente legítima que, por justificada, no viola los principios constitucionales invocados por la Administración apelante»(...): Sentencia AP La Coruña 19.12.2006 (AC 2007/158)

"QUINTO.- Y respecto a la aplicación del art. 77. 1 de la LGT a supuestos de convenio tan solo, no a los de liquidación, supone una interpretación literal que se torna en que todo lo no comprendido en situaciones de convenio se rijan por el apartado 1, que establece la preferencia de la Hacienda Pública.

No deja de ser una interpretación forzada que, una vez más, se opone al principio general de la Ley que trata de reducir al máximo los privilegios. Si a ello se añade que es la propia LGT la que dice que "lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento" (Disposición Adicional Octava), la auténtica interpretación de ese precepto citado debe ser la que señala la sentencia de instancia en el párrafo último del fundamento cuarto, es decir que el nº 2 se refiere a la prelación de créditos en ejecuciones colectivas articuladas mediante el juicio universal de concurso de acreedores, mientras el 1º debe referirse a la prelación crediticia en ejecuciones singulares. En cualquier caso, el nº 2 del art. 77 ha de aplicarse a lo que señala, que es exclusivamente el "convenio concursal", y no es válida la interpretación ?sensu contrario? (en sentido contrario) cuando no se alcanza el convenio sino que se concluye con la liquidación, presentándose como indudablemente peculiar, unilateral y escasamente riguroso un planteamiento que lleva a hacer renacer todos los privilegios a su favor mediante la remisión (inexistente en el texto y sí solo en una visión voluntarista) al apartado 1 del mismo texto legal. Si la idea de la ley es reducir al máximo los privilegios, la pretendida argumentación sostenida en el recurso no es sino una forzada visión de algo que no está así regulado.

Este criterio es sostenido además por resoluciones como la del Jº de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 5-7-2005, del nº 1 de Sevilla, de 10-1-2006, y del nº 1 de Málaga, de 15-3-2006.”: SAP Asturias 19.12.2006 (JUR 2007/38044)

“PRIMERO.- La Agencia Estatal de Administración Tributaria formula el presente recurso de apelación al considerar que sólo se debe aplicar a los créditos tributarios la clasificación que da a los mismos la Ley Concursal si el procedimiento termina por convenio, pero no si llega a una liquidación, en cuyo caso los créditos se clasificarán con arreglo a lo establecido en el art. 77.1 de la Ley General Tributaria.

Un supuesto idéntico al presente ya ha sido resuelto por esta Sala en la Sentencia del día 19 del corriente mes, recaída en el Rollo de apelación núm. 402/06, en sentido contrario al defendido por la aquí apelante. Cabe, por tanto, dar por reproducidos los razonamientos contenidos en esa resolución en el sentido de que el art. 77.2 de la Ley General Tributaria determina que en caso de convenio concursal los créditos tributarios a los que afecta el convenio quedarán sometidos a la Ley Concursal y que ésta establece la poda de los privilegios. De hecho la apelante admite la prevalencia de esta Ley frente a la Ley General Tributaria pero considera que ello únicamente se predica en el supuesto en que exista convenio y no cuando se llega a la liquidación del patrimonio del concursado; criterio que no puede compartirse pues no se compadece con los principios de la Ley Concursal antes señalados, tal y como ya se indica en la Exposición de Motivos y en el art. 89.2 de la misma.

En definitiva considera esta Sala que el nº 2 del art. 77 de la Ley General Tributaria se refiere a la prelación de créditos en las ejecuciones colectivas seguidas por los trámites del concurso y que el nº 1 de dicho precepto únicamente opera respecto de las ejecuciones singulares; criterio que es el mayoritariamente asumido por los Jueces de lo Mercantil en las sentencias citadas en la resolución de esta Sala a la que anteriormente se ha hecho referencia.”: SAP Asturias 20.12.2006 (JUR 2007/38030)

“SEGUNDO.- Plantea la apelante una cuestión a la que ya se le ha dado respuesta en sentencias anteriores de esta Sala recaídas en los rollos 385/06 y 270/06, cual es el de que al crédito tributario se le aplique la clasificación que da a los mismos la Ley Concursal cuando se ha llegado a una solución de convenio, pero no cuando éste no se ha conseguido y se ha pasado a la fase de liquidación. No cabe por tanto, más que remitirse a los razonamientos que se vierten en esas resoluciones, dictadas en procedimientos en los que fue parte la aquí apelante, para rechazar este motivo.”: SAP Asturias 20.12.2006 (JUR 2007/38038)

“2. El artículo 77 LGT dispone: “En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, ¿significa esto una derogación del régimen de prelación de créditos privilegiados previsto en la Ley Concursal cuando concurren créditos tributarios y se abra la fase de liquidación?”

La primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 LGT en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente: “En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada “Garantías de la deuda tributaria”. En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 –como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a contrario sensu, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 LGT establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal –debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (artículo 123.1 LC). Es en este sentido cómo debe ser interpretado

el artículo 77 LGT.

No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a sensu contrario con carácter general. En efecto, las interpretaciones a contrario sensu no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda incidental, parte de una interpretación a contrario sensu de lo que dice el artículo 77.2 LGT. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 LC; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

El inciso final del artículo 89.2 LC establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. C.C.), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursoales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursoales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del artículo 77.1 LGT. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 LC se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta. Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 LGT. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 LGT sea de aplicación sólo en algunos casos –aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad –para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 –y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto periodo de tiempo –nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT que establece “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la “legislación concursal vigente”, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal –para los créditos

tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.": II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 2

“La primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 LGT en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente: «En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada «Garantías de la deuda tributaria». En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la Ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a contrario sensu, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 LGT establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (artículo 123.1 LCon). Es en este sentido cómo debe ser interpretado el artículo 77 LGT.

3. No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a sensu contrario con carácter general. En efecto, las interpretaciones a contrario sensu no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda incidental, parte de una interpretación a contrario sensu de lo que dice el artículo 77.2 LGT. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 LCon; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

4. El inciso final del artículo 89.2 LCon establece que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2 CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursoales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LCon impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursoales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LCon. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

5. La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del artículo 77.1 LGT. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 LCon se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta. Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 LGT. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 LGT sea de aplicación sólo en algunos casos -aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad -para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

6. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003 -, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003 -. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto período de tiempo -nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT que establece «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la «legislación concursal vigente», lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal -para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.”: Sentencia JM-1 Madrid 5.07.2005 (AC 2005/1113)

“la primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 LGT en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente: *“En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*. El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada *“Garantías de la deuda tributaria”*. En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la Ley Tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura *a contrario sensu*, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 LGT establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (artículo 123.1 LC). Es en este sentido cómo debe ser interpretado el artículo 77 LGT.

3. No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desembogue en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas *a sensu contrario* con carácter general. En efecto, las interpretaciones *a contrario sensu* no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda incidental, parte de

una interpretación *a contrario sensu* de lo que dice el artículo 77.2 LGT. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 LC; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

4. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que *“no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”*. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. C.C.), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursoales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursoales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación *a contrario sensu* supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

5. La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria, en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del artículo 77.1 LGT. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 LC se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta. Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 LGT. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 LGT sea de aplicación sólo en algunos casos –aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad –para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

6. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 –y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto periodo de tiempo –nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT que establece *“lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”*, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la *“legislación concursal vigente”*, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal –para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.”: Sentencia JM-1 Madrid 18.11.2005 (Incidente Concursal 385/2005)

“1º.- Abierta la fase de liquidación la Abogacía del Estado presentó, antes de la formulación de la propuesta liquidación de los administradores concursales, un escrito -de fecha 11 de octubre de 2005- por virtud del cual pretende que los créditos de la Hacienda Pública, tanto los reconocidos en el informe definitivo como los comunicados tardíamente el 2 de septiembre de 2005, se reconozcan en su integridad- como privilegiados en aplicación del artículo, 77 de la Ley general Tributaria (Ley 58/2003).

a) Sobre el pretendido cambio en la calificación créditos en función de la apertura de la fase de liquidación este Juzgado ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores en sentido discrepante con la interpretación que sostiene la Abogacía del Estado sobre el artículo 77 de la LGT La tesis

de la Abogacía del Estado, con tener ciertamente apoyo en los antecedentes legislativos del precepto, no puede ser acogida pues es claro que el artículo 77.1 regula la prelación de los créditos de la Hacienda Pública en ejecuciones singulares y no universales; por eso habla de prelación, y no de privilegio que es un concepto que tiene significado propio en el marco del concurso como excepción positiva al principio de la par conditio creditorum. El precepto tiene su paralelo para los créditos públicos de la administración de la Seguridad Social en el artículo 22.1 de la LGSS, igualmente referido a la concurrencia en ejecuciones singulares, y no tiene ningún sentido sostener que los créditos de la Hacienda Pública deban gozar en la liquidación concursal de un trato diferente al de los créditos de la Seguridad Social. En realidad el precepto nada dice del tratamiento que deban merecer los créditos de la Hacienda Pública en el marco de la liquidación concursal, y si nada dice es aventurado extraer de su silencio una conclusión como la que sostiene la AEAT. Es más, la disposición adicional octava de la LGT dice que lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal en cada momento, y la legislación concursa] no permite establecer diferencias en la clasificación de los créditos que deben hacer los administradores concursales en el informe con que concluye la fase común en función del contenido de una Sección, la quinta, que todavía no ha sido abierta en el momento de la emisión del informe, y mucho menos alterar la clasificación que de los créditos ha hecho el informe definitivo en un momento posterior en el que se decide la apertura de la fase de liquidación. Por eso se llama fase común, porque tiene por objeto la delimitación de la masa activa y pasiva del concurso con independencia de que el proceso desemboque en convenio o en liquidación. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que la liquidación se abra como consecuencia del incumplimiento de un convenio previamente aprobado (artículo 143 1 5°). Según la tesis que defiende la AEAT sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volver a clasificar los créditos dotando a los fiscales de una posición que ningún encaje tiene en el artículo 91 de la Ley, e iniciar a continuación la liquidación bajo esas nuevas premisas, alterando con ello todo el sistema de la Ley concursal.

También es cuestionable el fundamento de la tesis que sostiene la AEAT, a tenor del cual el sacrificio de los créditos fiscales sólo se justifica en casos de convenio en consideración al interés general que propugna el mantenimiento de empresas viables y el consecuente relanzamiento de la economía. No es exactamente así. La finalidad esencial del Concurso es la satisfacción ordenada de todos los acreedores bajo el principio de igualdad de trato, excepcionado únicamente con los privilegios establecidos por la Ley que deben ser, por ello, objeto de interpretación restrictiva. El mantenimiento de la empresa y la prioritaria opción de la Ley por el convenio de continuidad es instrumental de esa finalidad esencial del concurso, aunque con ello se logre además atender al beneficio del concursado, de los trabajadores y de otros intereses. No hay por lo tanto razón alguna para sostener que la clasificación y el tratamiento de los créditos en el concurso deba ser diferente según desemboque en convenio o en liquidación, por más que el artículo 77. 2 de la LGT parezca indicar lo contrario.”. Auto JM-1 La Coruña 12.12.2005 (Concurso 49/2004)

“PRIMERO.- La cuestión que plantea la Hacienda Pública [*interesa que, dado que se ha abierto la fase de liquidación, se proceda a la aplicación del art. 77 L.G.T., calificando todos los créditos de la Hacienda Pública como créditos con privilegio del art. 77.1 L.G.T.*] radica en determinar la interpretación que haya de hacerse del art. 17.2 L.G.T., cuando el mismo preceptúa que en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecta el convenio, quedarán sometidos a lo preceptuado en la Ley Concursal. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria propugna una interpretación a..... contrario del precepto, y en consecuencia mantiene que en los casos de apertura de liquidación en los procedimientos concursales, no resulta de aplicación la Ley Concursal, sino lo establecido en el apartado 1º del art. 77 L.G.T.

Dicha interpretación pugna con la propia que en su 89.2 in fine establece: “No se admitirá en el concurso ningún privilegio a preferencia que no esté reconocido en esta Ley”.

El art. 77.1 L.G.T. está previsto para situaciones extraconcursales sin que pueda ser aplicado en los procedimientos concursales a los que se aplica lo especialmente previsto en la Ley Concursal, sin que puedan admitirse privilegios que no contempla.

En concreto, lo dispuesto en el art. 77.2 L.G.T, en nada contraria el citado art. 89.2 L.C, ya que, en caso de convenio, remite a lo establecido en la L.C. lo que no puede hacerse es una interpretación a “sensu contrario” de dicho precepto, que resulta laramente contraria a lo dispuesto en la LC, pues debe prevalecer ésta sobre dicha interpretación. A mayor abundamiento, hay supuestos en que no obstante haberse abierto la fase de convenio, procederá la apertura de la fase de liquidación en los casos en que no se presente propuesta de convenio, o no sea admitida ninguna, o no se acepte en junta de acreedores, o se rechace el convenio por resolución judicial firme, o se declare judicialmente la nulidad del convenio o el incumplimiento del mismo (art. 143 L.C.), y en los casos en que el deudor conozca la imposibilidad de cumplir lo comprometido (art 142.3 L.C).

Carece de sentido que en todos estos supuestos en que se fustre la fase de convenio, se modifique con posterioridad, abierta la fase de liquidación, la clasificación de los créditos.

Es mas, el criterio adoptado en la presente resolución es el mayoritario entre los Jueces de lo

Mercantil, como consta en las Conclusiones del II Congreso de Jueces de lo Mercantil, y es el seguido en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid de 5 de Julio de 2005. “: Auto JM-1 Sevilla 10.01.2006 (JUR 2006/150377)

“PRIMERO Se plantea por la AEAT la aplicación al proceso concursal y más concretamente al trámite de reconocimiento y clasificación de créditos de lo dispuesto por la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria en su art. 77 a cuyo tenor:

«1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Sostiene la impugnante AEAT que el apartado 2º de la norma ha de limitar su eficacia únicamente a aquellos supuestos en los que el procedimiento concursal siga su curso por la solución conservativa, pues en caso de abrirse la fase de liquidación, y acudiendo a una interpretación a sensu contrario de lo dispuesto en dicho apartado 2º cuando condiciona su regulación al supuesto específico de convenio concursal, entrará en juego el apartado 1º del art. 77 de tal modo que la Hacienda Pública gozará para su cobro de preferencia sobre todos los demás acreedores que no sean de dominio o cuyos créditos no estén garantizados con hipoteca, prenda u otro derecho real debidamente inscrito con anterioridad al crédito tributario. Se apoya igualmente la AEAT en la modificación experimentada por el apartado 2º art. LGT en el trámite parlamentario, pues la enmienda núm. 332 introducida en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular para sustituir el término «concurso» por el ahora vigente de «convenio concursal» se justificaba señalando que «La redacción del apartado 2, mencionando "concurso" en lugar de "convenio concursal" podía interpretarse como una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública con independencia de la suerte que corriera el proceso concursal, interpretación que no resultaría justificada para el caso de que el proceso entre en liquidación puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública. De esta forma, la preferencia establecida en el apartado 1 se mantendría para los supuestos de liquidación, pero no en aquellos en los que se suscriba un convenio concursal que incluya los créditos tributarios».

SEGUNDO Para el examen de la cuestión planteada habremos de partir recordando que en la tarea hermenéutica de la norma que aquí nos ocupa, la voluntad legislatoris expresada en la justificación de la enmienda transcrita, aún cuando constituye efectivamente uno de los criterios interpretativos sentados por el art. 3-1 CC al recoger como tales los «antecedentes históricos y legislativos», no puede imponerse sobre la voluntad legis o finalidad de la norma -vid. art. 3-1 CC inciso final- pues sabido es que una vez la Ley ha sido promulgada se separa de su autor y pasa a tener una existencia objetiva, debiendo por lo tanto atender en la búsqueda de su sentido y alcance al conjunto de criterios ofrecidos por el art. 3-1 CC entre los que también figura la referencia al «contexto» que aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión presuponiendo que entre ellos existe un orden coherente. Pues bien, en este sentido no puede mantenerse razonablemente que el sistema de preferencias crediticias diseñado en la Ley Concursal encuentre su justificación únicamente en sede de convenio y no así cuando el patrimonio del deudor fallido esté abocado a la liquidación, en cuyo caso se pretende trastocar la jerarquización legal para anteponer el derecho de la Hacienda Pública al del resto de los acreedores concursales -con las salvedades de los créditos con garantía real previstos en el art. 77-1 LGT - pues ello no solo sería regresar al arcaico sistema de prelación cuasiabsoluta del crédito tributario que el legislador concursal explícitamente repudia, sino desconocer que la pérdida de rango del privilegio de la Hacienda Pública en la nueva regulación no tiene por misión apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada, y así la Exposición de Motivos de la Ley Concursal proclama que la reforma «reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares», que «el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas» o que «los privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social».

TERCERO Además de lo arriba expuesto, no podemos desconocer que la propia Ley General Tributaria en su Disposición Adicional Octava establece que «Lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», sin que podamos compartir el argumento manejado pro domo sua por la impugnante cuando afirma que esta previsión normativa tenía por único fin el de acomodar la nueva regulación tributaria a los viejos procedimientos de quiebra, suspensión de pagos, quita y espera y concurso de

acreedores en el lapso temporal comprendido entre la entrada en vigor de la LGT (1 julio 2004) y la posterior entrada en vigor de la Ley Concursal (1 septiembre 2004), pues lo cierto es que la referida norma se ubica sistemáticamente en la Ley General Tributaria como Disposición Adicional y no como Disposición Transitoria, conteniendo un enunciado que se perpetua en el tiempo más allá de tales límites y que, por no hacerse en él distinción alguna -ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus- resulta perfectamente vigente y de aplicación tras la reforma concursal operada por la Ley 22/2003. Siendo así, y exigiendo la Disposición adicional octava la necesaria armonización entre la aplicación de la LGT y la nueva Ley Concursal, forzoso resultará también tener presente el mandato contenido en el art. 89-2 LC por el cual «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley» y con el que se viene a excluir a modo de blindaje la posibilidad de aplicar en el concurso preferencias o privilegios instituidas en norma extrañas a las que resulten de la propia Ley Concursal conforme su texto actual o ulteriores modificaciones, máxime cuando se trate de la Ley General Tributaria cuya aplicación en este ámbito precisa de una interpretación coordinada entre ambos cuerpos normativos, como hemos visto.

Lo hasta aquí razonado nos lleva a entender que el art. 77 LGT regula el derecho de prelación de la Hacienda Pública en los diferentes ámbitos en que puede éste concurrir con otros acreedores, de tal manera que viniendo el apartado 2º reservado para regular su derecho de prelación en las ejecuciones colectivas que se articulen mediante el juicio universal de concurso de acreedores, forzoso será concluir que su apartado 1º habrá que referirlo al supuesto general en que la prelación crediticia se haga valer en ejecuciones singulares -como así se disponía ya en la regulación nonata contenida en la Disposición final undécima de la Ley Concursal- sin que tampoco quepa argüir en contra que esta interpretación conduce a otorgar al apartado 2º art. 77 LGT un significado enteramente superfluo o redundante respecto de la regulación propia del convenio contenida en la LC, pues su utilidad reside en precisar que en los supuestos de situación concursal en que se haya alcanzado la aprobación de un convenio, el crédito de la Hacienda Pública quedará vinculado por la extensión subjetiva a que alcanza su contenido cuando se trate de un crédito ordinario o subordinado (art. 134 LC) y tratándose de un crédito privilegiado cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 134-2 en relación art. 123 LC, debiendo someterse en los supuestos de concurso abocado a la solución liquidativa a las reglas generales contenidas en los arts. 154 a 162 LC.": Auto JM-1 Oviedo (Asturias) 28.02.2006 (AC 2006\307)

“El artículo 77 LGT, como veremos, no recoge ningún privilegio para la administración tributaria. Lo que reconoce el artículo 77 LGT es una «prelación» y no un privilegio, en su apartado primero que ninguna relación tiene con la normativa concursal y es en su apartado segundo en donde se recogen los efectos de sus créditos en la fase de convenio y no en otra.

No obstante este juzgador no es ajeno a la doctrina que se viene generando, tras la aprobación de la citada norma tributaria, en torno a la clasificación de créditos y a la incidencia del artículo 77.2 LGT en el marco concursal que la administración tributaria defiende como verdadera reclasificación de créditos. En función de ello procede realizar el siguiente análisis.

El objeto del procedimiento lo constituye la interpretación del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria de 2003 en torno a su propio contenido que reproducimos:

1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta Ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Hemos de partir de la situación concursal en la que nos encontramos que es concretamente la fase de liquidación, ya abierta y que motiva a la AEAT a generar el presente incidente partiendo de la interpretación que magistralmente expuso en el acto de juicio oral en cuanto señalaba criterios sistemáticos, literales e histórico-legislativos para entender que el apartado segundo del artículo 77 LGT permitía la clasificación de créditos conforme a la Ley concursal cuando se terminara mediante convenio el proceso concursal y en lo que respecta a los créditos de la hacienda pública. En caso de liquidación la clasificación y privilegios partirían del citado precepto recogiendo los privilegios conforme al apartado primero del mismo.

A ello se opone la administración concursal quien alega la propia dicción del artículo 89.2 LC por cuanto no se reconocerán más privilegios que los que establece la norma concursal y el sometimiento a dicha norma conforme a la Disposición adicional octava de la Ley General Tributaria.

SEGUNDO Es evidente que la interpretación que se realiza del artículo 77.2 LGT lo es a contrario sensu de lo que dice el precepto pero que de ningún modo puede llevar al resultado que señala la administración tributaria. Ni la interpretación literal, ni la sistemática o complementaria, ni la histórico legislativa nos lleva a reclasificar los créditos de la administración

tributaria cuando nos encontramos con la fase de liquidación bien sea ad initio (porque la hubiere solicitado el deudor) o con posterioridad por no haberse aprobado o presentado ninguna propuesta de convenio y se hubiere abierto la fase de liquidación.

Lo que dice el 77.2 LGT es precisamente lo que recoge la letra del mismo, es decir, que los créditos tributarios afectados por el convenio aprobado quedarán sometidos a la Ley 22/2003, Ley concursal. Es evidente que el legislador ha tenido en cuenta dicha matización puesto que a lo largo del texto de la Ley general tributaria se recogen afectaciones de los créditos tributarios, durante la tramitación del concurso, que finalmente se distinguirán en cuanto a si están recogidos o no en el convenio concursal pues, es lógico, el convenio que afecte a dichos créditos cuando la administración tributaria se hubiere sometido a este produce eficacia novatoria (136 LC). Es decir, cuando se trata de créditos tributarios y la administración no hubiera utilizado su derecho de abstención el contenido del convenio vinculará a dicho acreedor (si es ordinario y subordinado) y producirá efectos novatorios (136 LC) respecto de los privilegiados y quedarán extinguidos, en cuanto les alcance, los ordinarios y subordinados.

A partir de lo anterior puede comprenderse que el legislador señale claramente que si dichos créditos están afectados por el convenio aprobado se sujetarán a lo que dispone la Ley concursal en cuanto a dicha extensión subjetiva y eficacia novatoria que hemos señalado. El resto de los créditos, es decir, aquellos que no resultan afectados por el convenio -como créditos tributarios- gozarán de los instrumentos que desarrolla la Ley general tributaria a lo largo de su articulado o se operará, respecto de ellos, los efectos que también recoge y que se concretan en:

Conforme al artículo 68.6.2º LGT comienza nuevamente el cómputo del plazo de prescripción: Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración del concurso del deudor, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo en el momento de aprobación del convenio concursal para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto a las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando aquéllas resulten exigibles al deudor. Si el convenio no fuera aprobado, el plazo se reiniciará cuando se reciba la resolución judicial firme que señale dicha circunstancia. En caso de concurso y aprobación de convenio el efecto es, por tanto, que se someten al mismo y a la Ley general tributaria. Cuando no exista ese convenio y por tanto estaremos en fase de liquidación, el efecto es la reanudación del plazo de prescripción.

Conforme al artículo 164.4 LGT los créditos tributarios gozan, cuando son privilegiados, de un derecho de abstención y ello permitirá, no obstante, que en la fase de convenio -en el convenio mismo- se lleguen a acuerdos en los términos recogidos en dicho precepto: El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria.

El artículo 77.2 LGT se completa con otras normas, por tanto, de la Ley general tributaria, señalando que los créditos tributarios a los que alcance el convenio se sujetarán a la Ley concursal y en su defecto podrán utilizar los instrumentos que recoge la normativa tributaria, pues es evidente que, tras el convenio, podrán existir créditos que no se sujeten al mismo en cuyo caso dejarán de estar sujetos a lo previsto en la Ley concursal o, en su caso, tras la apertura de la fase de liquidación (mejor dicho tras la no aprobación de un convenio) dichos créditos se instrumentarán teniendo en cuenta que el plazo de prescripción comienza de nuevo.

TERCERO No podemos entender, por tanto, que el artículo 77.2 LGT suponga un revulsivo, un cambio en la clasificación de créditos esencialmente por tres razones:

Primero porque el artículo 89.2 LC recoge expresamente que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esta reconocido en esta Ley».

En segundo lugar porque la disposición adicional octava de la propia Ley general tributaria recoge -en referencia a los procesos concursales- que «Lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento» lo que nos remitiría a lo previsto en el anterior precepto y en la clasificación que establecen los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal.

En tercer lugar porque la referencia que hace el artículo 77.2 LGT lo es sólo respecto de los créditos tributarios afectados por el convenio y no a ninguno más.

CUARTO En la interpretación sistemática del precepto hemos de tener en cuenta, igualmente, el encuadramiento del artículo 77 LC que lo es en el momento en que se habla de «Garantías de la deuda Tributaria» (Sección 5ª) y para ello recoge dos apartados, uno referido a los privilegios de la administración tributaria cuando concurra con otros acreedores (77.1 en procedimientos de ejecución singular o universal) y otro referido a concretos créditos en el proceso concursal en determinado momento: 1. Se refiere al supuesto de un proceso concursal; 2. Se refiere sólo a los

créditos tributarios afectados por el convenio; y 3. Se refiere sólo a dichos créditos en el momento en que se apruebe un convenio. El resto de los supuestos, momentos o situaciones del concurso no resultan afectados salvo en las dos previsiones que hemos señalado anteriormente (artículos 68 y 164 LGT) y es evidente que quedan fuera del concurso pues así se deriva tanto de la Ley concursal como de la Ley general tributaria.

QUINTO Es evidente que razones prácticas, de seguridad jurídica, sistemáticas y procesales nos llevan también a determinar que no es posible el planteamiento de reclasificación de créditos fuera del momento procesal oportuno previsto por la Ley concursal y que culminan con la lista definitiva presentada en virtud del informe de los administradores concursales y las impugnaciones resueltas (art. 96 LC). Tras la situación concreta que se determina con la aprobación del informe de la administración concursal tras las impugnaciones o, en su defecto, tras el transcurso del plazo para impugnar si no las hay dicho listado y clasificación sirve tanto para la aprobación del convenio (109, 128 LC), para la determinación de los acreedores y sus privilegios a los efectos de adhesiones (108 LC), constitución de la junta (116 LC), derecho de asistencia (118 LC) o derecho de voto (122 y ss.) y mayorías necesarias (124 C). POR OTRO LADO DICHA LISTA ES LA MISMA QUE SE TIENE EN CUENTA A EFECTOS DE LIQUIDACIÓN CONFORME A LOS ARTÍCULOS 148 Y SIGUIENTES DE LA LEY CONCURSAL Y NO OTRA.

SEXTO Otros argumentos que pueden servir al objeto de resolver la citada cuestión planteada son los recogidos, entre otras, en la Sentencia del Jdo. Mercantil núm. 1, Madrid, S 5-7-2005, núm. autos 49/2004 que extractamos y que este juzgado comparte y que resuelven los mismos puntos vertidos por la Agencia Tributaria en el presente supuesto:

«Como hemos comprobado, la primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 LGT en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente:

"En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada "Garantías de la deuda tributaria". En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular.

El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la Ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a contrario sensu, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria.

El artículo 77.2 LGT establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (artículo 123.1 LC). Es en este sentido cómo debe ser interpretado el artículo 77 LGT.

3. No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a sensu contrario con carácter general. En efecto, las interpretaciones a contrario sensu no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda incidental, parte de una interpretación a contrario sensu de lo que dice el artículo 77.2 LGT.

La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su

interpretación: a) el texto del artículo 89.2 LC; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

4. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal.

En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

5. La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del artículo 77.1 LGT. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 LC se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta.

Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 LGT. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 LGT sea de aplicación sólo en algunos casos - aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad -para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

6. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cotes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-.

Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto período de tiempo -nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT que establece "lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento", y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la "legislación concursal vigente", lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal -para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria».

SÉPTIMO Por último cabría plantearse la propia naturaleza del artículo 77 LGT en cuanto recoge supuestos de garantías del crédito tributario y matiza y concreta las mismas en dos supuestos: el apartado primero en cuanto se trate de ejecuciones y el apartado segundo en cuanto se refiere a la fase de convenio del concurso. Difícilmente puede establecerse una conexión entre las garantías de la fase de convenio para los créditos tributarios y las que recoge para otros supuestos de ejecución, máxime si tenemos en cuenta que el concurso ya no es un procedimiento de «ejecución universal» sino un procedimiento destinado a la reordenación y mantenimiento de la empresa o a la ordenación del proceso liquidativo de la misma. La concepción de la administración tributaria en torno a la relación entre los dos apartados nunca podría partir de una «preferencia en el pago» pues es evidente que incluso dentro de esta preferencia deberíamos clasificar los mismos créditos tributarios, dentro de estos los que son contra la masa y los que son de la masa y concordar su aplicación con los créditos contra la masa en otros supuestos (artículo 84 LC) o los privilegiados especiales por dirigirse contra

determinados bienes que no pueden perder el derecho adquirido antes del concurso por el sólo hecho de cambio de fase -si aceptáramos la interpretación de la administración- de convenio a liquidación. Dicha interpretación llegaría a su límite si tenemos en cuenta que el artículo 77.1 LGT no distingue a qué créditos nos referimos dentro de los créditos tributarios pudiéndonos encontrar con el supuesto de recoger, dentro del concurso, créditos no comunicados por la Administración tributaria o créditos excluidos por otras razones de la masa pasiva del concurso. Dicha interpretación dejaría sin efecto cualquier posibilidad de que la Administración concursal propusiera un Plan de liquidación (art. 148 LC) o que se utilizaran las reglas supletorias de la norma concursal (arts 154 y ss. LC). Es evidente que las múltiples contradicciones -de las que hemos citado solo algunas- es argumento también importante para rechazar la petición. ”: S JM-1 Málaga 15.03.2006 (AC 2006\443)

“**SEGUNDO** Dado que la concursada ha optado por la liquidación, la Agencia Tributaria considera que el crédito de la Hacienda Pública ha de clasificarse conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley General Tributaria. De acuerdo con dicho precepto, la Hacienda Pública «tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública». Sólo en caso de «convenio concursal», de acuerdo con el apartado segundo, «los créditos tributarios a los que afecte el convenio» se sujetan a lo establecido en la Ley Concursal. Entiende la Agencia Tributaria que la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), por ser del mismo rango y de fecha posterior a la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), ha derogado, para el caso de liquidación, la calificación que para el crédito tributario establece esta última Ley, tesis que no se comparte. En efecto, debe recordarse, en primer lugar, que el artículo 89.2º de la Ley Concursal dispone «que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Si bien la norma no puede evitar que una Ley posterior rompa con el principio de unidad legislativa en la regulación de los privilegios, cualquier norma extraconcursal deberá interpretarse restrictivamente. Es decir, sólo si expresamente y de forma diáfana se añaden o suprimen privilegios que la Ley Concursal no contempla, habrá que estar a lo que Legislación Especial disponga. Por ello la interpretación a sensu contrario que postula la Agencia Tributaria no puede prosperar, máxime cuando el precepto admite interpretaciones distintas y la cuando solución que se propone no tiene encaje en los trámites de la Ley Concursal. En efecto, el apartado segundo, según la interpretación que defiende la Agencia Tributaria, limitaría la aplicación de la Ley Concursal a aquellos supuestos en que se abre la fase de convenio y éste afecta al crédito tributario; y sabido es que la Hacienda Pública, como acreedor privilegiado, tiene reconocido derecho de abstención, es decir, sólo queda vinculado por el convenio si vota a favor de la propuesta (artículo 123 de la Ley). Por tanto, la tesis de la impugnante, excluiría, de facto, la Ley Concursal, convirtiendo en excepción la regla general. Debe descartarse, en definitiva, que el artículo 77.2º regule el tratamiento del crédito tributario en cualquiera de las soluciones concursales -unas veces de forma expresa y otras inducida-; simplemente contempla el crédito tributario que pueda resultar afectado por un convenio concursal. Y en ese sentido debe interpretarse la norma.

TERCERO En segundo lugar, aun cuando la Ley General Tributaria es posterior a la Ley Concursal, su tramitación parlamentaria se solapó con la de esta Ley. Por tanto, difícilmente puede sostenerse que el mismo Legislador que descartó cualquier privilegio no contemplado en la Ley Concursal, atribuyera, al mismo tiempo, un trato singular al crédito tributario. En tercer lugar y como se ha indicado, no es posible, en el procedimiento concursal, reconocer y calificar los créditos distinguiendo según cual sea la evolución del propio proceso, ni muchos menos se puede reclasificar, no se sabe cómo, el crédito de la Hacienda Pública si finalmente el expediente se ve abocado a la liquidación. Por último, la interpretación que el artículo 77.2º de la Ley General Tributaria realiza la Agencia Tributaria entra en contradicción con la disposición adicional octava de la propia LGT, en cuya virtud «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento». En consecuencia, debe rechazarse que la prelación de créditos prevista en dicho precepto haya de prevalecer sobre la calificación realizada por la administración concursal de acuerdo con los criterios de la Ley Concursal. “:Sentencia JM-2 Barcelona 10.04.2006 (JUR 2006/147524)

3. Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren clasificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados.

Art. 89.3

“**SEGUNDO.-** Tal y como se desprende del art.86.1 LC corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de los acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, siendo susceptible dicha decisión de incidente concursal. A

través de este trámite se verifica o comprueba la legitimidad de los créditos que han de ser satisfechos en el mismo, tanto en beneficio del deudor como de los acreedores, puesto que el primero tiene interés en no satisfacer más de lo que realmente debe, mientras que los segundos tienen un afán evidente en que no participen en el concurso más créditos que los legítimos para no ver reducida injustificadamente su cuota de satisfacción y diluido su derecho de voto.

En el momento de abordar las cuestiones planteadas en el recurso, que suponen necesariamente una interpretación de los términos de la Ley Concursal, se ha de partir de dos consideraciones. La primera de ellas es que esta norma legal es la que regula de modo específico la materia. Así, y por lo que atañe a la Seguridad Social, el art. 22 de la Ley General de la Seguridad Social, según redacción dada por la Disposición Final 16ª de la Ley 22/2003, en caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Esto significa que cuando sea necesario integrar la norma a interpretar deberá acudir en primer lugar a lo dispuesto en la Ley Concursal, es decir, atender al propio sistema en el que se encuadra, consideración ésta que viene avalada en mayor grado en materia de clasificación de créditos, puesto que tal y como refiere expresamente la Exposición de Motivos en su apartado quinto "constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley".

En segundo lugar se ha de partir de la premisa de que constituye finalidad de la ley la de reducir drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, por lo que debe interpretarse restrictivamente toda aquella norma que por otorgar un privilegio venga a introducir un reparto desigual de los sacrificios y con ello a romper la "pars conditio creditorum" propia de toda situación concursal. En el apartado quinto de la Exposición de Motivos se pone de manifiesto, por una parte, que "Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general de concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas", así como que "esos privilegios (especiales o generales) se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía" y expresa su pretensión de "evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general en la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto, a la vez que se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio". Por tanto, la Ley parte de la consideración de la proporcionalidad o igualdad de los acreedores como la regla general, por lo que los tratamientos discriminados de los créditos deben ser estimados como excepciones (créditos con privilegio especial ¿art. 90 LC- y créditos con privilegio general ¿art. 91 LC-), constituyendo los arts. 90 y 91 LC un catálogo cerrado de créditos privilegiados. En este sentido, el art. 89 en su punto 2º establece en su inciso final que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en "esta ley".: SAP Guipúzcoa 17.10.2006 (Sección 2) (JUR 2007/103452)

Artículo 90. Créditos con privilegio especial.

1. Son créditos con privilegio especial:

- 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignoralados.

Art. 90.1.1º

1. Prenda sin desplazamiento inscrita tras la declaración de concurso: inexistencia de privilegio

"Otra cuestión distinta es la inscripción registral. En este sentido el art. 3 de la ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, es claro cuando indica:

"La escritura o la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro que por esta ley se establece.

La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoralicio de los derechos que, respectivamente, les concede esta ley.

La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca y de prenda, que se han de llevar en el Registro de la Propiedad, están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad".

Ello conduce a que la falta de inscripción en su momento de la prenda constituida, no pueda tener los efectos que prevé la ley, en concreto el cobro preferente que establece el art. 10, todo ello de conformidad con el art. 66 del mismo texto. Por tanto al no estar inscrita no tiene

efectos de realización preferente, y así lo reconoce la propia jurisprudencia cuando señala "hay que afirmar que el perfeccionamiento de la prenda sin desplazamiento como derecho real, no se produce hasta la fecha de su inscripción,... que ello se confirma por el carácter constitutivo que tiene la inscripción en la prenda sin desplazamiento, según lo dispuesto en el art. 3.0 de su Ley específica de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, que establece que tales derechos se constituirán en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro y que la falta de inscripción priva al acreedor de los derechos que le concede la Ley y únicamente, entonces, le faculta para perfeccionar dicha constitución, pero sin que exista como tal derecho real, hasta el momento mismo de ser inscrita por ese carácter constitutivo que tiene; añadiéndose...que como la prenda no se perfeccionó, sino desde la fecha en que tuvo acceso a los libros registrales (S.T.S. Sala 11 de 3 febrero 1993) y "equivaliendo la inscripción de la prenda al desplazamiento posesorio del título, no siendo oponible a terceros la constitución del gravamen hasta el momento en que haya sido practicada la correspondiente inscripción (S.A.P. Tarragona de 13 junio 2000).

Por tanto no se puede concluir otra cosa que no existe la garantía de prenda, y por tanto no tiene la condición de crédito con garantía especial que declara el art. 90-1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio Ley Concursal.

Y si la inscripción ha tenido acceso en fecha 10 de mayo de 2005 (doc. núm. 4 de la contestación incidental), no es sino desde esa fecha que tiene la condición de prenda sin desplazamiento, pero no lo puede tener en fecha de declaración de concurso el día 1 de diciembre de 2004, fecha como ya se ha dicho está referido el informe de los administradores.

Por tanto procede la modificación de la condición de acreedor privilegiado especial a acreedor ordinario.": Sentencia JM-1 Lleida 28.11.2005 (Incidente Concursal 41/2005)

2. Hipoteca inscrita tras la declaración de concurso, al amparo de asiento de presentación anterior vigente. Actuación diligente del acreedor. Admisión del privilegio

"Quinto.- Finalmente la actora incidental también impugna la calificación de LA CAIXA como acreedor privilegiado, ya que entiende que debería ser ordinario, ya que la hipoteca no está inscrita.

Efectivamente consta que la hipoteca sobre la finca de Sena no ha sido inscrita sino hasta el día 31 de marzo de 2005, por tanto mucho después de la declaración de concurso. Pero también es cierto que la hipoteca se formaliza en escritura pública de 10 de octubre de 2002, que inmediatamente después se inscribe en las demás fincas afectadas, y sólo es sobre la finca de Sena que la escritura tiene acceso al libro de presentación, sin llegar a practicar la inscripción, no por defecto de la misma, sino porque el deudor no tiene realizada la declaración de obra nueva existente en dicha finca rústica. Se suspende el despacho del documento por el Registrador de Sariñena, el 13 de marzo de 2004, -antes por tanto de la declaración de concurso-, se mantiene la suspensión en fecha 6 de octubre de 2004, -antes del concurso- y finalmente se admite la inscripción con fecha 31 de marzo de 2005, -después del concurso- cuando finalmente se subsana el defecto de la falta de la inscripción de la obra nueva realizada por la propia deudora (ver documentación acompañada con la contestación a la demanda incidental). Por tanto, es cierto que no hay inscripción registra) de la hipoteca, pero no por causa imputable al acreedor - más bien lo sería del propio deudor-, razón por la que en el momento de esta sentencia la inscripción es correcta, y la gestión de la acreedora para su acceso al Registro de la Propiedad antes de la declaración de concurso acreditada. No parece ni ajustado a derecho ni razonable, que ahora se pretenda un claro perjuicio a un acreedor que ha actuado diligentemente, precisamente por una inactividad del propio deudor. No hay duda que en caso de haber sido calificado así el crédito de La Caixa, ésta hubiera impugnado y se le hubiera tenido que dar la razón, al estar ahora inscrita. La situación es muy distinta a la prenda sin desplazamiento antes comentada, ya que ésta no tiene entrada al Registro Mercantil ni en el asiento de presentación, sino después de la declaración de concurso, cuando la hipoteca sí tiene la presentación antes de la declaración de concurso.": Sentencia JM-1 Lleida 28.11.2005 (Incidente Concursal 41/2005)

- 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.
- 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

Art. 90.1.3º

1. Crédito refaccionario no anotado en el Registro: no es privilegiado (art. 90.2)

“PRIMERO Versa el presente incidente impugnatorio en la pretensión hecha valer por la demandante «Sodicarsa, S.A». de obtener la clasificación del crédito de su titularidad como revestido del privilegio especial refaccionario previsto en el ordinal 3º art. 90-1 LC, privilegio que se reclama sobre el local de 104,50 metros cuadrados, propiedad de la concursada Centro Asturiano de la Habana en Gijón y en el que se ejecutaron por la demandante obras de demolición, albañilería, solados, revestimientos, instalación de fontanería, instalación eléctrica con cuadros de mando control, instalación de climatización, carpintería, pintura, decoración y rótulos. La primera consideración que habremos de realizar es la de recordar que la clasificación de créditos contenida en los arts. 1921 a 1925 CC queda ubicada extramuros de la regulación concursal y por ello limitado su ámbito de aplicación a las ejecuciones singulares y a los conflictos de preferencia que de ellas se puedan derivar, pero no a las ejecuciones colectivas propias del procedimiento concursal como el que nos ocupa, y ello no solo por aplicación de la norma general contenida en el párrafo segundo del art. 1921 CC al disponer que «en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido la Ley Concursal», sino por la norma especial prevista en el art. 89-2 LC por la cual «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocida en esta Ley» con lo que excluye la aplicación de cualquier previsión al respecto contenida en Leyes extrañas a ésta. Sentado lo anterior, ello no obsta para que, dado que la Ley Concursal no define qué deba entenderse por crédito refaccionario, debamos ineludiblemente acudir al concepto utilizado por el CC en el art. 1923-3º y 5º y a la interpretación amplia que de tal figura resulta aceptada por la jurisprudencia tradicional (por todas, la STS 21 julio 2000 [RJ 2000, 5499] invocada por la administración concursal en su contestación) comprensivo no necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble. Ahora bien, cuando la Ley Concursal concede en su art. 90 a los créditos de tal naturaleza el goce del privilegio especial les viene a dotar de una suerte de reipersecutoriedad semejante a la que resulta inherente a las garantías reales también recogidas en dicha norma. Es por ello que, aún estando fundada la protección de este crédito refaccionario en razones distintas de las que amparan a las garantías reales -tutela del mérito de quien contribuye con su esfuerzo a aumentar el valor de la cosa refaccionada en el primero de los casos frente al reforzamiento del crédito que supone la constitución de la garantía real- ambos, privilegio y garantía real, deben compartir la misma exigencia de publicidad que sirva para informar a los terceros acerca de las cargas que pesan sobre el activo del deudor. En este sentido es como debe interpretarse el apartado 2 del art. 90 L.C. al disponer que para que el crédito refaccionario, a excepción del que asiste a los trabajadores, pueda ser clasificado con privilegio especial «la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros», lo que viene a exigir la práctica de la anotación preventiva del respectivo derecho en el Registro de la Propiedad (art. 42-8 LH) con la atribución de los efectos propios de una hipoteca (art. 59 LH) que además de facilitar la necesaria publicidad registral posibilite su oponibilidad erga omnes, requisitos que al no aparecer formalizados en el caso presente conducen a rechazar la pretensión de la demandante.”: Sentencia JM-1 Asturias (Oviedo) 17.02.2006 (AC 2006/156)

“El art. 96 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que podrá impugnarse la cuantía y calificación de los créditos que la administración concursal haya reconocido en su informe. La demandante lo hace por ambos conceptos, calificación y exclusión, con fundamento en varias tesis, la primera de las cuales es la naturaleza de crédito refaccionario de su crédito, que trae consigo la calificación del mismo como privilegiado del art. 90.2 LC.

Las partes admiten que el crédito proviene de una sentencia, hoy recurrida ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictada el 3 de enero de 2005 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Bilbao, a instancia de la demandante, en la que se condena Castillo de Butron SA a reintegrar a la Sindicatura de la Quiebra de Estudios Arriaga SA la cantidad de 1974.105,43 euros, más sus intereses, condenando igualmente al abono de las costas.

Las partes demandadas no han negado el carácter refaccionario del crédito del actor, pues aunque parezca en su contestación que se disponen a hacerlo, se centran exclusivamente en el cumplimiento del requisito de inscripción registral, que exige el art. 90.2 LC, y en la inaplicabilidad del art. 1923.5 del Código Civil (CC), que el actor sostiene desenvuelve eficacia.

El concepto de crédito refaccionario ha sido entendido por la jurisprudencia en un sentido amplio. Así la STS de 21 de julio de 2000, (RJ 2000, 5499) dice en su Fundamento Jurídico 2º que «en la jurisprudencia y en la doctrina científica domina hoy un concepto amplio de crédito refaccionario, en cuanto no limitado ya en su origen, como entendía la doctrina tradicional, a un préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio, sino comprensivo de todo crédito causalmente conectado con obras de reparación, construcción o mejora de bienes». En el mismo sentido, la STS de 21 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3552).

Hay pues crédito refaccionario, pues de la sentencia se deriva que fueron cantidades anticipadas por el acreedor quebrado para la construcción, conservación o reparación de la cosas, incluidos los gastos de construcción, suministros, etc. El crédito que se reintegra es consecuencia de la inversión realizada por la quebrada para rehabilitar el Castillo de Butrón y permitir su explotación turística y comercial.

A partir de esta consideración del crédito como refaccionario, que nadie ha discutido y que deriva de la sentencia cuya copia se acompaña con la demanda, ha de analizarse si el comunicado por el demandante Ilena, como sostiene, los requisitos que exige el art. 90 LC para considerarlo como crédito privilegiado.

En el art. 90.1.3º LC se considera crédito con privilegio especial «los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados». A continuación el art. 90, en su apartado 2, establece que «para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respetiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros...».

Esa remisión lo es a la legislación hipotecaria. Así, el art. 59 de la Ley Hipotecaria (LH) dispone que el acreedor refaccionario podrá exigir anotación sobre la finca refaccionada por las cantidades que, de una vez o sucesivamente, anticipare. La anotación surtirá, según el precepto, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca. En idéntico sentido el art. 155 del Reglamento Hipotecario (RH).

El crédito está reconocido que no se inscribió, por lo que la administración concursal y la concursada sostienen que no cumple los requisitos del art. 90.2 y no puede tener la consideración de crédito con privilegio especial.

Admitiendo todo eso el demandante sostiene que es de aplicación el art. 1923 del Código Civil, cuyo apartado 5 establece que, con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia los créditos refaccionarios, no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los números anteriores del precepto.

Como en el número 3 del art. 1923 se incluyen los créditos refaccionarios debidamente anotados e inscritos, concluye el actor que la falta de inscripción no hace perder al crédito su carácter privilegiado, sino que sólo afecta a su rango, que pospone a los anteriores del mismo artículo.

Tal argumento, sin embargo, desconoce el principio de especialidad que caracteriza a la Ley Concursal. En situación concursal, la norma especial es la contenida por la citada Ley, y en consecuencia, prepondera la regulación de dos mil tres a la del Código Civil. Hay una norma específica en la Ley Concursal para los créditos refaccionarios, por lo que no hay razón para acudir a la general del Código Civil.

De hecho, la Ley Concursal modifica el Código Civil en su Disposición Final 1ª, y lo hace para añadir al art. 1921 CC, situado en el mismo capítulo que el esgrimido por el actor, un nuevo párrafo segundo, que dispone «en caso de concurso, la clasificación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal».

En definitiva, cuando el Capítulo II, «De la clasificación de créditos», del Título XVII, «De la Concurrencia y Prelación de créditos» del Libro IV del Código Civil, establece que «los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen» (art. 1921), disciplinando a continuación respecto a muebles el art. 1922, para determinados inmuebles el art. 1923 y respecto a los demás muebles e inmuebles el art. 1924, se disponen unas reglas que la Ley Concursal deroga para los supuestos de concurso, pues la inclusión de la excepción en el segundo nuevo párrafo del art. 1921 CC deja bien a las claras que se ha pretendido la preponderancia de la normativa concursal respecto a la general en tales casos.

Esa interpretación además es la seguida por la mayoría de la doctrina, que ha sido citada por las partes demandadas, de suerte que este aspecto de la demanda, que pretendía la calificación del crédito como privilegio especial debe ser desestimada.": Sentencia JM-1 Vizcaya (Bilbao) 14.02.2006 (AC 2006\178)

2. Instalación de bienes muebles no refaccionados. Inexistencia de refacción inmobiliaria

“SEGUNDO Por lo que respecta al privilegio especial también reclamado por la actora en relación con el crédito a su favor dimanante de la adquisición e instalación por parte de Sodcarsa y para el local destinado a bar-cafetería del Centro Asturiano de la Habana en Gijón «del mobiliario, maquinaria y enseres precisos para proceder a la explotación negocio proyectado como bar-cafetería» tal y como dispone la estipulación segunda del contrato firmado entre ambas partes el 24 julio 2000, debe excluirse primeramente su consideración como refacción mobiliaria desde el momento en que tales bienes muebles no han sido objeto de labor de obra o reparación sobre ellos, sin que podamos estimar la presencia de ningún otro privilegio especial mobiliario pues tampoco consta que sobre tales bienes pese un derecho de prenda o de retención posesoria. La única posibilidad restante sería la de apreciar una refacción inmobiliaria en el caso de reputar tales bienes como «inmuebles por destino» o «pertenencias» en aplicación del art. 334-5º CC, y aún cuando bastaría para desestimar tal pretensión con señalar que en este caso también le resultaría de aplicación los requisitos constitutivos del privilegio especial arriba señalados, cabe además añadir que la misma configuración como refacción inmobiliaria fue ya examinada con detalle por la citada STS 21 julio 2000 (RJ 2000, 5499) con el resultado de descartar que la sola aplicación del art. 334-5 CC pueda bastar por sí sola para que el crédito derivado de la venta y montaje de la maquinaria tenga que calificarse de refaccionario, pues tales máquinas tienen en nuestro derecho un régimen generalmente diferenciado al del edificio en que se realiza la industria a que aquéllas se destinan (arts. 111-1 Ley Hipotecaria, art. 12-4 Ley Hipoteca Mobiliaria), a lo que se une que su calificación en el art. 334-5 CC como «inmuebles por destino» no altera su naturaleza de bienes muebles (STS 25 febrero 1992 [RJ 1992, 1549]), y así se puede quebrar esa unidad de destino mediante el embargo de los muebles aisladamente del inmueble o mediante la hipoteca de este último que no se extenderá a aquéllos salvo pacto expreso, y finalmente que su origen resulta del todo ajeno a cualquier tipo de «obra» o, como en la segunda acepción de «refaccionario» en el Diccionario de la Lengua Española, de «dinero invertido en fabricar o reparar una cosa». ”:Sentencia JM-1 Asturias (Oviedo) 17.02.2006 (AC 2006\156)

- 4.º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

Art. 90.1.4º

1. Créditos por cuotas de arrendamiento financiero

1.1 El leasing es privilegiado aunque no esté inscrito

“PRIMERO.- La oponibilidad erga omnes del contrato de leasing ya se venía discutiendo en la doctrina especialmente en relación a las tercerías de dominio. Tras la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles su art. 5 expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los arrendamientos financieros. No obstante la disposición adicional primera dio acceso al Registro de ventas a plazos a los contratos de arrendamiento financiero sobre bienes muebles corporales, no consumibles e identificables. En la propia Exposición de Motivos de la Ley se señala lo siguiente: “... se prevé, asimismo, la inscripción del arrendamiento financiero, haciendo constar si especial y propia naturaleza jurídica, distinta de la compraventa a plazos”. Según PARRA LOCAN (Comentario a la STS de 1 de febrero de 1999. CCJC 50, pg. 832) la inscripción del arrendamiento financiero en una sección especial del Registro de ventas a plazos (Registro de Bienes Muebles) no determina la aplicabilidad a estos contratos del régimen de la Ley de ventas a plazos. Al preguntarse por la eficacia de la inscripción menciona dicha autora la disposición adicional primera, apartado 3 de la Ley 28/1998 que permite acudir al procedimiento judicial sumario de recuperación del bien tanto si el contrato está documentado en in título ejecutivo como si esta inscrito en el Registro. Tras la reforma operada por la disposición adicional séptima de la Ley 1/2000 el arrendador financiero podrá reclamar del tribunal la recuperación de los bienes cedidos en arrendamiento financiero siempre que el contrato conste en alguno de los documentos a que se refieren los números 4 y 5 del apartado segundo del art. 517 LEC o que se haya inscrito en el Registro y formalizado en el modelo oficial. Concluye PARRA LUCAN afirmando que, dada la distinta naturaleza del contrato de arrendamiento financiero y de la compraventa a plazos y en ausencia de una regla

semejante a la que establece el artículo 15 de la Ley 28/1998 para la compraventa a plazos, el arrendador conserva la propiedad de los bienes al margen de que se haya llevado a cabo o no la inscripción, de manera que prosperaría la tercera interpuesta por la entidad que acredite la cesión del uso del bien en virtud del leasing.

En contra del criterio expuesto se manifiesta UREÑA MARTÍNEZ, M. (Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1999, CCJC 53, pg. 577) que se basa en que la oponibilidad del contrato de arrendamiento financiero no inscrito supone la derogación de normas que rigen en nuestro Derecho privado -como la relativa a la publicidad registral en aquellos casos en que la propiedad actúa a los meros efectos de garantizar el crédito- y pone en peligro la seguridad del tráfico jurídico porque dependiendo de la calificación jurídica del contrato se levantará o no la traba. En conclusión, el arrendamiento financiero no inscrito no es título suficiente para una tercera de dominio. No obstante destaca dicha autora que la única solución a esta controversia es que el legislador se decida de una vez por todas a regular esta realidad jurídico-social a través de su articulación en un texto legal y no a través de disposiciones adicionales. Considera que debería exigirse para el leasing la misma publicidad registral que para las ventas a plazo con pacto de reserva de dominio, ya que hasta que una ley no lo requiera expresamente - y no a modo de mera posibilidad como establece la disposición adicional primera LVP 1.998 - seguirán planteándose tercerías de dominio desestimándose o no en función de la naturaleza jurídica del contrato (leasing o compraventa a plazos).

Con relación a lo dispuesto en el art. 90.1.4º de la Ley Concursal señala CORDERO LOBATO, E. (Comentarios a la Ley Concursal, coor. R. Bercovitz) que el legislador no ha definido ni el modelo ni los requisitos de publicidad para la creación de este derecho y que el único derecho que debería reconocerse a la sociedad de leasing es el de separación, nunca un privilegio especial, pues se tratará de un privilegio sobre cosa propia del acreedor. Sostiene que para que el privilegio pueda ser opuesto a los demás acreedores el contrato habrá de estar inscrito en el Registro de bienes muebles (leasing mobiliario) o en el Registro de la Propiedad (leasing inmobiliario).

Expuestos los anteriores criterios hemos de inclinarnos por el primero de ellos, por entender que no es asimilable el régimen jurídico del leasing y de los contratos de ventas a plazos y por no existir una regla semejante en el leasing a la que establece el art. 15 de la Ley 28/1998, lo que supone que el arrendador financiero conserva la propiedad de los bienes con independencia de que se hubiera o no practicado la inscripción. También llegamos a la misma conclusión sobre la oponibilidad a tercero del contrato de arrendamiento financiero atendiendo a las resoluciones del Tribunal Supremo en relación a las tercerías de dominio (SSTS de 15 de junio y 26 de noviembre de 1999, entre otras). Procede en consecuencia estimar la impugnación en este aspecto de forma que debe reconocerse el privilegio de la sociedad de leasing sin necesidad de inscripción.": Sentencia JM-3 Madrid 24.06.2005 (Concurso 21/2004)

"Una cuestión soslayada es la exigencia de inscripción del contrato de arrendamiento financiero de la Sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles para gozar del privilegio de art. 90.1.4º LECO.

En principio, no hay alegaciones de parte o administración concursal sobre este extremo, asumiendo todos que el privilegio especial procede, como consta en el Informe.

La redacción del 90.1.4º permite que en algunos comentarios se requiera para la preferencia la inscripción, por cuanto que precise siempre condición resolutoria expresa, considerando que la legislación específica a que llama el art. 90.2 LECO, y en coherencia con un sistema de publicidad para el derecho real sobre bienes corporales, cuando la posesión corresponde siempre al concursado, es de oponibilidad mediante asiento registral, por analogía con lo dispuesto para la reivindicación asimilada a ejecución de garantías reales de art. 56.1.pfo.2º LECO.

En la opinión del juzgador, debe estarse por la exégesis negativa a requerir otra condición que la fehaciencia -en el caso, desde póliza autorizada por Notario, y liquidación ejecutiva ante el mismo- (las reservas de dominio son oponibles siempre que exista fecha cierta, por ejemplo, STS de 23 de febrero de 1995), rechazando una mixtificación con la venta a plazos de bienes muebles, que sí contempla en su legislación específica ex art. 90.2 LECO la exigencia de registración para la oponibilidad de la reserva de dominio o prohibición de disponer en art. 15.1 LVPBM.": Sentencia JM-2 Bilbao 07.11.2006

1.2 Caso de contrato no resuelto: sólo procede incluir como privilegiado el importe de las cuotas (recuperación de coste + intereses) vencidas a fecha declaración del concurso, pero no las cuotas no vencidas ni otros créditos derivados del contrato (intereses moratorios, cláusulas penales, etc)

“PRIMERO.- En cuanto al fondo del asunto se ha de coincidir en parte con las reflexiones contenidas en el escrito de la Administración Concursal, siendo de destacar la doctrina mantenida por este mismo Juzgado en resoluciones anteriores, entre ellas la sentencia nº 174/06 de 8 de septiembre de de 2006, en cuyo Fundamento de Derecho PRIMERO se indica lo siguiente:

"...En el acto de la vista ya se puso de manifiesto a las partes la inidoneidad del presente incidente de impugnación, del informe de la administración concursal, para reclamar los plazos no vencidos del contrato que ahora se pretende, cuando lo procedente hubiera sido hacer uso de la facultad concedida al acreedor en el artículo 61 de la Ley Concursal, y esto por las siguientes razones.

El privilegio derivado del contrato de arrendamiento financiero, previsto en el artículo 90.4 de la Ley Concursal, tan sólo beneficia a los créditos vencidos por plazos impagados que correspondan al arrendador financiero. Se excluye así que el privilegio pueda beneficiar a los plazos no vencidos del contrato, o a otros créditos derivados del contrato, como las cláusulas penales o indemnizaciones por incumplimiento del contrato.

Tampoco los intereses correspondientes a las cuotas debidas gozan del privilegio, ya que la excepción a la regla de subordinación de los créditos por intereses (art. 92-3. °) se refiere tan sólo a los créditos con garantía real, a los que no puede asimilarse el arrendamiento financiero, ya que en este último contrato los «intereses», en tanto que rendimiento financiero de un capital, se encuentran ya integrados en las cuotas que el arrendatario ha de satisfacer, y la totalidad de las cuotas vence al producirse el incumplimiento del arrendatario.

Precisamente, es sobre el crédito que ahora se reclama, como si fuera todo él un crédito concursal, sobre el que hay que hacer serias objeciones, y todas ellas pasan por echar en falta algo que es fundamental según resulta de la propia reclamación, y es que la demanda se justificaría sobre la base de una supuesta resolución del contrato de financiación, resolución que ni se ha pedido previamente, ni por supuesto ha sido declarada por el Juzgado, lo que es de esencia para reclamar lo que ahora se pretende. Según el artículo 61 de la Ley Concursal, cualquiera que sea el motivo que se sostenga, la resolución tiene que ser declarada por el Juez del Concurso. No cabe una resolución meramente convencional, ni por supuesto unilateral, sino que el eventual acuerdo de las partes tiene que ser homologado por el Juzgado. Si este acuerdo no existiera, cualquiera de las partes queda libre para pedir la resolución a través del incidente concursal, formulando la correspondiente demanda, que de ser estimada se declarará la resolución del contrato en la misma sentencia que ponga fin al incidente concursal.

Por ello, en las presentes actuaciones no cabe que se reclame la cantidad total del arrendamiento, como si hubiera habido una previa resolución del contrato, cuando esa resolución ni siquiera ha sido pedida por quien se hubiera beneficiado de ella, el ahora demandante. Y si no se ha pedido previamente la resolución, no se puede declarar en este incidente de impugnación, que versa exclusivamente sobre el informe de la administración concursal. Lo cual no es óbice para que se puedan reclamar, eso sí, las mensualidades que tengan la condición de créditos contra la masa, esto es, las devengadas y no satisfechas después del informe de la administración concursal...."

Por lo demás, no estoy de acuerdo con la interpretación dada por la Administración concursal acerca de que, a los efectos de computar el importe de los créditos vencidos, sólo haya de tenerse en cuenta la recuperación del coste (capital) sin tener en cuenta los intereses remuneratorios vencidos, cuando es lo cierto que el artículo 90.4° de la Ley Concursal habla de cuotas de arrendamiento financiero, que están integradas por la parte pactada de recuperación del coste más la parte correspondiente a los intereses remuneratorios pactados, y ambos conceptos forman parte de la cuota, que si estaba vencida al momento de la declaración del concurso debe calificarse como crédito con privilegio especial; todo ello en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.”: Sentencia JM-2 Valencia 29.11.2006 (Incidente Concursal 681/2006)

1.3 Caso de contrato resuelto unilateralmente con consentimiento tácito de la AC

“QUINTO.- En cuanto a la queja del otro acreedor impugnante, BSCH, partiendo de los hechos probados, resulta que produjo una resolución unilateral del contrato con base en una estipulación contractual de vencimiento anticipado cuando ya llevaba catorce días declarado el concurso de la arrendataria financiera, Talleres Hocier S.L., a lo que la administración concursal no objeta, más que en el

sentido de que, si en la lista de acreedores sólo acogió crédito concursal por tres cuotas vencidas con anterioridad a la declaración concursal que le constaban impagadas, con privilegio especial de art. 90.1.4º LECO, ahora admite todo el monto de la liquidación del contrato, aunque considera subordinados 11.480,57 euros, 11.674,74 que son indemnización calculada con arreglo al contrato, y 165,83 euros intereses de demora. Conviene, por encima de atender a las posturas del incidente, ahondar en la inteligencia del problema.

Tomando en cuenta lo que hay normado fuera del concurso sobre el contrato de "leasing" y contemplándolo a la luz de arts. 56 y 57/60 y 61/80/90.1.4º/154 y 155 LECO, la conclusión es que no se clarifica especialmente en el procedimiento por insolvencia la naturaleza de este contrato, nominado pero atípico, y al final, que conserva una alternativa que ya tiene extramuros de aquél, en el procedimiento singular, cuando se produce un incumplimiento por el arrendatario concursado. El arrendador financiero puede recuperar de la masa en bien dado en "leasing", o bien "resignar" el derecho de propiedad en la masa, asumiendo la opción de compra del deudor, con un cobro privilegiado especial sobre el bien del crédito. De suyo, es una opción que puede modificar la cuantía y clasificación del crédito del arrendador financiero en la lista de acreedores, al cambiar su signo, con la traducción concursal de las tres acciones con que, en el dicho supuesto, puede proteger su posición jurídica el arrendador financiero, a saber, la resolutoria, sujeta al régimen de arts. 61 y 62 (1º); la de cumplimiento, dentro del sistema de créditos contra la masa de art. 154, y respecto de los concursales con el privilegio de art. 90.1.4º -por identificación a la venta a plazos con reserva de dominio o prohibición de disponer, en que si existe tal privilegio en art. 16.5.pfo.1o LVPBM en la ejecución singular-, y su vía de liquidación anticipada de art. 155 LECO (2º); y en fin, la acción especial sumaria recuperatoria del bien arrendado -contemplada en Disposición Adicional primera.3 LVPBM en relación art. 250.1.11a LEC, semejante a la de art. 16.3.d) y 250.1.10º y 11º LEC-, la cual debe armonizarse con el derecho de separación de art. 80, y el "enfriamiento" ejecutivo de arts. 56 y 57, siempre sometido al éxito de la resolutoria.

Para la explicación economicista, o si se quiere utilitarista, del arrendamiento financiero de cara a los textos del Informe, el derecho de uso con opción de compra que supone el arrendamiento financiero es un Activo Inmaterial (cta. 217) por el precio del bien, que se amortiza como cualquier inmovilizado, contra la cuenta de Acreedores por las cuotas de devolución del valor del bien más la opción de compra, siendo la carga financiera gasto a distribuir en varios ejercicios. Y ello vale para el caso de que se haya optado por el cumplimiento, como hasta que, por cualquier razón, no se haya recuperado el bien dado en "leasing". Por tanto, en el inventario se debe hacer constar el valor del derecho de uso con opción de compra de efectos reales, contra el crédito de arrendador (como éste tendrá en su patrimonio el derecho de propiedad sin facultades de uso, y la garantía de la acción de recuperación, sumado al crédito frente al usuario). Lógicamente, la hipótesis de resolutoria con recuperación del bien, supondrá la modificación del inventario y la lista de acreedores.

Para la explicación técnico jurídica, el contrato de "leasing" es un mestizaje de origen anglosajón entre el arrendamiento, pero sin deber de reparación y saneamiento de vicios (art. 1.554 CCiv), y subrogando al arrendatario en las acciones del comprador frente al proveedor, y algunos rasgos del préstamo garantizado con titularidad fiduciaria, y otros de la compraventa a plazos con reserva de dominio. En cualquier caso, la compraventa previa ligada al arrendamiento financiero comporta una efectiva transmisión de la propiedad en favor del arrendador financiero, de manera que los derechos y obligaciones inherentes al dominio se colocan en el dueño-arrendador, por ejemplo, la inscripción registral, y de manera que no existan prohibiciones de disponer en favor del usuario, ya que no adquiere dominio.

El fenómeno aparece en nuestra regulación con arraigo en la naturaleza del arrendador financiero (a), que debe ser empresa especializada en la concertación de contratos de esta naturaleza con las debidas autorizaciones impuestas por el ordenamiento jurídico fiscal y mercantil; del arrendatario financiero (b), que debe ser persona dedicada a la realización de actividades empresariales, agrícolas, industriales, profesionales o de servicios; del bien objeto del contrato (c), que tiene que aplicarse a finalidades de esta naturaleza empresarial o profesional, y no en fines privados; y en fin, en el reconocimiento de una opción de compra en favor del arrendatario financiero (d), susceptible de ser ejercitada al término del contrato, o dentro de un plazo específico previo, por un precio equivalente a su valor residual, con lo cual debe darse una adecuación al grado de amortización decreciente del bien o bienes objeto del contrato, dadas sus características y tiempo del uso.

Partiendo de que el contrato sea genuino arrendamiento financiero, relativo a lo que en este asunto no hay debate, surgen para el arrendador financiero tres órdenes de obligaciones: 1) Adquirir el bien indicado -"traditio"-; 2) Ceder el uso con opción de

compra; 3) Garantizar un uso pacífico en términos de tutela extremadamente restringida. Y las correlativas que surgen desde el sinalagma genético para el arrendatario son otras cuatro: 1) Recibir y afectar el bien; 2) Abonar las cuotas -precio-; 3) Usar correctamente el bien -sin reparaciones a cargo del dueño-; 4) Eventualmente devolver el bien

El art. 62.2 LECO impone que la acción resolutoria por incumplimiento de estos contratos bilaterales de tracto sucesivo, sin alterarse en principio por la declaración del concurso, y ya sea el incumplimiento anterior o posterior, se ejerza ante el Juez del concurso, a través de incidente concursal, por lo que no cabe resolución "ipso iure" por una condición resolutoria expresa de incumplimiento.

Y cuando se ejerciera la acción resolutoria ante el Juez del concurso por el arrendador financiero ex 1.124 CCiv, supondría su éxito la devolución del bien, quedando el dueño con las cuotas percibidas, y teniendo derecho al pago de las cuotas vencidas impagadas (extinción "ex nunc"), más una indemnización de daños y perjuicios. La cuotas posteriores se extinguirían como deuda del arrendatario financiero, y las que hubieran impagado antes de la declaración del concurso serían crédito concursal, mientras que las posteriores, más la indemnización, con cargo a la masa, por lo menos en la interpretación de art. 62.4 LECO de estos Juzgados. Ya así, habría lugar a la separación del bien, al venir extinto el derecho de uso por decisión judicial (ello se induce de STS de 9 de abril de 2001, dictada para una suspensión de pagos). Si se hubiera ejercido la resolución, y decidido judicialmente, a la apertura de la liquidación -lo mismo que si hubiera una acción recuperatoria "enfriada" la acción en pieza separada, que se "desenfriara" por el paso del año- el bien dado en "leasing" saldría de la masa, quedando el pago del crédito concursal como ordinario, y en todo caso, habría que predeucir como créditos contra la masa las cuotas postconcursoales y la indemnización de daños y perjuicios señalada.

Por consiguiente, ineficaz una resolución unilateral de contrato, y ausente la reivindicación de la cosa, es correcto que en la lista de acreedores aparezcan las cuotas vencidas impagadas como créditos concursales, sin perjuicio de que las cuotas devengadas desde mayo a la actualidad son créditos contra la masa pendientes de pago. Si no se ejerció la resolución, o no se decidió judicialmente, como no se inició tampoco una acción recuperatoria, otro panorama sería el cumplimiento, a través del sistema de "redención" de bienes gravados con créditos dotados de privilegio especial de art. 155.2 LECO, a instancia de la administración concursal, que tampoco ha ocurrido. Sencillamente el arrendador financiero ha confiado en una amortización anticipada del precio del contrato, resignando el bien en la masa, de manera que consolida ésta todo su valor, pero sobre el que pretende se aplique el privilegio especial para el crédito concursal de la amortización liquidada.

Ello no es propiamente resolución contractual, sino cumplimiento anticipado de la opción de compra por el arrendatario financiero, con la aplicación de una indemnización *pacticia*, simultánea al surgimiento del procedimiento concursal.

Ahora bien, hay que asumir que para lo mismo existe una conformidad de la administración concursal, interviniendo la voluntad del concursado. Por un lado, la escasa distancia temporal entre la publicidad de la declaración del concurso y la amortización anticipada practicada, pudo inducir a pensar en un mutuo disenso cerrado en las condiciones de tal antes de la apertura del procedimiento concursal.

Por otro, el mismo régimen concursal para supuestos de infracción de contratos de tracto sucesivo, mueve a entender que es viable y vinculante la transacción sobre resolución del contrato basada en incumplimiento del concursado que cuenta con la aquiescencia de la administración concursal. El citado régimen consiste en que la administración concursal pueda promover la resolución contractual por conveniencia para el interés del concurso (art. 61.2 LECO), con un trámite que prevé el prioritario acuerdo en comparecencia judicial, o por el contrario, que pueda la misma resistirse a que se decrete judicialmente la resolución por incumplimiento precisamente por interés del concurso (art. 62.3 LECO), y obvio resulta, pues, que también pueda no hacerlo.

Por lo tanto, ponderando la administración concursal una "liquidación" del contrato como la propuesta desde un inicio por BSCH, en lo que habrá valorado en valor en cambio del bien dado en "leasing", la proporción relativa del precio amortizado de la misma para cuando se produce, el monto de la indemnización que se reconoce, etc., ha asumido el crédito concursal que se reclama, y como tal se tendrá.

SEXTO.- Queda el tema de la graduación del crédito del BSCH.- Una cuestión soslayada es la exigencia de inscripción del contrato de arrendamiento financiero de la Sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles para gozar del privilegio de art. 90.1.4° LECO.

En principio, no hay alegaciones de parte o administración concursal sobre este extremo, asumiendo todos que el privilegio especial procede, como

consta en el Informe.

La redacción del 90.1.4° permite que en algunos comentarios se requiera para la preferencia la inscripción, por cuanto que precise siempre condición resolutoria expresa, considerando que la legislación específica a que llama el art. 90.2 LECO, y en coherencia con un sistema de publicidad para el derecho real sobre bienes corporales, cuando la posesión corresponde siempre al concursado, es de oponibilidad mediante asiento registral, por analogía con lo dispuesto para la reivindicación asimilada a ejecución de garantías reales de art. 56.1.pfo.2° LECO.

En la opinión del juzgador, debe estarse por la exégesis negativa a requerir otra condición que la fehaciencia -en el caso, desde póliza autorizada por Notario, y liquidación ejecutiva ante el mismo- (las reservas de dominio son oponibles siempre que exista fecha cierta, por ejemplo, STS de 23 de febrero de 1995), rechazando una mixtificación con la venta a plazos de bienes muebles, que sí contempla en su legislación específica ex art. 90.2 LECO la exigencia de registración para la oponibilidad de la reserva de dominio o prohibición de disponer en art. 15.1 LVPBM.

Por otra parte, los intereses moratorios preconcursales son subordinados de art. 92.3° LECO, sin vacilación.

En cambio, no se haya planteado cuestión acerca de los intereses ordinarios integrados en las cuotas, en tanto que no se reputa el crédito con garantía real (véase la SJM Oviedo de 14 de junio de 2005).

Opino que la carga financiera es la repercusión, que debe ser estable o creciente, por el momento en que se recupera el valor en cambio del bien cedido para su uso por el que lo cede, y no explicaría la posibilidad de asumir el crédito con privilegio especial por opción de la administración concursal de art. 155.2 LECO, si se reputaran subordinados y ajenos a las cuotas. En cualquier caso, la exclusión de intereses de las cuotas posteriores al concurso y degradación de los anteriores, no es algo planteado, ni calculado en esta impugnación, y sería incongruente desarrollar una tesis sobre unas bases de hecho no planteadas.

En lo que no se comparte la tesis de la contestación a la demanda de la administración concursal es en punto a la subordinación de la indemnización de daños y perjuicios pactada en el contrato. Se pudo haber optado por la resolución contractual desde art. 61.2.pfo.2° LECO, o haber negociado la amortización anticipada en otros términos, pero no puede admitirse que, conformándose con la que se comunicó por el BSCH, se califique la indemnización como una sanción, dado que se trata de resarcir a una parte contratante por una extinción fundada en el incumplimiento. La cláusula penal tiene expresamente dicha catalogación contractual. Si se hubiera decidido en incidente concursal sobre la resolución, la sentencia hubiera fijado los parámetros del daño, sin perfiles punitivos, pero con devolución de la cosa. Si nada se hubiera acordado, las cuotas devengadas desde la apertura del concurso serían créditos contra la masa. Pero siendo una suerte de acuerdo presunto extrajudicial el que se ratifica, no puede sostenerse, ni que tiene otra naturaleza distinta a la indemnizatoria, ni que debe ser de una cantidad u otra.

Por supuesto, el privilegio abarca las cuotas adeudadas en exclusiva, que ascienden a 24.987,99 euros, y el resto del crédito no subordinado, será ordinario conforme art. 89.3 LECO -incluidos los intereses ordinarios incorporados al precio-: Sentencia JM-2 Bilbao 07.11.2006

2. Contratos de renting. Inaplicabilidad del privilegio propio del leasing. Tratamiento concursal

“Partiendo de lo establecido en el fundamento anterior deben examinarse qué contratos unen a la mercantil Bansalease con Red Elite. En el escrito de impugnación se indican 14 contratos: 10 rentings y 4 leasings. (...)”

La impugnante al insinuar los créditos lo hace de modo que podría parecer que hubieran vencido los contratos pendientes pero lo cierto, como se indica en el fundamento anterior, es que ni Bansalease ni la concursada activaron ninguno de los sistemas resolutorios previstos en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal. La administración concursal respecto de los rentings indica que no hay deuda anterior a la declaración de concurso y la posterior se ha ido satisfaciendo -en función de la continuidad de la actividad empresarial y de la situación de tesorería-, por lo tanto conforme al artículo 154.1 de la Ley Concursal no puede considerarse existente crédito alguno contra la masa puesto que los vencidos se han satisfecho y, los pendientes de vencimiento, no han de computarse como tales créditos contra la masa hasta que no se produzca el vencimiento de cualquiera de las cuotas. En todo caso la impugnante tendrá la posibilidad de fiscalizar el normal cumplimiento del renting conforme se vayan produciendo los vencimientos al amparo del artículo 84 y 154 de la Ley concursal.

Respecto de los 4 contratos de leasing reseñados en el escrito de impugnación la administración concursal también advierte que se produjo un error puesto que aunque no se incluyeron en la relación o lista de acreedores, sí que aparece en la explicación del extenso informe el sometimiento a lo establecido en el artículo 90.1.4 de la Ley Concursal, es decir, se considera que las cuotas pendientes de pago anteriores a la declaración de concurso son créditos con privilegio especial respecto de los bienes arrendados. Los vencimientos posteriores a la declaración de concurso han sido ya tratados como créditos contra la masa y se han satisfecho en función del doble parámetro ya indicado, es decir, tratarse de contratos en vigor necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y poder ser satisfechos con la tesorería existente, sin necesidad de articular ejecuciones antes de concluir la fase común.

SEXTO Sobre la naturaleza jurídica de los contratos de referencia

Lo avanzado hasta este punto permitiría resolver la práctica totalidad de las cuestiones planteadas por las partes una vez advertido y subsanado el error que la administración concursal observó al elaborar el informe:

-En los rentings no hay deuda concursal y los plazos posteriores al concurso se consideran crédito contra la masa respecto de los vencimientos sucesivos,

-En los leasings las cuotas debidas con anterioridad a la declaración de concurso son deuda concursal considerada como crédito con privilegio especial sobre los bienes arrendados y las cuotas vencidas con posterioridad se considerarán deuda contra la masa a medida que vayan venciendo.

-Cualquier otro pronunciamiento sobre el estado de dichos créditos quedará vinculado al ejercicio de los mecanismos de resolución o mantenimiento de los contratos previsto en los artículos 61 y 62 de la propia Ley concursal.

Sin embargo, tanto la Administración concursal como la concursada introducen en el debate jurídico la necesidad de que se aclare o precise la naturaleza de los referidos contratos y su incardinación en la normativa concursal.

Contrato de renting.-Pese a lo que propugna la parte impugnante no puede asimilarse, en el ámbito concursal, al contrato de leasing o arrendamiento financiero, por lo tanto no se le debe reconocer privilegio especial alguno al amparo del artículo 90.1.4 de la Ley Concursal. El actual estado de la cuestión en el ámbito de las audiencias provinciales es el de considerar que el renting no es sino una modalidad de arrendamiento:

-Sentencia de la Audiencia provincial de Orense de 18 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 78256). «El contrato de renting o arrendamiento empresarial carece de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, si bien resulta indudable su enorme similitud con el arrendamiento de cosas. A diferencia de lo que sucede en el leasing, la entidad arrendadora no realiza función mediadora y financiera, sino que cede temporalmente los equipos, mediante unas cuotas que retribuyen exclusivamente el uso, sin anticipar el precio, pues la finalidad es arrendaticia y no un medio de adquisición de los bienes. En caso de incumplimiento por el usuario de su obligación de pago de las rentas, el empresario arrendador puede exigir la resolución del contrato con la indemnización de daños y perjuicios, como prevé el propio artículo 1556 del Código Civil ».

-Sentencia de la Audiencia provincial de Asturias de 29 de abril de 2004 (JUR 2004, 147910) : «como señala autorizada doctrina -Pérez López-, es un contrato mercantil que integra las características esenciales del arrendamiento de cosas y de la prestación de servicios, por cuanto se asegura el mantenimiento del bien cedido, siendo definido como aquel contrato por el que una de las partes se obliga a ceder a la otra el uso de un bien, por tiempo determinado, a cambio del pago de un precio, siendo de cuenta del arrendador el mantenimiento». La misma Audiencia en Sentencia de 13 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 274594) define el contrato «es un típico contrato de "renting", también denominado "arrendamiento empresarial". Contrato de naturaleza netamente mercantil que puede ser definido como aquél por el que una de las partes, el empresario del renting o arrendador, se obliga a ceder a otra, el uso de un bien (en este caso una flota de vehículos) por tiempo determinado a cambio de un precio, siendo de cuenta del arrendador el mantenimiento».

-La Audiencia provincial de A Coruña -Sentencia de 30 de junio de 2004 (JUR 2004, 270965) - también acude a las normas del arrendamiento para disciplinar estos contratos.

-Audiencia provincial de Ávila -Sentencia de 19 de mayo de 2004 (AC 2004, 914) - «nos encontramos ante un contrato de renting, modalidad de arrendamiento a medio y largo plazo de bienes muebles. En su virtud, la arrendataria se compromete al abono de una renta fija mensual, durante un plazo determinado, a ?, y la mercantil, por su parte, se compromete a prestar una serie de servicios: Facilitar el uso de los bienes durante el plazo contractual, mantener los equipos en buen estado, y la cobertura de un seguro a todo riesgo. Desde el punto de vista de la arrendataria, este tipo de arrendamiento presenta una clara ventaja: Disfruta de los bienes arrendados sin realizar ningún desembolso inicial, liberando así recursos financieros y disfrutando de tecnología más

moderna. La depreciación por uso del bien se amortiza a través del pago mensual de la renta, y el propio contrato establece penalizaciones respecto de la resolución anticipada».

La Ley concursal es clara -artículo 89.2- al advertir que no se advertirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la propia Ley concursal, por lo tanto aunque en el tráfico económico el renting pueda ser considerado una modalidad de leasing -leasing operativo en la denominación incorporada a la STS de 19 de enero de 2000 (RJ 2000, 139) -, en el ámbito concursal no es posible aplicar de modo análogo las normas relativas al reconocimiento de privilegios. Por lo tanto las rentas debidas de un contrato de renting con anterioridad a la declaración del concurso tendrán la consideración de crédito ordinario y las posteriores, caso de no resolverse el contrato, de crédito contra la masa si los bienes arrendados son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. ”: SJM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC2006\140)

- 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.
- 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Art. 90.1.6º

1. Prenda de créditos

1.1 Calificación jurídica de la prenda de créditos como cesión en garantía. En documento privado con fecha probada. Validez

“FUNDAMENTOS DE DERECHO.- PRIMERO.- La construcción jurídica de la prenda de créditos ha sido especialmente polémica en la doctrina de los últimos años, habiéndose defendido varias posiciones, que sucintamente se pueden resumir en las siguientes:

a) Prenda de créditos como garantía atípica, sin el privilegio del artículo 1922.2. del Código civil.

b) Prenda de créditos sometida al régimen de la prenda ordinaria, sustituyendo el desplazamiento posesorio por la notificación al deudor cedido como requisito constitutivo de la prenda, a la que sí sería aplicable el artículo 1122.2. del Código civil.

c) Prenda de créditos como cesión en garantía, de manera que se entregan al acreedor pignoraticio las facultades del crédito específicas para cumplir dicha finalidad de garantía (aplicándose por analogía los artículos 1526.1 y 1527 del Código civil), no siendo necesaria la notificación al deudor para constituir la prenda.

El Tribunal Supremo inicialmente había mantenido la posible pignoración de saldos de depósitos bancarios, sin reconocer ningún privilegio al acreedor pignoraticio frente a los demás acreedores del constituyente de la prenda. Sin embargo, con posterioridad se ha venido consolidando una jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, por un lado, rechaza la equiparación entre la prenda ordinaria de cosas y la prenda de créditos, y por otro lado, entiende que a efectos de su oponibilidad a terceros, de modo especial los acreedores del pignorante, no es necesario que la prenda conste en documento público (así lo exige el artículo 1865 del Código civil para la prenda ordinaria), ni que se notifique al deudor. (...)

Independientemente de las diversas cuestiones que suscitan la jurisprudencia referida con anterioridad y las opiniones doctrinales vertidas sobre la materia, es indudable que a efectos concursales hay un reconocimiento expreso de la prenda de créditos, y que el acreedor pignoraticio goza de privilegio especial sobre los créditos pignorados, bastando para ello con que conste en documento con fecha fehaciente.

El artículo 90.1.6.º de la Ley concursal ha recogido el privilegio especial para la prenda de créditos, en el que basta la constancia documental con fecha fehaciente, sin necesidad de ninguna publicidad. Por documento con fecha fehaciente debe entenderse el documento privado con fecha probada, lo cual viene corroborado por la exclusión del ordinal 6.º de la remisión a los requisitos de la legislación específica que se efectúa en el artículo 90.2 de la Ley concursal.

En este sentido, el legislador ha optado por una solución a efectos de la oposición frente a terceros del privilegio especial que no es la mayoritaria en la doctrina, aunque sí la seguida por la jurisprudencia más reciente. Para el Tribunal Supremo ni el documento público ni la notificación al deudor son requisitos de validez de la prenda, que nace válida y eficaz frente a terceros desde que existe consentimiento por parte del acreedor

constituyente de la prenda y del acreedor pignoraticio, y consta en documento privado con fecha cierta.

SEGUNDO. A la vista de la doctrina expuesta procede estimar parcialmente la demanda interpuesta por "KONINKLIJKE RACING CLUB GENK 322" (...) Y ello porque la referida prenda de crédito está sustentada en documento privado de fecha 8 de octubre de 2001, debiendo tener dicha fecha el carácter de fehaciente a los efectos del párrafo segundo del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal": Sentencia JM-1 Las Palmas 15.09.2005 (Incidente Concursal 54/2005)

"PRIMERO.- La parte actora, BANCO PASTOR, S.A. interesa se califique su crédito por anticipos impagados de Exportaciones amparados por una póliza de línea de crédito para Operaciones de Comercio Exterior formalizada con fecha 25 de febrero de 2005 con la concursada e intervenida por Notario, como crédito con privilegio especial del artículo 90 de la Ley Concursal, pues estima que se trata de un crédito garantizado con prenda constituida en documento público, del número 6, apartado 1º de dicho artículo

SEGUNDO.- Por su parte las demandadas se oponen alegando básicamente que la cláusula octava de la póliza aludida de contrario como fundamento de su pretensión solo especifica la posibilidad de constituir en prenda derechos de crédito, pero que dicha prenda no se llegó a constituir toda vez que las distintas remesas de crédito entregadas para su anticipo no se incorporaban a documento público, es decir, no se recogieron en ningún documento de tal naturaleza la relación de los créditos pignorados tal como exige la Ley Concursal.

A dicha argumentación la administración concursal añade que en las operaciones anticipadas por la actora no se ha dado cumplimiento a lo previsto en la cláusula en la que se fundamenta aquella solicitud.

TERCERO.- Centrados en los anteriores términos, la cuestión suscitada ha de partirse de que el artículo 90 de la Ley Concursal previene en su número 6 que para que la prenda de créditos ostente la condición de privilegio especial sobre los créditos pignorados es suficiente con que conste en documento con fecha fehaciente.

La Ley reconoce así en sede legislativa por primera vez la prenda de créditos, figura jurídica no regulada ni siquiera mencionada en el Código Civil.

Ha sido la doctrina la que ha ido efectuando la construcción jurídica de la prenda de créditos, habiendo defendido distintas posiciones que pueden resumirse de la siguiente manera;

a) Prenda de créditos como garantía atípica, sin privilegio del artículo 1922.2º del Código Civil.

b) Prenda de créditos sometida al régimen de la prenda ordinaria, sustituyendo el desplazamiento posesorio por la notificación al deudor cedido como requisito constitutivo de la prenda, a la que si sería aplicable el artículo 1922.2 del Código Civil.

c) Prenda de créditos como cesión en garantía, de manera que se entregan al acreedor pignoraticio las facultades de crédito específicas para cumplir dicha finalidad de garantía (aplicándose por analogía los artículos 1526 y 1527 del Código Civil), no siendo necesaria la notificación al deudor para constituir la prenda.

Por su parte, el Tribunal Supremo, inicialmente había mantenido la posible pignoración de saldos de depósitos bancarios, sin reconocer ningún privilegio al acreedor pignoraticio frente a los demás acreedores del constituyente de la prenda. Sin embargo, con posterioridad se ha venido consolidando una jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, por un lado, rechaza la equiparación entre la prenda ordinaria de cosas y la prenda de créditos, y por otro lado, entiende que a efectos de su oponibilidad a terceros, de modo especial los acreedores del pignorante, no es necesario que la prenda conste en documento público, ni que se notifique al deudor.

La Ley Concursal ha optado por seguir esta solución jurisprudencial más reciente a efectos de la oposición frente a terceros del privilegio especial que no es la mayoritaria en la doctrina, de manera que ni el documento público ni la notificación al deudor son requisitos de validez de la prenda, que nace válida frente a terceros desde que existe consentimiento por parte del acreedor constituyente de la prenda y del acreedor pignoraticio, y consta en documento privado con fecha cierta, aunque como indica el profesor PANTALEON PRIETO en su obra "Prenda de créditos", página 1462, si sería conveniente instrumentar la prenda en documento público para soslayar las dificultades de prueba de la fecha del contrato ante posibles litigios con tercero así como que también la notificación al deudor del crédito pignorado pudiera ser útil (que no necesario para la validez de la prenda) para que el deudor pague al acreedor constituyente de la prenda.

Partiendo pues que, en contra de lo argumentado por las demandadas, el legislador no exige para la constitución de la prenda de créditos más formalidad que conste en documento con fecha fehaciente, no siendo preciso siquiera la formalidad pública que preconiza el artículo 1865 del Código Civil, la cuestión a dilucidar es si el saldo deudor a

favor de la entidad crediticia accionante derivado de la póliza de línea de crédito para operaciones de Comercio Exterior acompañada al escrito de demanda nº 2 puede calificarse o no de prenda de crédito y por tanto subsumirse en el privilegio especial del artículo 90.6º de la L.C.

En dicha póliza se formaliza un contrato de apertura de crédito para la realización de operaciones de comercio exterior, apertura de crédito, que no es un préstamo, ni un contrato preparatorio de préstamo, sino un contrato sui generis, principal y único, cuyo objeto es el crédito, en sí mismo como valor económico. En dicho contrato, que puede definirse como aquel por el cual el acreditante, a cambio de la percepción de una comisión, se compromete, dentro de los límites de cantidad y tiempos pactados, a conceder crédito al cliente, bien haciéndole entregas de efectivo o efectuando prestaciones que permitan obtener efectivo, o que generen un deber aplazado de pago. La cláusula del contrato controvertida por las partes, la octava, es del siguiente tenor literal:

“8º El ACREDITADO se obliga a entregar al BANCO toda la documentación relativa a las exportaciones y cobro de las mercancías que resulten de las operaciones concertadas al amparo de la presente póliza, siendo tramitado dicho cobro a través del BANCO; en este caso la operación u operaciones y sus documentos quedan en poder del BANCO pignorados en garantía del saldo que resulte a favor del mismo, y hasta un total pago, quedando este irrevocablemente facultado para gestionar su cobro, judicial o extrajudicialmente y para aplicar su importe al pago de dichos saldos deudores, según el criterio de imputación de pagos que tenga por conveniente.” (El subrayado es del Juzgado).

Para llevar a cabo la labor interpretativa de aquella cláusula, la regla instrumental básica para efectuar la exégesis está contenida en el párrafo 1º, del artículo 1º del 1.281 del Código Civil, de la que son subsidiarios o supletorios los criterios prevenidos en el párrafo 2 y en los artículos siguientes del mismo Cuerpo legal sustantivo (sentencia TS de 26 de noviembre y 16 de diciembre de 1987 entre otras muchas). A tenor del referido precepto ha de atenderse el intérprete al sentido literal de lo manifestado siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige. (STS Sala Primera 4 de marzo de 1986 y 1 de abril de 1987 entre otras).

Pues bien, en la cláusula anteriormente transcrita, que es de una claridad meridiana, se prevee la pignoración de créditos, pero no en todas las operaciones de anticipo, crédito y descuento de comercio exterior comprendidas en la póliza, sino solo en el caso a que se refiere el primer apartado (así se infiere de la expresión subrayada anteriormente “en este caso”), es decir, en caso de que el Banco haya tramitado el cobro de las mercancías que resulten de las operaciones concertadas al amparo de la póliza.

Gestión directa de cobro que el Banco Pastor no ha realizado en ningún caso según ha admitido su dirección letrada en el acto de juicio.

En consecuencia, procede desestimar la demanda (...) :” Sentencia JM-1 Murcia 04.04.2006 (Incidente Concursal 25/2006)

“PRIMERO.- En el presente incidente, la actora incidental Banco Popular Español, S.A ejercita acumuladamente la acción de impugnación de la lista de acreedores ex art. 96.3 de la LC y la acción de separación ex art. 80 del mismo texto, pretendiendo en esencia que su crédito por importe de 32.600 euros y cuyo origen son cesiones de crédito a su favor en garantía de anticipo de facturas mediante abonos en la cuenta corriente de la concursada, realizadas al amparo de la póliza de crédito para operaciones de comercio exterior número 0053-55 de fecha 5 de Abril de 2004 intervenida por Notario, sea calificado por la Administración concursal como crédito con privilegio especial de prenda de créditos del art. 90.6 de la L.C y que los importes de las facturas cedidas que ya hayan sido cobrados por la concursada, o que lo sean en un futuro, se le reconozca el derecho de separación ex art. 80 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- La administración concursal se opone a tal pretensión argumentando básicamente que para que la prenda sea reconocida como tal ha de constar en documento público y cita como fundamento de tal argumentación la sentencia dictada por este Juzgado el día 26 de Abril de 2006.

Esta sentencia, con cita de otra anterior dictada por esta misma Juzgadora, no dice de ningún modo que la prenda precise estar reconocida en documento público, sino que por el contrario el artículo 90 de la Ley Concursal previene, en su número 6, que para que la prenda de créditos ostente la condición de privilegio especial sobre los créditos pignorados es suficiente con que conste en documento con fecha fehaciente.

La Ley reconoce así en sede legislativa por primera vez la prenda de créditos, figura jurídica no regulada ni siquiera mencionada en el Código Civil.

Ha sido la doctrina la que ha ido efectuando la construcción jurídica de la prenda de créditos, habiendo defendido distintas posiciones que pueden resumirse de la siguiente manera;

a) Prenda de créditos como garantía atípica, sin privilegio del artículo 1922.2º del Código Civil.

b) Prenda de créditos sometida al régimen de la prenda ordinaria, sustituyendo el desplazamiento posesorio por la notificación al deudor cedido como requisito constitutivo de la prenda, a la que si sería aplicable el artículo 1922.2 del Código Civil.

c) Prenda de créditos como cesión en garantía, de manera que se entregan al acreedor pignoraticio las facultades de crédito específicas para cumplir dicha finalidad de garantía (aplicándose por analogía los artículos 1526 y 1527 del Código Civil), no siendo necesaria la notificación al deudor para constituir la prenda.

Por su parte, el Tribunal Supremo, inicialmente había mantenido la posible pignoración de saldos de depósitos bancarios, sin reconocer ningún privilegio al acreedor pignoraticio frente a los demás acreedores del constituyente de la prenda. Sin embargo, con posterioridad se ha venido consolidando una jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, por un lado, rechaza la equiparación entre la prenda ordinaria de cosas y la prenda de créditos, y por otro lado, entiende que a efectos de su oponibilidad a terceros, de modo especial los acreedores del pignorante, no es necesario que la prenda conste en documento público, ni que se notifique al deudor.

La Ley Concursal ha optado por seguir esta solución jurisprudencial más reciente a efectos de la oposición frente a terceros del privilegio especial que no es la mayoritaria en la doctrina, de manera que ni el documento público ni la notificación al deudor son requisitos de validez de la prenda, que nace válida frente a terceros desde que existe consentimiento por parte del acreedor constituyente de la prenda y del acreedor pignoraticio, y consta en documento privado con fecha cierta, aunque como indica el profesor PANTALEON PRIETO en su obra "Prenda de créditos", página 1462, si sería conveniente instrumentar la prenda en documento público para soslayar las dificultades de prueba de la fecha del contrato ante posibles litigios con tercero así como que también la notificación al deudor del crédito pignorado pudiera ser útil (que no necesario para la validez de la prenda) para que el deudor pague al acreedor constituyente de la prenda.

Y ello por que en los supuestos de cesiones de créditos, admitidos por el artículo 1.526 del Código Civil, su validez dependerá de que cumpla los requisitos generales de los contratos establecidos en el artículo 1.261 y los específicos de este tipo de contrato. Como reseña la sentencia de 12 de noviembre de 1992 "pudiendo decirse con la sentencia de 1 de 1949 que se configura la cesión como una compraventa especial, caracterizada por su contenido de cosas incorpóreas que matiza de distinta manera que en la compraventa la entrega y saneamiento de lo que se cede y de lo que se vende, y en definitiva, late siempre como nota diferencial de los dos contratos la consideración de que la venta consumada crea una relación jurídica directa entre comprador y la cosa corporal adquirida mientras que mediante la cesión no se transmite directamente al cesionario la cosa corporal, sino el título o derecho de reclamarla a una tercera persona".

Al tratarse de una subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, se le transfiere el crédito con los derechos a él anexos contra el deudor y contra fiadores, según dispone el artículo 1.212 del Código Civil, no se extingue la fianza por la sustitución del acreedor en la obligación principal, de conformidad con el principio establecido en el artículo 1.528 del Código Civil de que el cesionario sucede al cedente en todos sus derechos y acciones. Para su validez no requiere el consentimiento del deudor, incluso se puede realizar en contra de su voluntad, no es necesario ni su conocimiento previo, al tratarse de un contrato bilateral en el que no ha intervenido, al no ser parte no requiere su consentimiento. La notificación será necesaria para obligarle frente al nuevo acreedor, y a partir de ese momento sólo se considera pago legítimo si se realiza a este, SSTS de 5-11-74, 11-1-83, 23-10-84, 12-11-92, 20-2-95. Por ello se entiende que en la prenda de crédito la notificación al deudor no tiene la consideración de requisito constitutivo, simplemente a los efectos mencionados que dispone el artículo 1.527 del Código Civil, es decir, impedir la liberación del deudor si paga al antiguo acreedor.

Partiendo, pues, de que el legislador no exige para la constitución de la prenda de créditos más formalidad que conste en documento con fecha fehaciente, no siendo si quiera preciso la formalidad pública que preconiza el art. 1865 del Código Civil, la cuestión ha dilucidar es si el saldo deudor a favor de la entidad crediticia accionante derivado de la póliza de crédito para operaciones de comercio exterior puede calificarse o no de prenda de crédito y, por tanto, subsumirse en el privilegio especial del art. 90.6 de la Ley Concursal.

Pues bien, tras una detenida lectura de la mentada póliza no se contiene referencia alguna a la constitución de una garantía pignoratícia, por lo que la pretensión de la actora de calificar su crédito como con privilegio especial ha de ser rechazada. ": Sentencia JM-1 Murcia 29.11.2006 (Incidente Concursal 151/2006)

“TERCERO.- 1. Dicho lo anterior debemos poner de manifiesto que el privilegio pretendido por la parte impugnante es el contemplado en el artículo 90.6° LC. La documentación que se acompaña a la demanda incidental coadyuva a alcanzar dicha conclusión. En el documento titulado "Cláusula adicional a la póliza de préstamo de cesión de las devoluciones de IVA" de fecha 2 de febrero de 2005 (doc. núm. 2 acompañado al escrito de demanda) consta que la entidad concursada y Banco Popular Español, S.A. concertaron que "Metrocom Proyectos y Construcciones S.A cede irrevocablemente al BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA para aplicarlo al pago de la operación formalizada en esta póliza, salvo buen fin del mismo, el crédito que ostenta ante la AGENCIA TRIBUTARIA DELEGACIÓN DE MADRID por importe de 175.167,72 euros dimanante de la devolución del IVA, año 2004". Debe hacerse notar que a pesar de la dicción literal del pacto -que se refiere a la cesión de un crédito- tanto el importe del crédito que se dice cedido (175.167,72 euros) como la propia actuación de la entidad demandante, indican que no nos encontramos propiamente ante la figura contemplada en el artículo 1526 C.C. instrumentada para pago -puesto que en tal caso el demandante no sería acreedor-sino ante la articulación de una cesión de crédito como medio para constituir una garantía prendaria sobre el mismo. En tal sentido merece ser tomado en consideración que en la cláusula segunda del aludido documento se faculta al Banco prestamista para que "llegado el momento en que deba hacerse efectivo el crédito cedido y aún cuando éste se produzca con anterioridad a dichos vencimientos, el BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA en virtud de la presente cesión, queda facultado de forma irrevocable para efectuar el cobro y aplicar su importe al pago de la operación formalizada en esta póliza". Atribución que no sería necesaria para el caso en que la cesión hubiera tenido una finalidad solutoria. La posibilidad de articular la cesión de un crédito con el fin de constituir una garantía prendaria ha sido contemplada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de diciembre de 2002 que ante tal clase de operaciones afirma que "ello significa la constitución de una prenda de crédito que puede comprender una cesión de dicho crédito y que se puede construir -como admite doctrina científica moderna- a través del mecanismo de la cesión, comunicada al deudor y que conste en escritura pública como una legitimación útil en garantía del acreedor prendario o pignoraticio. En resumen, que la prenda de créditos plasmada en la póliza de 25 de septiembre de 1992 puede actuar en el presente caso a través de la figura de la cesión de créditos": Sentencia JM-1 Madrid 16.10.2006 (Incidente Concursal 643/2005)

1.2 Pignoración-cesión de derechos futuros. Validez si al tiempo de la cesión existe la relación de la que nacerán tales derechos

“ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- La representación procesal de “KONINKLIJKE RACING CLUB GENK 322” interpuso demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores elaborada por la Administración Concursal alegando los hechos e invocando los fundamentos de derecho que estimaban aplicables, y terminaba solicitando se dictara sentencia por la que se declare lo siguiente:

a) Dejar sin efecto la calificación realizada por la administración concursal en la lista de acreedores e informe respecto del crédito de mi representada K. R. C. GENK y declarar que dicha entidad ostenta un crédito frente a la UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D. como consecuencia de la compraventa de los derechos federativos del jugador THORDUR, por importe de DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (2.970.949,57.- €) de principal, con la calificación de crédito con privilegio especial, de los consignados en el artículo 90-1-6° de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, cantidad a la que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59-1 de la misma norma, y habida cuenta del carácter del crédito que se invoca, habrá que añadir los intereses correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía, y que quedan pendientes de liquidación; que atendiendo a lo anterior y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 85-3 de la ley 22/2.003 el crédito privilegiado que invocado por la entidad “K. R. C. GENK” recae sobre los siguientes derechos:

1°) La indemnización que la FIFA fije por el caso “Oktay DereliogluFenerbache”.

2°) Todas aquellas cantidades que la UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D. debiese percibir por cualquier traspaso de jugadores. (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- PRIMERO.- La construcción jurídica de la prenda de créditos ha sido especialmente polémica en la doctrina de los últimos años, habiéndose defendido varias posiciones, que sucintamente se pueden resumir en las siguientes:

a) Prenda de créditos como garantía atípica, sin el privilegio del artículo 1922.2. del Código civil.

b) Prenda de créditos sometida al régimen de la prenda ordinaria, sustituyendo el desplazamiento posesorio por la notificación al deudor cedido como requisito constitutivo de la prenda, a la que sí sería aplicable el artículo 1922.2. del Código civil.

c) Prenda de créditos como cesión en garantía, de manera que se entregan al acreedor pignoraticio las facultades del crédito específicas para cumplir dicha finalidad de garantía (aplicándose por analogía los artículos 1526.1 y 1527 del Código civil), no siendo necesaria la notificación al deudor para constituir la prenda.

El Tribunal Supremo inicialmente había mantenido la posible pignoración de saldos de depósitos bancarios, sin reconocer ningún privilegio al acreedor pignoraticio frente a los demás acreedores del constituyente de la prenda. Sin embargo, con posterioridad se ha venido consolidando una jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, por un lado, rechaza la equiparación entre la prenda ordinaria de cosas y la prenda de créditos, y por otro lado, entiende que a efectos de su oponibilidad a terceros, de modo especial los acreedores del pignorante, no es necesario que la prenda conste en documento público (así lo exige el artículo 1865 del Código civil para la prenda ordinaria), ni que se notifique al deudor.

No obstante, la Ley concursal no resuelve todos los problemas que se pueden plantear en la práctica. Como se ha señalado, no están claras las consecuencias de una eventual cesión global anticipada de créditos futuros en garantía cuando el cedente es declarado en concurso. El acreedor pignoraticio siempre pretenderá ejecutar los créditos futuros surgidos una vez declarado el concurso por haber nacido ya pignorados con arreglo a la prenda constituida. Contrariamente, lo que pretenderán los restantes acreedores es que los créditos futuros se integren en la masa activa libres de gravámenes.

A este respecto, un sector doctrinal, al que se une este Juzgador, se muestra favorable a establecer algunas diferencias según los casos. En este sentido, se ha defendido que si al convenirse la cesión anticipada o, al menos, antes de la fecha del concurso estaban ya celebrados el contrato o los contratos duraderos (y. gr. de suministro) fuente de los créditos futuros objeto de la cesión global en garantía, tales créditos nacerán pignorados, a pesar de generarse tras el concurso, con base en la expectativa de pignoración transmitida cuando el cedente en garantía gozaba aún de la libre disposición de su patrimonio. Y se producirá lo contrario (integración en la masa activa del concurso) con los créditos que nazcan de contratos que, aunque contemplados ya al tiempo de pactarse la cesión anticipada en garantía como fuente de créditos objeto de pignoración, no se hayan perfeccionado antes de la fecha del concurso.

Independientemente de las diversas cuestiones que suscitan la jurisprudencia referida con anterioridad y las opiniones doctrinales vertidas sobre la materia, es indudable que a efectos concursales hay un reconocimiento expreso de la prenda de créditos, y que el acreedor pignoraticio goza de privilegio especial sobre los créditos pignorados, bastando para ello con que conste en documento con fecha fehaciente.

El artículo 90.1.6.º de la Ley concursal ha recogido el privilegio especial para la prenda de créditos, en el que basta la constancia documental con fecha fehaciente, sin necesidad de ninguna publicidad. Por documento con fecha fehaciente debe entenderse el documento privado con fecha probada, lo cual viene corroborado por la exclusión del ordinal 6.º de la remisión a los requisitos de la legislación específica que se efectúa en el artículo 90.2 de la Ley concursal.

En este sentido, el legislador ha optado por una solución a efectos de la oposición frente a terceros del privilegio especial que no es la mayoritaria en la doctrina, aunque sí la seguida por la jurisprudencia más reciente. Para el Tribunal Supremo ni el documento público ni la notificación al deudor son requisitos de validez de la prenda, que nace válida y eficaz frente a terceros desde que existe consentimiento por parte del acreedor constituyente de la prenda y del acreedor pignoraticio, y consta en documento privado con fecha cierta.

SEGUNDO. A la vista de la doctrina expuesta procede estimar parcialmente la demanda interpuesta por "KONINKLIJKE RACING CLUB GENK 322" y declarar que el crédito que ésta ostenta frente a la UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D. como consecuencia de la compraventa de los derechos federativos del jugador THORDUR, por importe de DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (2.970.949,57.- €) de principal, constituye un crédito garantizado por prenda de créditos y debe recibir la calificación de crédito con privilegio especial, de los consignados en el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal.

Y ello porque la referida prenda de crédito está sustentada en documento privado de fecha 8 de octubre de 2001, debiendo tener dicha fecha el carácter de fehaciente a los efectos del párrafo segundo del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal.

La estimación de la demanda incidental es, sin embargo, parcial, puesto que, de conformidad con la doctrina antes expuesta, la referida garantía pignoratícia y consiguiente calificación únicamente habrá de extenderse a la indemnización que la FIFA fije por el caso "Oktay DereliogluFenerbache", pero no así con relación a las cantidades que la UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D. llegue a percibir con posterioridad al auto de declaración de concurso por cualquier traspaso de jugadores.": Sentencia JM-1 Las Palmas 15.09.2005 (Incidente Concursal 54/2005)

1.3 Inexistencia de prenda: indeterminación de las obligaciones garantizadas

"SEGUNDO De nuevo con relación a la imposición a plazo fijo de que es titular Unicen, SL en la entidad Banco Santander Central Hispano, SA (saldo 8.250 €, más los intereses devengados, en la fecha de la declaración de concurso) la pretensión de la demandante sólo puede ser admitida en la medida en que se entienda impugnado el inventario (en el inventario aparecen los fondos de que es titular Unicen, SL en el BSCH sin la carga de la prenda que ahora se invoca) y bajo la premisa de que lo que se pide es que del total del crédito ordinario reconocido por la administración concursal a favor del banco (634.630,52 €) deben deducirse 8.250 € que están garantizados con una prenda sobre el saldo de una imposición a plazo fijo y que por lo tanto, es crédito con privilegio especial a favor del banco y no ordinario.

La administración concursal no ha reconocido el privilegio especial pues, a pesar de aparecer la prenda constituida en póliza notarial, sólo garantiza especialmente las obligaciones dimanantes de tres créditos documentarios que no han sido siquiera insinuados por el banco (anexo de la póliza de pignoración de 2 de julio de 2004). La fórmula de la condición general primera del condicionado general de la póliza según la cual la prenda garantiza «el importe de los descubiertos o saldos deudores que a favor del Banco existan en el día de hoy, o puedan existir a partir de esta fecha, en las cuentas de cualquier clase en las que figure, como titular único o con otras personas el pignorante y/o, en su caso, el tercero garantizado» es, en la tesis de la administración concursal, contraria al principio de especialidad que establece el artículo 1857.1º del Código civil y no puede ser invocada frente a terceros.

TERCERO Indiscutida jurisprudencialmente en la actualidad la posibilidad de constituir válidamente una prenda sobre créditos, y más concretamente sobre el derecho del impositivo a la restitución de los fondos depositados en una cuenta o imposición a plazo fijo, la Ley concursal acoge hoy expresamente esa posibilidad (artículo 90 1 6º) limitándose a exigir que conste en documento fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La cuestión que aquí se plantea es sin embargo la de si cabe entender válidamente constituida una prenda en garantía de obligaciones futuras no precisadas, por tiempo indefinido y sin más concreción que la de derivarse de descubiertos o saldos deudores en cualquier clase de cuenta u operación bancaria entre el pignorante y el banco garantizado.

La jurisprudencia del TS ha admitido la validez de la fianza de obligaciones futuras al amparo de la libertad de contratación que proclama el Código civil (artículo 1255 del Código civil), si bien con matizaciones como las que concreta la STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000\ 1242) (que se respeten las limitaciones derivadas de la normativa en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, que la obligación garantizada sea al menos determinable con fijación del importe máximo garantizado, lo que excluye la fianza sobre obligaciones absolutamente indeterminadas: al menos ha de concretarse la identidad de las partes entre quienes nacerá la obligación y su cuantía, aunque sólo sea como máximo). Del mismo modo cabría entender cumplida la exigencia de determinación y especialidad inherente al derecho real de prenda si, constituida en garantía de riesgos u obligaciones futuras, quedan perfectamente determinados el deudor o deudores garantizados, la naturaleza de las operaciones mercantiles amparadas por la garantía y el importe máximo de responsabilidad de las cosas o créditos dados en prenda.

La póliza en que se sustenta en este caso la pretensión de la demandante contiene, sin embargo, un preciso acotamiento de las obligaciones garantizadas por referencia a tres créditos documentarios relacionados en el anexo de la póliza. Prueba de que la prenda sobre la IPF se constituyó para garantizar el cumplimiento de esas concretas obligaciones contraídas en el marco de la actividad importadora de Unicen es que ¿como argumenta la administración concursal? con posterioridad al vencimiento del último de los créditos documentarios ¿el 9 de agosto de 2004? Unicen dispuso libremente de los fondos de la IPF. En efecto, la prenda se constituyó sobre una imposición a plazo fijo de 90.000 € que fue cancelada, según el extracto de movimiento de la cuenta, el día 16 de agosto de 2004, quedando a 0 el saldo de la cuenta. Al día siguiente, 17 de agosto de 2004, se hizo una nueva imposición a plazo fijo, pero puesto que la anteriormente pignorada ya había sido cancelada con el consentimiento del

banco, no hay razón alguna para extender la póliza de pignoración y sus efectos a una nueva IPF. Admitida la prenda sobre créditos, el que tenía Unicen a la restitución de los fondos y a los intereses de la imposición quedó extinguido con la devolución íntegra que se hizo el 16 de agosto de 2004. Luego las posteriores imposiciones a plazo fijo no pueden entenderse pignoradas, y menos en garantía de obligaciones futuras e inespecíficas.": Sentencia JM-1 La Coruña 18.05.2006 (AC 2006/2105)

1.4 Cesión en garantía/ pignoración de crédito sobre devolución de IVA. Validez. Interpretación de la indisponibilidad del "crédito tributario" establecida en el art. 18 LGT

"2. Frente a la validez de la constitución de la aludida garantía prendaria, la Administración concursal y la entidad concursada oponen la nulidad o inexistencia - aunque no diferencian una de otra figura- de la cláusula en la que se contempla la referida cesión de crédito únicamente por causa de la indisponibilidad del crédito "tributario" cedido, según se contempla en la redacción del artículo 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. La Administración concursal entiende que el pacto de cesión entre la entidad concursada y Banco Popular Español, S.A. podía tener justificación en la situación vigente hasta la promulgación de la aludida Ley 58/2003, de 17 de diciembre (en adelante LGT), pero no con posterioridad puesto que su texto ha innovado la situación preexistente al instaurar la indisponibilidad del crédito tributario según lo previsto en el artículo 18. De ahí que, en lógica correlación, la Administración concursal articule una pretensión reconventional tendente a que se declare la nulidad de la señalada cláusula de cesión del crédito que recae sobre las cantidades a percibir por la entidad concursada de la Agencia Tributaria Delegación de Madrid en concepto de devolución de IVA.

CUARTO.- Situada la controversia en el punto antedicho hay que examinar el alcance de la innovación que el artículo 18 LGT supone a los efectos pretendidos por la parte demandada. Dice tal precepto que "el crédito tributario es indisponible salvo que la Ley establezca otra cosa". La redacción del precepto nos lleva a profundizar en el objeto de la indisponibilidad. Dice aquel que lo que es indisponible es el "crédito tributario". No se contiene en la Ley General Tributaria el concepto de "crédito tributario". Sin embargo, debe destacarse que la Ley General Tributaria sí contempla al "crédito tributario" desde la perspectiva del sujeto pasivo, esto es, del deudor tributario, y lo hace cuando se refiere a la "deuda tributaria". Y en tal sentido el Capítulo IV del Título II de la Ley contiene previsiones sobre la deuda tributaria. Según el artículo 58 LGT el concepto de "deuda tributaria" viene englobado por "la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta", y además por la cantidad devengada en concepto de interés de demora, y por los recargos. Son éstas pues las cantidades que configuran el "crédito tributario" cuando la "deuda tributaria" se contempla desde la perspectiva del acreedor -la Hacienda Pública-. Expuesto lo anterior, puede observarse fácilmente que la cantidad cedida en garantía del pago de la obligación principal por la entidad concursada a Banco Popular Español, S.A. mediante contrato de fecha 2 de febrero de 2005 no son susceptibles de ser calificadas como "crédito tributario" puesto que no pueden incardinarse en ninguno de los conceptos a los que alude el artículo 58 LGT. Es cierto que la entidad concursada ha cedido su posesión sobre un derecho de crédito de la que es titular frente a la Hacienda Pública, pero tal crédito no es un "crédito tributario" puesto que sólo cabe hablar de crédito tributario cuando quien ostenta el derecho acreedor es la Hacienda Pública. De ahí que debamos concluir que la cantidad sobre la que la entidad concursada ha constituido el derecho de prenda no se encuentra afectada por la proscripción de la facultad de disposición que contempla el artículo 18 LGT. Y por ende, no cabe declarar la nulidad de la cláusula a través de la que se articula la garantía prendaria pactada por la entidad concursada y de la que es beneficiaria la entidad demandante. En lógica correlación debemos afirmar que el crédito garantizado a Banco Popular Español, S.A. debe verse favorecido por el privilegio especial previsto en el artículo 90.6º LC, puesto que basta la existencia de la garantía constituida con las formalidades exigidas en tal precepto -lo cual ni siquiera ha sido discutido por las codemandadas- para que goce del referido privilegio, aunque -obviamente- limitado al importe del crédito pignorado.": Sentencia JM-1 Madrid 16.10.2006 (Incidente Concursal 643/2005)

2. Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

Artículo 91. Créditos con privilegio general.

Son créditos con privilegio general:

- 1.º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

Art. 91.1º

1. Caso de las pagas extraordinarias

“**PRIMERO** Son dos las cuestiones que se plantean en este incidente: 1º) la clasificación que debe otorgarse a las cantidades adeudadas al trabajador demandante en concepto de paga extraordinaria de navidad de 2003 y de la paga de verano de 2004 y, en su caso, la forma de determinación o cuantificación del límite del privilegio, considerando el trabajador que las pagas extraordinarias están amparadas por el privilegio general del núm. 1 del artículo 91 de la Ley Concursal (LC), mientras que la administración concursal ha clasificado el crédito como ordinario; y 2º) si para la determinación del límite del privilegio de la indemnización fijada en sentencia por la extinción de la relación laboral del trabajador, debe prorratearse el importe de las pagas extraordinarias a efectos de cuantificar el límite legal del triple del salario mínimo interprofesional, lo que sostiene el impugnante y rechaza la administración concursal.

SEGUNDO Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, el artículo 91.1 de la LC atribuye la calificación de crédito con privilegio general a «Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago»

Se distingue claramente en el precepto el objeto del privilegio y su límite cuantitativo. El privilegio se otorga legalmente a los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, por lo que la única cuestión a tener en cuenta para clasificar la deuda en concepto de pagas extraordinarias, es si tienen o no la consideración de crédito por salario y en este punto, las partes están conformes con la naturaleza salarial de las pagas extraordinarias y así se deduce del artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, criterio absolutamente consolidado en la jurisdicción social, por todas, sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3778).

Cuestión distinta es el límite cuantitativo del privilegio, que en lo que exceda la deuda tendrá la consideración de crédito ordinario. Dicho límite se fija en la «...cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago...».

La determinación del límite del privilegio, a su vez, plantea dos cuestiones. En primer lugar, si el cálculo de la base del triple del salario mínimo interprofesional debe incrementarse con la prorrata de las pagas extraordinarias y en segundo término, cómo se calcula el número de días pendientes de pago por el que ha de multiplicarse el triple del salario mínimo interprofesional.

Ambas cuestiones están resueltas por la jurisprudencia social interpretando el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores al establecer el límite de la responsabilidad del FOGASA en la «...la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 120 días». Por tanto, al margen de que el límite de la responsabilidad para el FOGASA se fija en el duplo del salario mínimo interprofesional y el límite del privilegio, en nuestro caso, es del triple de dicho salario y que no existe el límite temporal de los 120 días, no existe motivo alguno para separarse de la consolidada jurisprudencia social respecto del importe del salario mínimo interprofesional ni en cuanto a la forma de determinación del número de días pendientes de pago, conceptos idénticos en ambos preceptos.

Sentado lo anterior, la Sala cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 16 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3778) y 11 de junio de 1998 (RJ 1998, 5200), con cita de las de 26 de mayo (RJ 1992, 3604), 2 (RJ 1992, 7597), 5 (RJ 1992, 7614) y 21 de octubre (RJ 1992, 7665), 10 (RJ 1992, 10073) y 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10484) y 28 de enero de 1993 (RJ 1993, 373), señala que «...esta doctrina establece que la expresión salario mínimo se utiliza con diverso alcance en la legislación laboral, ya que con ella se designa tanto el salario mínimo interprofesional en sentido estricto, que define un tope general de este carácter, como los

denominados salarios mínimos adicionales, que son los que en cada caso -es decir, de forma variable para cada sector profesional o, incluso, para cada trabajador- surgen como consecuencia de añadir a aquel mínimo los conceptos que enumeran los Decretos anuales de fijación (artículo 2 del Real Decreto 8/1991, de 11 de enero), entre ellos las pagas extraordinarias. Estos salarios mínimos profesionales o individuales no se confunden con el salario mínimo interprofesional y así se advierte claramente de la redacción de las correspondientes disposiciones cuando establecen que a los salarios mínimos interprofesionales -sólo variables en función de la edad del trabajador- "se adicionarán" los conceptos mencionados. Es cierto que el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año. Pero la generalidad de este reconocimiento no es suficiente para entender comprendidas dichas pagas dentro de la noción de salario mínimo interprofesional, ni su garantía de una percepción mínima anual se confunde con éste».

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado conduce al rechazo de la pretensión de que para determinar el salario mínimo interprofesional que sirve de base para el cálculo del límite del privilegio, deba incluirse la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.

En cuanto a la forma de determinación del número de días de salario pendientes de pago, debe seguirse la doctrina establecida por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en esta materia interpretando el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, teniendo declarado que en orden a conocer los días de deuda salarial pendiente, dado que ésta puede estar integrada por conceptos no homogéneos en el tiempo, la forma adecuada y sencilla de calcularla es dividiendo el total de deuda pendiente de pago por el salario diario del trabajador, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, en este sentido sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de octubre de 1997, del País Vasco de 18 de enero de 2000 (AS 2000, 35) y de Galicia de 20 de marzo de 2001 (AS 2001, 375), entre otras, siguiendo, además, todas ellas la doctrina del Tribunal Supremo que rechaza incluir en el concepto de salario mínimo interprofesional el prorrateo de las pagas extraordinarias que sólo se tiene en cuenta en el divisor para hallar el número de días de salario pendiente de pago.

Dicha fórmula se considera adecuada para el cálculo a los efectos de determinación del límite del privilegio general del artículo 91.1 de la LC, entre otras razones, porque de no aplicarse podría darse la absurda situación de que en la hipótesis de que se adeudaran las mensualidades de un año más las dos gratificaciones extraordinarias, equiparando éstas a 30 días de salario cada una, el número de días de salario pendientes de pago devengados en un año superaría los 365 días.

En consecuencia, el crédito del impugnante en concepto de pagas extraordinarias debe clasificarse como crédito con privilegio general del núm. 1 del artículo 91 de la LC y en lo que exceda el total de los créditos por salarios adeudados, del triple del salario mínimo interprofesional sin incluir el prorrateo de pagas extraordinarias multiplicado por el número de días de salario pendientes de pago, calculado en la forma antes indicada, se calificará como crédito ordinario.

TERCERO También se impugna la lista de acreedores por no haberse prorrateado el importe de las pagas extraordinarias a efectos de cuantificar el límite legal del triple del salario mínimo interprofesional para la determinación del límite del privilegio de la indemnización fijada en sentencia por la extinción de la relación laboral del trabajador, cuestión que ya ha quedado resuelta en el fundamento anterior respecto de los créditos por salario en el sentido de que no debe tenerse en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias para establecer la base del triple del salario mínimo interprofesional, por lo que debe rechazarse la impugnación en este particular.": Sentencia JM-5 Madrid 21.03.2005 (AC 740/2005)

2. Caso de los salarios de tramitación e indemnizaciones por despido

“3. Los créditos por salarios de tramitación fijados por resolución judicial dictada con posterioridad a la declaración de concurso ¿cómo se clasifican?”

Supuesto de hecho: la terminación de la relación laboral se acuerda judicialmente tras la declaración del concurso, pero el despido, la extinción del contrato o la demanda de resolución contractual (ex art. 50 del Estatuto) se ha producido con anterioridad.

Las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa (art. 84. 2. 5) cuando el despido o la extinción por otras causas se produzcan efectivamente tras la declaración del concurso. Solución clara en el supuesto de extinción por despido (entendida como resolución del contrato de trabajo por voluntad empresarial, sea uno o no por motivo disciplinario) dado que el despido extingue el contrato de trabajo, sin que la sentencia tenga efectos constitutivos, por lo que la indemnización no trae causas de la continuación del ejercicio actividad. Parece que está debe ser también la solución para el supuesto de indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento del empresario (art. 50 ET) ya que aunque la jurisprudencia social le reconozca efectos constitutivos a la sentencia, en sentido estricto el crédito indemnizatorio no se genera por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial

posterior a declaración del concurso, en la medida en que el incumplimiento que lo provoca habrá sido anterior (Emilio Beltrán).

Dos son las opciones:

a) Si se equiparan a salarios:

i) los que correspondan al periodo posterior a la declaración del concurso: serán créditos contra la masa (art. 84.2.5) al comprenderse en la expresión créditos laborales ii) los que correspondan al periodo anterior a la declaración del concurso a) -correspondientes a los últimos treinta días anteriores a la declaración y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional* : serán créditos contra la masa (art. 84.2.2) b) los restantes, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago: privilegio general del art. 91.1 c) el resto no incluido : ordinarios d) intereses: subordinado *SMI vigente de momento declaración concurso (Bartolomé Ríos Salmerón y María Luisa Segoviano, María Teresa Alameda Castillo, Emilio Beltrán, I. Albiol entre otros, con amparo en el art. 88 LC)

b) si se equiparan a indemnizaciones:

i) los que correspondan al periodo posterior a la declaración del concurso: serán créditos contra la masa (art. 84.2.5) al comprenderse en la expresión créditos laborales ii) los que correspondan al periodo anterior a la declaración del concurso: créditos concursales a) en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional*: privilegio general del art. 91.1 b) el resto no incluido : ordinarios c) intereses: subordinado

En la doctrina Bartolomé Ríos Salmerón y María Luisa Segoviano entienden que los salarios de tramitación se hacen equivalente a estos efectos a los salarios propiamente dichos, o sea, los que son fruto del trabajo efectivo. Por ende los treinta días el trámite anteriores a la declaración judicial de concurso tendrán la consideración de deuda de la masa. Añaden que si se trata de proceso pendiente laboral y la sentencia es posterior a la declaración judicial de concurso, los salarios de trámite que devengue el trabajador serán deuda de la masa (art. 84.2.5). En apoyo de esta tesis, se apunta que esta equiparación es la que lleva el FOGASA en aplicación del artículo 33 ET al computar los 120 días que constituyen su protección máxima, cuando sustituyen en el pago de los mismos con empresario insolvente. En cambio María Teresa Alameda Castillo entiende que no tienen cabida en latín 84. 2 1 (los treinta días anteriores a la declaración del concurso) los salarios de tramitación a los que se reconoce, mayoritariamente un carácter indemnizatorio no salarial, si bien apunta que la jurisprudencia ha extendido tradicionalmente la protección crediticia del artículo 32 ET a los salarios de tramitación, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1987 y 17 de julio de 1988.

Tampoco los incluye en el art. 84.2.1 Emilio Beltrán, dada su naturaleza esencialmente indemnizatoria [y por tanto excluidos del concepto de salarios (art. 26.2 ET)].

Niega su inclusión Encarna Cordero Lobato ya que se privilegia exclusivamente los créditos por salario por los últimos treinta días de trabajo, lo cuando no sucede mientras se devengan los salarios de tramitación.

En la jurisprudencia podemos apuntar las siguientes sentencias relevantes:

1) STSJ de la CV de 17 de marzo de 2000: Cuestión debatida: *“Pretenden las recurrentes que los salarios de tramitación que fueron pactados en acto de conciliación, tengan la consideración de salarios, y como tales, y por entenderlos como salarios diferidos se encuadren dentro de los créditos preferentes. A esta alegación debe añadirse y analizarse conjuntamente, la relativa a la supuesta infracción del art.*

32.1 y 2 del ET, pues si se parte de la consideración salarial de dicho crédito, al recaer sobre los últimos treinta días de trabajo, deben gozar de la preferencia absoluta que la norma indica, que es superior, incluso, a los créditos amparados por prenda o hipoteca. Respecto a la naturaleza de los llamados salarios de tramitación, ya el TS desde la sentencia de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991\3907) había mantenido la naturaleza indemnizatoria de los mismos, pues «con ellos se pretende, ... compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante si instrucción».

*Esta doctrina ha sido seguida por otras como las de 2 de diciembre de 1992; (RJ 1992\10050) y 19 de mayo de 1994 (RJ 1994\4284), aunque alguna otra, de manera aislada (STS 7 de julio de 1994 [RJ 1994\6351]) se inclinó por la tesis contraria. Posteriormente, la de 14 de marzo de 1995 (RJ 1995\2010), vuelve a declarar que, tanto se entienda que constituye un concepto jurídico propio como si se admite su naturaleza indemnizatoria, no se puede entender que constituyen obligaciones de estricta naturaleza salarial, posición que ha sido reiteradamente seguida en otras sentencias posteriores (por todas sentencia TS 14 julio 1998 [RJ 1998\8544],). Por ello, **negada la naturaleza salarial de la deuda, resulta imposible entender que la misma tenga encuadre dentro de las previsiones normativas que se pretenden**, pues es evidente que los conceptos aquí reclamados se encuadran en el art. 56.1 a) y b) en relación con el art. 32.3 de la misma norma.*

2) Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 25 mayo 1995 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2249/1994.

Cuestión debatida: ámbito de la protección que consagra el art. 32 del ET y en concreto si dentro del mismo se incluyen las indemnizaciones derivadas de la resolución del vínculo laboral como consecuencia de la rescisión de sus contratos por expediente de regulación de empleo.

La sentencia recurrida concluía que dicha cuestión debía resolverse excluyendo de la protección del art. 32 del ET, las indemnizaciones aquí debatidas.

Alegan los recurrentes que dicha resolución está en abierta contradicción la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 26 febrero 1990, 3 octubre 1990 y 30 junio 1987 y con lo decidido por la Sala de Conflictos no sólo en el auto ya citado, sino también en el de 4 abril 1994 *“la cuestión litigiosa debe resolverse de acuerdo con la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias aportadas como contrarias, y en otras también de esta Sala de 23 octubre 1986 (RJ 1986\5888); 30 junio 1987 (RJ 1987\4673); 19 diciembre 1987 (RJ 1987\8980); 27 julio 1988 (RJ 1988\6254); 15 diciembre 1988 (RJ 1988\9626); 3 octubre 1990 (RJ 1990\7522) y 26 febrero 1990 (RJ 1990\1235), en el Auto de la Sala de Conflicto de competencias del Tribunal Supremo de 27 junio 1992; en esta última resolución con las argumentaciones, allí contenidas, que esta Sala asume y hace suyas se dice, que dentro del ámbito de protección que el art. 32 ET dispensa, deben comprenderse, las indemnizaciones que tengan su origen en la extinción del contrato en base al art. 51 ET ensanchando el concepto de salario no sólo a las retribuciones percibidas directas e inmediatamente por la prestación de servicios, sino también su totalidad, como consecuencia del contrato laboral, por estar justificado no sólo por las razones históricas enumeradas en dicho auto, sino porque así resulta del art. 33 del ET al regular el ámbito de protección que el Fondo de Garantía Salarial dispensa, del cual se deduce que pese al calificativo «salarial» empleado se está refiriendo no sólo a los débitos salariales en sentido estricto, sino también a las indemnizaciones antes dichas, en primer lugar, porque si en dicho artículo se dice «que el FGS asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores - abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago, así como de las indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo conforme a los arts. 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores-, y que para el reembolso de las cantidades satisfechas «se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 de esta Ley», esta última precisión legal -la conservación del carácter privilegiado de unos y otros créditos los que corresponden al salario estricto y los que obedecen a indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo, pues a ambos se refiere el precepto, sin que sea válido introducir una distinción que en el mismo no se hace-, adquiere especial relevancia pues denota que el art. 32 en la regulación que contiene en materia de privilegios, refiere éstos a los que venimos llamando concepto amplio del salario, en el que se incluye no sólo la retribución inmediata y directa sino los demás beneficios que derivan del contrato de trabajo, como son las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo. De entenderse de otro modo carecería de lógica el mandato que figura en el último inciso del art. 33.4 conforme al cual si los créditos satisfechos por el FGS concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte satisfecha por aquél, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes, pues si se mantiene que las indemnizaciones por cese no se encuentran amparadas por el art. 32 no tendría explicación que lo pagado por FGS por tal concepto tuviera que ser considerado a efectos de la indicada prorrata, cuando los créditos no cobrados por los trabajadores fueran salariales, en su sentido estricto, y, por tanto indiscutiblemente dotados de preferencias»; en segundo lugar porque «el artículo 90.2 de la Ley General de la Seguridad Social expresamente dispone que las prestaciones que deben satisfacer los empresarios a su cargo tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando al efecto del régimen establecido por el art. 59 de la Ley de Contrato de Trabajo, cita esta última que ha de entenderse referida en la actualidad al art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, pues es la norma que en el nuevo ordenamiento laboral sustituye a la que figuraba en dicho art. 59. Supone el mandato legal referido que todas las prestaciones, incluso aquellas que no son sustitutivas del salario, se encuentran dotadas de los privilegios y preferencias que consagra el citado art. 32. Siendo ello así no resultaría conclusión lógica que el ámbito de cobertura que ofrece el mencionado artículo afectara de manera tan importante a las prestaciones de la Seguridad Social y que, sin embargo no actuara en el campo de las indemnizaciones por extinción del vínculo laboral, cuando las mismas compensan una pérdida del trabajo por causa no imputable al trabajador. Se ha de tener en cuenta, además, que dichas indemnizaciones son fijadas por la ley atendiendo a la antigüedad y a la cuantía del salario, en su concepción estricta, sin tener en cuenta otros eventuales perjuicios que de dicho cese se irroguen al trabajador, ya que las reglas que establece al respecto la legalidad vigente determinan su exacta cuantificación, excluyendo que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños y perjuicios causados por el cese impuesto por el empresario (Sentencias de 18 julio 1985 [RJ 1985\3809] y 23 octubre 1990 [RJ 1990\7709], ambas de la Sala de lo Social de este Tribunal)».*

3) Sentencia Tribunal Supremo núm. 1020/2002 (Sala de lo Civil), de 5 noviembre:

Cuestión debatida: ámbito de la protección que consagra el art. 32 del ET. Se señala que la Sala Primera no consideraba crédito preferente el correspondiente a las **indemnizaciones** reconocidas en sentencias firmes por los Juzgados de lo Social a los

empleados **despedidos** por entender que no podían ser comprendidos en el concepto de salarios, los Juzgados y las Salas de lo Social llegaban a la solución contraria y lo mismo la Sala de Conflictos en resoluciones de 4 de abril y 6 de julio de 1994. Este último criterio, se añade, ha sido confirmado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 que ha modificado el apartado 3 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, atribuyendo a las indemnizaciones por despido la misma preferencia que a los créditos salariales que el citado párrafo menciona.

“Ciertamente la reforma del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores concedió a las indemnizaciones por despido el mismo régimen que a los salarios a que dicho apartado del precepto se refiere; sin embargo, esta circunstancia en nada afecta al tema que se debate. En primer lugar, porque el crédito de los recurrentes nació con anterioridad a dicha reforma legislativa, en momento en que el precepto mencionado no hacía alusión alguna a las citadas indemnizaciones. En segundo término, porque la preferencia que tras la reforma se concede a las indemnizaciones por despido no puede ser interpretada de modo extensivo ya que el legislador al promulgar la Ley 11/1994, de 1 de junio (que determinó la publicación del Texto Refundido ET por Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) eligió una expresión muy concreta y precisa, que no ha modificado posteriormente, pese a que en el Boletín Oficial del Estado de 21 de junio de 1995 se publicó el Convenio 173 de la Organización Internacional de Trabajo aprobado el 23 de junio de 1992 y ratificado por España el 28 de abril de 1995, sobre protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador que, más ampliamente, se refiere a indemnizaciones adecuadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. En definitiva, las indemnizaciones reconocidas a los recurrentes por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid de fecha 20 de noviembre de 1993 no se hallaban comprendidas en el artículo 32-3 del Estatuto de los Trabajadores según su redacción entonces vigente, ni pueden entenderse subsumibles en aquellas que por despido menciona dicho precepto, tras la reforma de 1994, razones que imponen la desestimación del recurso.”

4) SAP de Orense de 18 de junio de 2004 :

Supuesto de hecho: la inclusión en el concepto de salario de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

“La cuestión no ha sido pacífica y el propio Tribunal Supremo ha venido manteniendo posturas contradictorias prevaleciendo no obstante hasta fecha reciente el criterio sustentado por la Sentencia del TS de 25 de mayo de 1995 (RJ 1995\4003) que modificando sus criterios anteriores y siguiendo la tesis de la Sala de conflictos, respecto al tema de la inclusión en el concepto de salario de la resolución del contrato de trabajo aunque la causa no sea de despido mantenía un concepto amplio de salario, en el que se incluían no sólo la retribución inmediata y directa del trabajo desarrollado por cuenta ajena sino los demás beneficios que derivan del contrato como son las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, con independencia de cual fuera la causa de la misma llegando a tal conclusión en base a una conjunta interpretación de los artículos 32 y 33 del ET, viéndose tal postura refrendada por la reforma del ET llevada a cabo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo que extiende la preferencia en el nº 3 del artículo 32 no sólo a los salarios sino también expresamente a las indemnizaciones por despido. La misma postura es mantenida en la más reciente de fecha 27-7-2000 (RJ 2000\6200) que indica: «Lo que no hay duda es que dentro del ámbito de protección del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, debe entenderse enclavado en el concepto que da del salario, no sólo las retribuciones percibidas de una manera directa e inmediata por la prestación del trabajo, sino también aquellas sumas entregadas o indemnizaciones derivadas por cualquier causa de un contrato laboral. Y así se infiere del art. 33 de dicho Estatuto, que establece un criterio derivado de un «concepto amplio del salario». Si bien los criterios expuestos se han visto claramente modificados por la sentencia de la misma Sala de fecha 5-11-2002 (RJ 2002\9747) que tras analizar las distintas causas de extinción del contrato laboral y su distinta regulación concluye que: «la preferencia que tras la reforma se concede a las indemnizaciones por despido no puede ser interpretada de modo extensivo ya que el legislador al promulgar la Ley 11/1994, de 1 de junio (que determinó la publicación del Texto Refundido ET por Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo) eligió una expresión muy concreta y precisa, que no ha modificado posteriormente, pese a que en el Boletín oficial del Estado de 21 de junio de 1995 se publicó el Convenio 173 de la organización Internacional de Trabajo aprobado el 23 de junio de 1992 y ratificado por España el 28 de abril de 1995, sobre protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador que, más ampliamente, se refiere a indemnizaciones adecuadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. De lo que se deduce que la preferencia o privilegio reconocida en el artículo

32.3 del ET respecto a las indemnizaciones por despido comprende exclusivamente tal concepto «despido» entendido en sentido estricto y sin abarcar por ello a las derivadas de la extinción del contrato a petición del trabajador a las que se refiere el artículo 50 del ET, como acontece en el caso ahora enjuiciado, lo que lleva a la Sala a acoger la mas reciente postura jurisprudencial, la que por lo demás se ve reforzada si se considera que el legislador en la modificación del citado precepto llevada a efecto por la Ley 22/2003 de 9 de julio en materia concursal mantiene el párrafo 3º en sus mismos términos sin introducir modificación ampliatoria alguna para salvar las dificultades que en el orden práctico se plantean”

Criterios a favor de la interpretación estricta :

i) el art. 84.2.1 se refiere a salarios en tanto que los arts 84.2.5 y 91.1 contempla expresamente salario e indemnizaciones, por lo que parece que discrimina al no equiparlo ii) el art. 84.2.1 habla de salario por los últimos treinta días de trabajo, por lo que parece referirse a salarios en sentido estricto, por el trabajo efectivo (art. 26.1 ET) y no indemnizaciones que no es salario (art. 26.2 ET) iii) el art. 32.1 ET que es el equivalente extraconcursal al art. 84.2.1 habla desalario en tanto que la equiparación a efectos de preferencia la establece el art. 32.3 ET, según redacción dada por la LC (*Disposición final decimocuarta*).iv) la doctrina jurisprudencial social que otorga naturaleza indemnizatoria a los salarios de tramitación v) los antecedentes jurisprudenciales citados. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 3

3. Caso del recargo sobre la prestación por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral

“El primer aspecto en el que hay discrepancia es el capital-coste de pensión por recargo de falta de medidas de seguridad que pretende el promotor incluir en el art. 91.1 LC, privilegio general que efectivamente se concede a «las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso».

Tal recargo es de naturaleza bien diversa a los recargos tributarios o de Seguridad Social, porque se disponen en beneficio del trabajador o sus causahabientes, que han padecido el incumplimiento en materia de salud laboral. Hay que rechazar que tenga naturaleza sancionadora, ya que al concederse al perjudicado por el incumplimiento, el trabajador, tiene una función indemnizatoria bien diversa que los demás recargos, a los que sí podrían aplicarse los precedentes judiciales que se citan.

La propia Ley Concursal ha querido conceder a esos recargos la calificación de créditos con privilegio general, y los incluye en primer lugar de la relación que compone su art. 91. No hay duda, en consecuencia, de su naturaleza, pues su rasgo principal no es tanto la sanción al empresario, como la indemnización al empleado, indemnización que se gradúa en función del grado de incumplimiento o culpa del empresario, lo que determina que, en este aspecto, deba estimarse la pretensión impugnatoria de la TGSS, ya que pese a la denominación «recargo» el importe de este crédito de 2058, 84 euros no merece la calificación de subordinado, sino la prevista en el art. 91.1 LC.”: Sentencia JM-1 Bilbao (Vizcaya) 03.03.2006 (AC 2006/460)

4. Inaplicabilidad de este privilegio al FOGASA. La subrogación privilegiada del art. 33.4 ET no opera en caso de concurso

“**PRIMERO** Por la parte demandante del Fondo de Garantía Salarial se expone en su escrito rector que con motivo de las cantidades satisfechas en su momento por dicho organismo público se alcanzó el acuerdo de devolución y reintegro aplazado suscrito en fecha 20 noviembre 1998 con «Porcelanas del Principado, SL» en el que se pactó la subrogación del Fogasa «en el crédito de los trabajadores por las cantidades pagadas a los mismos» con un reintegro convenido a 8 años, siendo así que a la fecha de declaración de dicha empresa en situación concursal (8 junio 2005) quedaba pendiente de devolución, en concepto de principal, la suma de 97.312, 83 euros que la Administración concursal reconoce en su informe como crédito ordinario de la titularidad del Fogasa. No estando conforme con dicha clasificación la incidentante viene reclamar en la presente demanda la aplicación a su derecho del privilegio general previsto en el ordinal 1º art. 91 LC habida cuenta de que la subrogación que ampara al Fondo de Garantía Salarial le permite conservar los privilegios previstos en el art. 32 ET y atendida igualmente la naturaleza salarial de las prestaciones de garantía asumidas por aquella (art. 33-4 y art. 26-1 Estatuto de los Trabajadores).

SEGUNDO La cuestión litigiosa sometida a debate se reduce al problema puramente jurídico referido al alcance que merece en las situaciones concursales la subrogación que obligatoriamente opera a favor del Fondo de Garantía Salarial una vez haya asumido las obligaciones previstas en el art. 33-4 ET y más concretamente si tal subrogación conlleva igualmente la transmisión al nuevo acreedor de los privilegios que asistían al acreedor salarial satisfecho para poder ser esgrimidos por el primero en la vía de regreso, cuestión respecto de la cual este juzgador acoge la tesis acertadamente defendida en su contestación por la Administración concursal.

Conviene precisar señalando que tradicionalmente se ha venido distinguiendo en cuanto a la construcción de las preferencias de créditos, entre las preferencias privilegiadas o privilegios (con fundamento en la Ley) que encontraban su causa en la atribución legal de preferencia a un crédito por razón de su naturaleza o de las circunstancias personales de su titular, frente a las

preferencias reales (con fundamento en la autonomía de la voluntad) derivadas de la previa existencia de una garantía real o de figuras asimiladas a ella, categorías que pasan a ser refundidas por la nueva Ley Concursal con cierta confusión conceptual al englobar todas esas figuras bajo la denominación genérica de privilegios. Sin embargo debe recordarse que las genuinas preferencias crediticias, como la que asiste al titular de un crédito salarial, es un derecho que no tiene sustantividad propia, no es un derecho subjetivo que se añada al de crédito, sino que es este mismo derecho de crédito entre cuyo haz de facultades se encuentra la de oponerlo a otros acreedores que la Ley concede (en tal sentido STS, Sala Primera, de 21 diciembre 2000 [RJ 2001\ 708]). Debe igualmente tenerse en cuenta la jurisprudencia que ha apuntado el fundamento del derecho de preferencia o privilegio de los créditos salariales en «evidentes argumentos de protección social, que toman en cuenta la debilidad del asalariado, la cobertura de cuyas más perentorias necesidades se vería muy dificultada y hasta imposibilitada de no serle concedido este singular privilegio rotundamente proclamado por el legislador» (STS, Sala Primera, de 27 octubre 1983 [RJ 1983\ 5345]). Esta circunstancia ha llevado también a la jurisprudencia ha interpretar de manera inconcusa tanto el art. 1212 como el art. 1528 Código Civil en el sentido de que «la transmisión de los privilegios unidos al crédito sólo se produce respecto a aquéllos que nacen o se derivan de la naturaleza o causa del crédito, o de título formal en que consta, no de los que sean de naturaleza personal», de lo que concluye que no es posible la transmisión del derecho de preferencia o privilegio propio del crédito salarial, dado su carácter estrictamente personal, a persona alguna que no sea el Fondo de Garantía Salarial habida cuenta de la expresa disposición a favor de esta última contenida en el art. 33-4 ET (STS, Sala Primera, 27 junio 1989 [RJ 1989\ 4787]).

TERCERO Partimos por lo tanto como único sustento normativo que pueda amparar la transmisibilidad del privilegio salarial al Fogasa de la norma dispuesta en el art. 33-4 ET al disponer en su párrafo segundo que «Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley».

Ahora bien, no puede olvidarse que el art. 32 ET ha sido modificado por la Ley 22/2003 de 9 julio, Concursal en su Disposición final decimocuarta, pasando a disponer el nuevo apartado 5º del art. 32 que «Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios». Esto es, el art. 32 ET ve limitado su ámbito de aplicación exclusivamente a las preferencias crediticias que se susciten en el curso de una ejecución singular pues en el caso de declaración concursal el cuadro prelativo que resultará de aplicación en el seno del procedimiento será el diseñado por la propia Ley Concursal en sus arts. 89 a 93. La preferencia de un crédito en el juicio universal que es el concurso de acreedores opera como modalización del principio de la par conditio creditorum, por lo que solo tendrá virtualidad cuando aparezca autorizado por la propia Ley reguladora del sistema como así aparece proclamado en el art. 89-2 LC al disponer que «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». En definitiva, la previsión contenida en el párrafo segundo art. 33-4 ET relativa a la transmisión al Fogasa, para el reembolso de las cantidades satisfechas, de los privilegios conferidos por el art. 32 ET carece de eficacia en las situaciones concursales (sin que tampoco la remisión contenida en el art. 149-2 LC lo sea a dicho apartado) toda vez que los privilegios otorgados por dicha norma estatutaria tampoco rigen en el seno del concurso, procediendo en consecuencia desestimar la pretensión de la parte demandante. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 05.05.2006 (AC 2006/843)

5. Pretendida subrogación del Banco en los privilegios del art 90.1.3º y 91.1º

“**CUARTO.-** Con respecto al crédito por el que se postula la clasificación como privilegiado especial de art. 90.1.3º o subsidiariamente general de art. 91.1º LECO, de 292.395,94 euros, ya no puede orillarse la resistencia de la administración concursal, puesto que está cuantificado a la perfección, en efecto se busca el abrigo de específicos privilegios concursales para créditos de los trabajadores, y el pago de salarios del mes de diciembre de 2005 por otro acreedor, el Banco, viene intitulado con expresa invocación del derecho subrogatorio en un documento público.

Mantiene la administración concursal que los privilegios del crédito salarial son de naturaleza personal, con arreglo a jurisprudencia y praxis, de modo que el pago no granjea subrogación en los mismos, la cual sólo opera por la previsión específica del art. 33.4.pfo.2º ET para el FOGASA. El Banco actor aduce la predicha normativa civil de arts. 1.158, 1.210.1º y 1.212 CCiv, la doctrina de la famosa STSJ Social de Catalunya de 7 de abril de 1998, y el enriquecimiento injusto del resto de acreedores de la masa pasiva.

Pues bien, en este punto el Juzgador no comparte la tesis de una supuesta jurisprudencia sobre la naturaleza personal de los privilegios laborales, desde razonamientos dogmáticos y de

practicidad, pero en este tema de subida importancia, precisamente se sostendrá que, en ningún caso, procede sucesión con eficacia para la prelación concursal en tales privilegios.

Ante todo, la pretensión impugnatoria principal, de nuevo, tendrá siempre que fracasar en cuanto no especifica el objeto sobre el que gravitaría un eventual privilegio especial refaccionario, esto es, la cosa o derecho propiedad de Matrinor S.L. y constante en el inventario -habida cuenta que no se impugna éste-, que haya sido generado por el trabajo de la plantilla que cobró del Banco salarios, y en cuyo valor en cambio pudiera, entonces, existir preferencia de cobro desde el nacimiento del crédito beneficiado con este "adhesivo" jurídico, sólo supeditado a garantía real canónica anteriormente constituida.

No tiene sentido, pues, examinar el potencial prelativo de un salario subrogado como crédito refaccionario, sin determinar aquella "elaboración" refaccionada y justificativa de la clasificación, con lo que carece de interés la reflexión acerca de si la subrogación resulta operativa o no.

Ahora bien, no es menester fijar un objeto preciso para la preferencia dimanante del privilegio general laboral de art. 91.1º LECO, dado que se cierne sobre todo el valor de la masa activa, de acuerdo con la prelación.

Y esta pretensión subsidiaria debe estudiarse y desestimarse, aunque no se comparta la catalogación del privilegio salarial como personal, esto es, sin discutir esa base de la pretensión del Banco.

1º) En primer lugar, es indiscutido en la doctrina que los privilegios modernos no se otorgan por la Ley en razón de las personas de los acreedores, como pudo acontecer en el Antiguo Régimen con las cargas señoriales o eclesiásticas. El denominado privilegio salarial puede llamarse personal sólo con el sentido, mixtificador, de revestirse de una naturaleza que no es real, pero como todos los demás, concursales y extraconcursales, obedece a una consideración axiológica del crédito por el legislador, al margen de su titular en concreto, o como categoría. Puede decirse, en alguna formulación, que hay preferencias atribuidas por privilegio, fundado en las características del crédito, y las hay atribuidas por garantía real, pero no que las "preferencias no reales" atienden a la condición personal de sus titulares.

2º) En la doctrina clásica, el privilegio es una facultad de cambio jurídico -facultad de modificar una relación de pago a un acreedor por preferencia al cobro del titular de la facultad-, la cual está inserta en el crédito, por lo que no tiene sentido hablar de la causa, personal o no, del privilegio en términos de los arts. 1.261.3º y 1.274 CCiv. Causa hay en el crédito salarial, como su razón de ser y fundamento de su exigibilidad. No puede haberla en una facultad que no es derecho subjetivo, y frente a la que no hay contrapartida, beneficio remunerable, ni pura liberalidad, sino mero sometimiento del crédito concurrente adverso a sus consecuencias, dentro del proceso. En nuestro sistema, es cada vínculo jurídico obligacional el que exige la Ley que tenga una justificación real y válida, por lo que las posiciones jurídicas ínsitas al vínculo, lógicamente aprovechan la causa de éste. Y la causa del salario y de todo el haz las facultades que otorga a su titular, incluido el privilegio, no es otra que la prestación del trabajo por cuenta ajena en condiciones de dependencia, y que se retribuye.

Pero es que, incluso si se asumiera la doctrina minoritaria del privilegio como derecho adicional al crédito, su causa, cuando la efectividad del privilegio se logra preprocesalmente, sería el soslayamiento de las consecuencias de sujeción al nivel prelativo del crédito concurrente -cuya causa es la de éste-, cuando se tratara de pura voluntad unilateral su causa sería abdicación, y cuando se tratara de pacto, como en la cesión, tendría su respectiva causa propia, onerosa o lucrativa.

3º) Con todo, los privilegios tienen un fundamento jurídico, y el fundamento del privilegio salarial tiene en consideración la "clase" de las personas titulares del salario.

Puede clasificarse el fundamento de los privilegios actuales en tres bloques: A) El fundamento formal, de la autenticidad de la causa del crédito por la forma "ad solemnitatem", base de la preferencia en la codificación, con la preconstitución de titulación y la publicidad: Así, las garantías reales, los derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad -y otros registros oficiales-, las escrituras públicas, y las sentencias; B) El fundamento funcional, que responde al bien común institucionalizado: Así, los importantes créditos salariales y "para-salariales" de autores y trabajadores por cuenta propia, fiscales y de Seguridad Social, de las comunidades de propiedad horizontal, y del ámbito familiar (alimentos, última enfermedad, entierro, funeral), entre los clásicos, y de los créditos por responsabilidad extracontractual, entre los contemporáneos; C) El fundamento en la certeza de una aportación patrimonial de origen: Así, los diferentes casos de refacción material, de trabajo y de capital.

En el procedimiento concursal se admite el fundamento mero-formal sólo en el campo de las garantías reales (véanse arts. 90.2 y 155.3.pfo.2º LECO), y el de origen resulta muy residual, siempre entre los privilegios especiales, por lo que los privilegios generales son funcionales. Los créditos laborales tienen privilegio por una idea de lo objetiva y materialmente justo en consideración, claro es, a la causa que adorna al crédito que protege, con un carácter funcional-social (aunque, como se sabe, en cierta mínima medida de carácter refaccionario por la incorporación del trabajo al producto). Una inmensa mayoría de las personas en las sociedades modernas se ganan la vida trabajando en régimen por el que ceden "ab initio" los frutos de su

actividad profesional, sin ser dueños de la materia, medios o producto de tal actividad, y por ese trabajo, son acreedores de una remuneración que es lo único con lo que normalmente cuentan para subvenir a la adquisición de bienes y servicios para sí y para los que de ellos dependen, desde lo más primordial. Lo más abundante es que los trabajadores no se hallen establemente en posición acreedora más que de una persona, que es el empresario -o modernamente, las entidades de crédito a través de las que éste paga-, posición acreedora que integra el circulante todo del patrimonio de dicha mayoría de personas. El crédito por la retribución del trabajador es, entonces, vivencial o alimenticio, y por lo tanto existe una función social trascendente que es fundamento de que se conceda un privilegio, y entre todos los de carácter general, el que se encarama a la cúspide de la prelación.

Este carácter pseudoalimenticio del salario no es un fundamento que se fija en el trabajador como persona, y por ello su privilegio no es personal, pero se fija en la posición social de una categoría mayoritaria de personas -junto con los funcionarios, que son empleados de un sujeto no insolvente, por definición-, y de las personas de éstas dependientes, derivada del carácter de sus créditos. Obviamente, este fundamento desaparece por completo cuando una entidad financiera adquiere los créditos salariales.

Hay autores que sostienen que el privilegio del salario carece de fundamento jurídico y que sólo se justifica en la medida que los asalariados tienen muy difícil acceso individualizado al mercado de garantías, y sufren una "postnumeratio", dado que, siendo su relación de tracto sucesivo y periódico, siempre rinden su prestación laboral, mayormente cada mes, antes de recibir dicho salario. Siendo estas características muy ciertas, no se comparte una línea de ausencia del predicho fundamento funcional encarado con una determinada categoría de personas, según se ha explicado.

4º) Las SSTs de 26 de junio de 1989 y 12 de marzo de 1993, censuradas por la mejor doctrina laboralista, efectivamente no pueden reputarse una jurisprudencia. Se dictan en casaciones sobre tercerías de mejor derecho, y la primera de dichas sentencias no recae sobre la normativa laboral siquiera previgente a LECO, recogiendo las reminiscencias de la regla del art. 59.6ª LCT 1944, mientras que en la segunda se trata de un "obiter dictum", que se acopia, glosando la anterior sentencia acriticamente, para combatir -en un giro de la Sala I TS, por lo demás, fracasado- el privilegio de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral, desde el prisma de que la subrogación legal del FOGASA se predica de salarios y tales indemnizaciones, subrayando la exclusividad de esta vía subrogatoria y su condición ancilar.

En las ejecuciones singulares no puede decirse, pues, que medie una doctrina social acerca de la intransmisibilidad de los privilegios de art. 32 ET, y por ello, perfectamente aceptable la sentencia de suplicación de la Sala TSJ Barcelona que invoca el Banco impugnante.

Empero, si en esas decisiones sólo pareció admitirse la subrogación legal del FOGASA para la transmisión del privilegio, como la subrogación legal específica de dicho organismo ex art. 33.4.pfo.2º "in fine" ET no tiene aplicación en el procedimiento concursal -así, SJMercantil de Oviedo de 5 de mayo de 2006-, dada la inmaterialidad de dicho precepto de cara a los privilegios concursales (véase art. 89.2 In fine" LECO), puesto que se refiere a los del art. 32 ET, "a fortiori" habrá que sostener que en el procedimiento concursal no existe subrogación para esta preferencia.

5º) El razonamiento pragmático es obvio. En el ámbito de la ejecución singular, si el crédito laboral se protege, por un lado con el privilegio, y por otro con una institución de Seguridad Social en sentido lato, el FOGASA, hasta un grado que no conocen otros créditos funcionales-sociales, la consideración personal e intransferible del privilegio supone con evidencia una fórmula de desincentivar una de las posibilidades derivadas de dichas protecciones, como es el pago por tercero, es decir, la aparición de un financiador de las obligaciones de la empresa, dado que la subrogación no conllevaría el mantenimiento del nivel relativo. El interés de ambos mecanismos de preferencia y de garantía salarial es que los trabajadores cobren, y cobren cuanto antes, pero dado el valor pseudoalimenticio del salario, en una situación, que no se olvide, es de solvencia del empresario, aún con iliquidez o crisis patrimonial, lo práctico es favorecer que otro acreedor "subvencione" el anticipo, lo cual sólo ocurrirá cuando quien pague suceda a los trabajadores en la preferencia, y no cuando reciba, a cambio de su financiación la sanción de quedar postergado en la vía de ejecución singular por otros acreedores privilegiados. Esta es la ambición explícita, plausible, del Banco Popular en diciembre de 2005.

Ahora bien, en el procedimiento de concurso nos instalamos en la insolvencia, y el interés de la norma no es, para ninguna de las dos instituciones, el privilegio y el aseguramiento social del FOGASA, exclusivamente que los trabajadores cobren rápidamente, sino también coadyuvar a la finalidad de lograr una conservación de la empresa, que es también del mayor número de puestos de trabajo, ya sea por la vía convencional, ya por la de una liquidación con "continuidad traslativa" de unidades económicas, sin lesión del fundamento vivencial del salario o de la reparación por despido económico, pero sin sacrificar tampoco a la masa pasiva. Si al final, lo créditos laborales, además de los que son contra la masa, sintéticos o no, pueden cobrarse del patrimonio empresarial, o del FOGASA en una gran porción, preservándose la intensidad del

favorecimiento legal del crédito de los trabajadores, aunque sin subrogación legal, carece de sentido beneficiar una subrogación voluntaria o presunta de carácter genérico. La subrogación en el privilegio para animar al acreedor financiador al pago de los salarios ante la falta de numerario del empresario, declina con la declaración del concurso, que significa precisamente la insolvencia, y el anticipo del FOGASA sin privilegios.

La subrogación en el crédito se presume con generalidad para diversas fórmulas del pago total (art. 1.210 CCiv), y se establece por mandato legal en otras de pago total o parcial, que son cesiones de contrato sin "trilateralidad" por disposición del legislador o subrogaciones "ex lege". Ejemplos corrientes de esto último son el art. 1.839 CCiv, para el fiador; el art. 1.844 CCiv, menos nítido, para cofiadores solidarios; el art. 43 LCS para las compañías de seguros; o los arts. 33.4 ET, y 24 LPL para el FOGASA.

Pues bien, el pago por tercero, a solicitud del deudor, al acreedor privilegiado, hay motivos dogmáticos y prácticos, en el fundamento pseudoalimenticio del privilegio laboral sin subrogaciones legales previstas, para considerar, derrocando la presunción genérica, y dejando, en nuestro caso, ineficaz la manifestación expresa de subrogación en escritura preconcursal, no se produce en el privilegio concursal de art. 91.1º LECO.": Sentencia JM-2 Bilbao 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06)

6. El capital-coste no puede incluirse en el art. 91.1 porque no está expresamente previsto su carácter de crédito privilegiado.

La Disp. Final 11 de la LC modificó el art. 32 ET para no mantener los privilegios de esa norma y los del art. 121.2 LGSS en situaciones concursales, remitiéndose a las previsiones de la Ley Concursal. No puede hacerse una interpretación extensiva de un privilegio

"SEGUNDO.- La calificación del capital coste.- Discrepan las partes sobre la calificación que merece el crédito de 494.026,16 euros por el impago del capital coste a que se comprometía la empresa concursada a través de un sistema de contratos de relevo en el que se producían jubilaciones parciales de parte de la plantilla. La TGSS sostiene que debe incluirse entre los privilegios previstos en el art. 91.1 LC, que se prevé para *"las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso"*. La administración concursal considera que no se puede incluir en tal precepto porque no cabe en ninguno de los supuestos que contiene.

El RD 1991/1984, de 31 de octubre, luego derogado por RD 1131/202, de 31 de octubre, regulaba el denominado contrato de relevo. Las jubilaciones parciales que prevé por remisión al art. 12.5 del Estatuto de los Trabajadores se fundamentaban en las aportaciones que trabajadores y empresarios habían de verificar a la respectiva entidad gestora. En este caso, como admiten las partes, concurre la circunstancia prevista en el art. 9.3 del derogado decreto, puesto que la empresa incumplió su obligación de sustituir al trabajador jubilado por otro que le relevara.

En tal precepto se dispone que *"en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en los números anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento del cese o del despido improcedente"*, por lo que el INSS, como admite la administración concursal, ha imputado a la concursada los capitales-coste de las pensiones de jubilación a tiempo parcial.

En cuanto a los argumentos de la TGSS, cierto es que los capitales-coste cuya inclusión se reclama son sustitutivos de las indemnizaciones a las que alude el precepto, puesto que en lugar de que se disponga un despido por la finalización de la relación laboral, lo que idea la normativa reguladora del contrato de relevo es una jubilación parcial, por lo que se disminuye el salario, y a cambio, se percibe la prestación por jubilación y se incorpora un desempleado a la prestación laboral que queda sin cubrir. Sin embargo esta prestación no está incluida en el art. 91.1 de la Ley Concursal. Precisamente por ser excepción el carácter privilegiado de un crédito debe interpretarse restrictivamente. La norma ha relacionado específicamente cada clase de crédito merecedor del privilegio, y no ha incluido los supuestos de capital-coste entre los mismos.

Sostiene también el demandante que este concepto tiene carácter privilegiado en caso de empresas que no se encuentren en situación concursal, pues así se dispone en los arts. 121.2 del RDL 1/1994, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 48.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS), aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio, norma que se apunta es posterior a la que se interpreta.

Comenzando por esto último, habrá que resaltar que, pese a ser posterior a la Ley Concursal, el RGSS no la puede modificar por ser de rango inferior, conforme a los arts. 9.3 CE y 5 y 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), que garantizan el principio de jerarquía normativa.

Apartado que una norma reglamentaria ulterior pueda modificar una norma legal previa, hay que resaltar que ciertamente el sistema normativo ha establecido el carácter privilegiado del capital coste en situaciones no concursales, pero que la propia Ley Concursal, en su Disposición Final

14.1 modificó, precisamente, el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores. Hasta entonces tal norma indicaba, en su apartado 4, que "*las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurren con otro u otros créditos sobre bienes del empresario*". Es decir, que los privilegios que disponía eran de aplicación en situaciones concursales.

Pero a partir de la reforma concursal, la regulación del precepto estatutario se modifica, y excluye esa eficacia, pues ahora el art. 32 dispone en su apartado 5 que "*en caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios*".

El cambio legislativo es nítido. Hasta la Ley Concursal, los privilegios del art. 32 ET, a los que se remitía el art. 121.2 LGSS, surtían efecto incluso en situaciones concursales. A partir de entonces, por disposición expresa de la ley, que modifica el Estatuto de los Trabajadores, no se mantiene la eficacia en situaciones de concurso, sino que la norma especial, Ley Concursal, prevalece sobre la previsión estatutaria, que privilegia los créditos sólo si no hay concurso.

Se aduce, por último, que incluso el recargo por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral, que es complementario y no principal, merece la consideración de crédito privilegiado en el art. 91.1 LC. Así ha sido admitido, además, por este mismo juzgado en su sentencia de 3 de marzo de 2006, AC 2006\460. Pero de nuevo ha de resaltarse que la técnica legislativa ha sido enumerar los casos en que se concede el privilegio, y uno de ellos es el incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral, y sus recargos. Al expresar el art. 91.1 LC el concepto, incluyendo los recargos, lo incluye en el privilegio. Pero no es el caso del capital-coste, al que para nada se alude en la norma.

En definitiva, y pese a todas las consideraciones que hace la TGSS, no hay fundamento legal que permita incluir una prestación no prevista, como la de capital coste, en una clase de privilegios para los que no está expresamente previsto.

Es posible, de *lege ferenda*, que si el legislador decide que en situaciones concursales es necesario proteger el salario decida incluir entre los privilegios también las prestaciones al régimen de la Seguridad Social que garantizan sustitutivos de dicho salarios, asegurando la coherencia en el régimen jurídico de ambos. Pero de *lege data* no hay forma de incluir en el privilegio el concepto reclamado, ya que no se haría una interpretación finalista o sistemática, como pretende la TGSS, sino simplemente extensiva, criterio incompatible con el concepto mismo de privilegio, que supone excepción al régimen general.

Por todo ello, como solicita la administración concursal, este concepto no puede incluirse como privilegio general del art. 91.1 LC, aunque sí merezca el privilegio del art. 91.4 en la cuantía que se indicará seguidamente.": Sentencia JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Incidente Concursal 307/2006-C)

- 2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

Art. 91.2º

Retenciones tributarias y de la Seguridad Social: Inexistencia de derecho de separación

"La premisa inicial para solucionar esta cuestión parte de recordar, como ya hemos dicho, que las retenciones por IRPF, a efectos concursales, ya no tiene en la actualidad y tras la reforma concursal la naturaleza de depósito a favor de la Hacienda Pública sujeta al derecho de separación *ex iure dominii* de que gozaba en el régimen anterior (tal y como había sentado la STS de 5 julio 2000 en interpretación y aplicación del art. 96-5 del Reglamento General de Recaudación). Siendo el legislador consciente de la ficción que suponía tal asimilación, pues ni estamos en presencia de un contrato de depósito de naturaleza real y consensual como así se conceptúa en el CC y en el CCom, ni tampoco se puede hablar de un genuino derecho de separación que exige la más perfecta identificación de los bienes a separar, todo ello incompatible con un bien como el dinero habida cuenta de su ultrafungibilidad que le lleva lógicamente a confundirse con el patrimonio del retenedor, es por lo que las cantidades que obedezcan a retenciones tributarias pasan en la nueva regulación de estar sujetas a separación (ya no entran en el ámbito del art. 80 LC) a configurarse como auténticos créditos a favor de la Hacienda Pública si bien con el reconocimiento del privilegio general previsto en el art. 91-2º LC." : Sentencia JM Oviedo (Asturias) 31.05.2005 (AC 2005/1019)

- 3.º Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

Art. 91.3º

1. Límite temporal: aplicabilidad a los dos supuestos que contempla el precepto

“**QUINTO** En función de lo anterior procede entrar a valorar el apartado tercero del artículo 91 LC en cuanto recoge que son créditos con privilegio general «los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso». En todos los supuestos estamos centrando la cuestión de los créditos a los que resulten devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso y no a todos los que ostenten los acreedores, tanto en cuanto a trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de derechos pues la interpretación del precepto se debe realizar de forma sistemática entendiéndose que dicha limitación temporal lo es a los dos supuestos contemplados en el mismo.”: S JM-1 Málaga 29.03.2006 (AC 2006/1474)

2. Falta de concurrencia del requisito temporal. Carga de la prueba. Falta de prueba del momento del devengo del crédito

“**PRIMERO.-** En el presente incidente la parte actora, DON LORENZO MORENO MONTERO, impugna la lista de acreedores anexa al informe de la administración concursal en el concurso de la mercantil LOALTEX, si bien muestra su conformidad en cuanto al importe de su crédito reconocido en dicho documento (3.663 €), tras la rectificación efectuada en el acto de la vista, difiere en cuanto a la calificación que de dicho crédito efectúa la administración concursal como crédito ordinario, entendiéndose que ha de ser reconocido con privilegio general del artículo 91.3. de la L.C.

Como hechos en los que fundamenta su pretensión alega básicamente que el crédito tiene su origen en unos servicios prestados, en su condición de profesional autónomo del interiorismo y la decoración, en el proyecto y dirección de obra de un centro comercial de Orihuela (Alicante) por lo que concurren los dos requisitos que exige el art. 91.3 de la L.C. para gozar de privilegio, a saber, la no dependencia del trabajo desarrollado por la actora respecto a la mercantil concursada y el modo personal en que ha sido prestado.

SEGUNDO.- Frente a dicha pretensión se opusieron tanto la administración concursal como la concursada.

La administración concursal se opuso argumentando básicamente que no concurría ninguno de los dos requisitos exigidos en el art. 91.3, afirmando que si bien en el ámbito laboral podría considerarse a un empresario del sector de la decoración como trabajador personal no lo es en el ámbito mercantil o tributario y además que no acredita el extremo relativo a la falta de dependencia. Argumentos a los que se adhirió la concursada, quien a manifestado además en el acto de la vista que en cualquier caso el crédito no se devengó dentro de los seis meses antes de la declaración del concurso, tal y como exige el art. 91.3 de la L.C.

TERCERO.-El artículo 91.3 de la Ley Concursal relaciona, en primer lugar, entre los créditos con privilegio general, a los créditos por trabajo personal no dependiente. El antecedente del reconocimiento de tal privilegio se encuentra en el art. 913.1º c) del Código de comercio,(derogado por la disposición derogatoria única 3.3º de la ley Concursal) y que consideraba singularmente privilegiados “ a los creados por trabajo personal por los seis últimos meses anteriores a la quiebra”.

De la misma forma el artículo 91.3 de la vigente ley Concursal establece un límite temporal, tanto en el caso de los créditos por trabajo personal no dependiente, como en el de los créditos por cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual, para que dichos créditos puedan beneficiarse de la condición de privilegiados, y es que se hayan devengado durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

La claridad de la literalidad del precepto termina con la polémica suscitada por la remisión que el art.54 de la ley de Propiedad Intelectual hacía al art. 32 de los Estatutos de los Trabajadores, en la que se discutía si de lo que se trataba es de evitar la duración de la reclamación de los créditos con privilegio general o de limitar las cantidades que gozaban del privilegio general.

La redacción del precepto actual no admite ninguna duda de que la limitación temporal aplicable a los créditos a efectos del privilegio general del artículo 91.3º se refiere a la limitación de las cantidades que gozan del privilegio general; solo las devengadas durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

En definitiva, pese a los dos requisitos apuntados en el escrito de demanda como necesarios para la consideración de un crédito como incardinable en el art. 91.3 de la

L.C, es decir, la no dependencia del trabajo desarrollado y el modo personal en que ha sido prestado, hay que añadir un tercer requisito, y es la limitación temporal aplicable. Requisitos cuya concurrencia compete acreditar al acreedor como hechos constitutivos de su pretensión, sin que quepa albergar ninguna duda sobre tal extremo a tenor de la doctrina de la carga probatoria consagrada en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime en los supuestos como el presente de pretenderse unos privilegios a los que la Ley Concursal reduce drásticamente, como proclama en su Exposición de Motivos, y ello por cuanto que considera que el principio de igualdad de tratamiento entre los acreedores, la tradicionalmente llamada " per conditio creditorum", ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y justificadas.

Pues bien, en el caso que nos ocupa el actor no acredita de ningún modo que su crédito se haya devengado durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

Cierto es que las facturas que aporta para justificar su crédito llevan fecha de pocos meses antes de la declaración del concurso (concretamente de 7 de marzo de 2006 y 3 de mayo de 2006 cuando la declaración de concurso aconteció el día 26 de junio de 2006), pero dichas facturas unilateralmente confeccionadas no acreditan de modo alguno que los trabajos fueran efectuados en dicho periodo de tiempo. Por el contrario, los pagarés cuya copia aporta la administración concursal como pago de parte de los trabajos realizados y cuya veracidad han sido admitida por la letrada de la parte actora, en el acto de la vista mostrando su conformidad con la manifestación que del crédito efectúa la administración concursal, fueron abonadas el 15 de febrero y 15 de marzo de 2005, es decir, mas de un año antes de la declaración del concurso, y es impensable que los trabajos de acondicionamiento de un local destinado a ser explotado públicamente se prolonguen mas de un año.": SJM-1 Murcia 02.05.2007 (Incidente Concursal 404/2006) y SJM-1 Murcia 02.05.2007 (Incidente Concursal 403/2006)

2. Trabajo personal no dependiente: requiere cuasi-dependencia

2.1 Inaplicabilidad a auditor designado por el Registro Mercantil

"HECHOS PROBADOS.- PRIMERO Miguel Ángel A. L., Auditor de Cuentas, fue nombrado experto independiente por el Registro Mercantil de Álava el 22 de septiembre de 2004 para emitir el informe sobre la fusión por absorción de Alavesa de Juguetes Técnicos, SL de las entidades Inovac Rima, SA y Rimpor, SA, el cual fue emitido y enviado el 22 de octubre siguiente a las entidades que se fusionaban, y a las que giró su autor factura conforme a normas del Colegio Vasco de Economistas, por importe de 8.332,50 euros, que resultó impagada.

SEGUNDO El Sr. A. postula se clasifique su crédito como dotado de privilegio general de art. 91.3º Ley Concursal, LECO, por su total de 8.332,50 euros, habiendo dictado el 11 de julio de 2005 el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de esta ciudad sentencia en juicio ordinario núm. 130/05, que condena a Alavesa de Juguetes Técnicos S, L. al pago de 8.332,50 euros, con las costas, y que se declaró firme por dicho Juzgado en providencia de 1 de septiembre de 2005.

TERCERO La lista de acreedores del Informe de la Administración Concursal incluyó el crédito que solicitó reconocimiento del Sr. A., por su cuantía de 8.332,50 euros, clasificándolo con ordinario y con carácter litigioso.

(...)FUNDAMENTOS DE DERECHO. (...) En cuanto a la certeza del crédito por su total importe no puede haber cuestión, una vez que se adviera condena judicial firme, y en cuanto al privilegio, la Administración concursal considera que no se está refiriendo el art. 91.3º LECO con la noción de « *créditos por trabajo personal no dependiente... devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso*», a los del tipo derivado de los servicios profesionales del reclamante. El argumento es que la noción se refiere a lo que ha denominado la doctrina científica «parasubordinación», como trabajo autónomo que tiene ciertas características propias de la relación laboral en sentido riguroso, por una situación de dependencia de hecho semejante.

La justificación del precepto, sin duda, y como dicha doctrina señala, es asimilar, en una clase de grado inferior, a los salarios de los trabajadores, junto a los de la prestación del trabajador intelectual sin contrato laboral (privilegio del autor), esos créditos de la prestación del trabajador autónomo, que sin llegar a la formal dependencia laboral -y por ende, a la vulnerabilidad del asalariado, que normalmente, como categoría, sólo tiene un deudor por sus servicios, y de ahí la vocación pseudoalimenticia-, en la práctica se acerca a la misma, como es el caso de los agentes comerciales de una determinada firma, los gremios tradicionales establemente contratados siempre por empresario único, el abogado o arquitecto que trabaja para un solo cliente, etc.

Y efectivamente, la tarea desenvuelta por el Sr. A. no es fruto de una relación contractual prolongada y constante entre concursada y profesional autónomo, ni éste tiene como continuo o principal cliente al grupo Inovac, y ni siquiera existe confianza o contacto previo con el mismo, al ser nombrado como experto independiente, por solicitud que creía cumplir con precepto legal forzoso, por el Registrador Mercantil.

Pero si tradicional resulta la adecuación de una interpretación restrictiva de los privilegios del crédito, como excepciones a la «par condicio creditorum», tiene que comprenderse que una inteligencia de los créditos por trabajo personal no dependiente, para nada adjetivados, y ni siquiera caracterizados por LECO, reduciéndolos a los llamados «falsos autónomos», o relaciones del profesional virtualmente con un solo comitente durante un período largo de tiempo, a fin de constreñir el marco de posibles acreedores privilegiados, más allá de una exégesis estricta, es una exégesis claramente correctora de la norma.

No se corrige la norma, sino que se auspicia simple interpretación «ad restringenda» señalando que no se incluye en el trabajo no dependiente privilegiado el profesional empresario organizado en comunidad o sociedad (despachos de arquitectos, ingenieros, abogados, consultores, etc.), pero a juicio del disponente, se corrige, al excluir a un profesional, persona natural, que reclama su minuta por servicios de su trabajo individual, aunque no haya tenido ningún género de dependencia de la concursada.

Si el legislador no encontraba la fórmula de discernir entre los profesionales «parasubordinados» y los demás, debió sencillamente prescindir de crear este privilegio novedoso, de tan amplio espectro, aunque si se ha empeñado en consagrarlo no debiera confiar en que los aplicadores judiciales corrijan, sin cánones hermenéuticos válidos, lo que previene el art. 91.3º LECO.”: SJM-1 Alava 28.11.2005 (AC 2006/262)

2.2 Inaplicabilidad al acreedor persona jurídica

“**SEXTO** El segundo análisis, tras el temporal realizado en el fundamento anterior, es el del propio ámbito del precepto en cuanto a la interpretación de «trabajo personal no dependiente» cuya cuestión se ha centrado por la impugnante en la aplicación de distinción entre personas físicas y jurídicas, trabajo por cuenta ajena y trabajo autónomo, entendiendo que no se puede considerar como «trabajo personal» el desarrollado por entidad mercantil. La cuestión, citando diferentes aportaciones doctrinales, parte de una posición común de todas las partes como es la polémica doctrinal y la problemática del precepto. En cualquier caso no sería aplicable el criterio de las viejas normas sobre insolvencia (quiebra, suspensiones de pagos) respecto de los privilegios y la comparativa de la exposición de motivos de reducción de privilegios pues la Ley concursal es novedosa y hemos de partir de su propia clasificación y de sus propios conceptos.

En este sentido y a pesar de la polémica (que también se generó en Italia respecto de este tipo de privilegio en las sociedades personalistas y capitalistas tal y como señala Alonso Ledesma) lo cierto es que son criterios de equidad los que motivan al legislador y así se deriva del rechazo de las enmiendas 506 del Grupo Parlamentario CiU en el senado y 287 del mismo grupo que expresamente pretendían recoger este tipo de sociedades como acreedoras del privilegio. Se trata, por tanto, de privilegio de créditos derivados de prestaciones de servicios que entren dentro de la categoría de «trabajo personal no dependiente» entendiendo este como los derivados de una relación de trabajo cuando no exista dependencia entre las partes de la relación contractual existente y excluyendo los servicios prestados por sociedades profesionales a las que pertenezca el que presta los servicios u otro tipo de sociedades personalistas o capitalistas. Se trataría, como señala Garrido J.M. de una «situación próxima a la de un asalariado, como podrían ser algunos colaboradores independientes del empresario. Dados los términos en que se recoge el precepto ha de entenderse que el único acreedor posible es el profesional persona física.

Por tanto procede estimar la impugnación en cuanto a dichos créditos entendiendo que no pueden ser clasificados como privilegiados generales del artículo 91.3 LC al tratarse de personas jurídicas y no físicas debiendo ser clasificados como ordinarios.”: S JM-1 Málaga 29.03.2006 (AC 2006/1474)

2.3 Inaplicabilidad al acreedor sociedad profesional

“Pero a mayor abundamiento, existen indicios de los que infieren que la relación que liga a las partes no pueden englobarse en las tradicionalmente consideradas típicas relaciones jurídicas de “parasubordinación” en la que ha de incardinarse la expresión créditos por trabajo personal no dependiente, referida a situaciones que presentan unas

características similares a las de las relaciones laborales, aunque no se den en ellas exactamente las mismas circunstancias.

Dichos indicios son, por una parte, el hecho de que el logotipo que figura en el encabezamiento de las facturas, documentos nº 2 y 3 de la demanda es idéntico al utilizado en la factura de D^a Ines Lorca Jiménez y cuyo crédito ha pretendido igualmente sea calificado como privilegiado con privilegio general del art. 91.3 ante este mismo Juzgado y en el incidente concursal nº 403/06 celebrado también en la mañana de hoy. Y por otro lado, el hecho de que los actores incidentales D^a Ines Lorca Jiménez y D. Lorenzo Moreno Montero actúan con la misma representación procesal y la misma dirección letrada, lo que no viene justificado por que residan en la misma localidad como ha apuntado la letrada en el acto de la vista, y ello por cuanto en las facturas consta que el domicilio laboral de Don Lorenzo ubicado en Totana y el de D^a Ines Lorca Jiménez en Lorca.

Sendos indicios obligan a concluir al menos que nos encontramos ante una "sociedad profesional" integrada por los actores del incidente nº403 y 404 ambos del año 2006, sociedad que no pueden incluirse dentro del privilegio del art. 91.3 de la L.C. por cuanto dicha posibilidad fue expresamente rechazada durante el tramite parlamentario, tanto en el Congreso de los Diputados, como en el Senado, al no admitirse las enmiendas del grupo Parlamentario de Convergència i Unió que pretendía hacer extensivo el privilegio a las sociedades personalistas.

En consecuencia, el crédito del actor incidental ha de calificarse como ordinario a tenor del art. 89.3 de la Ley Concursal y procede, por tanto, desestimar la demanda rectora del presente pleito. "SJM-1 Murcia 02.05.2007 (Incidente Concursal 404/2006) y SJM-1 Murcia 02.05.2007 (Incidente Concursal 403/2006)

2.4 Inaplicabilidad en caso de subcontratación mercantil

"SEGUNDO.- El trabajo personal como crédito privilegiado

El art. 91-3º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que tendrán la consideración de crédito con privilegio general "*los créditos por trabajo personal no dependiente... devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso*". Es un privilegio sin límite cuantitativo, determinado por la condición subjetiva del acreedor que deriva del carácter *personal* del crédito (que supondría la exclusión de sociedades no personalistas), y limitado temporalmente a lo devengado en el semestre inmediatamente anterior a la declaración de concurso.

El demandante pretende que su crédito tenga esa consideración porque argumenta que la deudora es una empresa dedicada a la excavación de terrenos, y él se dedica precisamente a esa actividad, con su propia excavadora, habiendo sido subcontratado por la concursada.

Al respecto hay que señalar que los privilegios que contiene la norma deben ser aplicados con rigor, pues al suponer una excepción al principio de trato igual de los acreedores, no pueden ser interpretados de forma extensiva. En este caso la norma ha querido incluir entre los créditos privilegiados, desmintiendo la tesis recogida por la STS de 31 de mayo 1991, RJ 1991\3954, aquellos supuestos que no corresponden a trabajo dependiente, cuyo régimen específico se sitúa en los arts. 84.2.1º, 90.1.3º y 91.1º LC, pero se caracterizan por la *subordinación o dependencia* del prestador del trabajo personal, sin las notas propias de la relación laboral.

Este reconocimiento no es nuevo en nuestro derecho concursal, pues ya existía para situaciones de quiebra en el derogado art. 913.1.c) del Código de Comercio. Se trata, en consecuencia, de trabajo no laboral realizado por profesionales liberales (abogados, auditores, consultores, asesores, corredores, mediadores de seguros privados, transportistas...), agentes o colaboradores que trabajan como autónomos de forma semejante a una relación laboral, aunque sin la sujeción propia de aquella. Así ha sido reconocido, por ejemplo, para el trabajo prestado por un letrado o procurador (SAP A Coruña 16 enero 1993, AC 1993\627).

La razón es que hoy en día es frecuente que el empresario recurra a servicios externos para atender funciones que en otros tiempos se acometían en el propio seno de la empresa. Así la llevanza de cuentas, labores administrativas, contratos de mantenimiento, labores comerciales, asesoría, consultoría, auditoría, etc.

Sin embargo en ese contexto no pueden incluirse, como pretende el demandante, los casos de subcontratación, cuya lógica es diferente. Las facturas que se presentan por éste, y que han determinado a la administración concursal a calificar su crédito como ordinario, no corresponden a un trabajo personal subordinado al del concursado. Más bien, por el uso de maquinaria pesada para mover el terreno, que requieren inversiones de importancia, es el de un empresario al que se recurre por imposibilidad del primeramente contratado o por simple conveniencia.

En tal caso no nos hallamos ante un supuesto de colaboración con alguna estabilidad pero sin dependencia laboral, que es el supuesto que privilegia el art. 91-3º LC. Se trata, por el contrario, de recurrir a otro empresario del sector para que una parte del trabajo o servicio que hay que prestar se realice sin necesidad de ampliar, por su carácter coyuntural, la propia organización interna, sus recursos humanos o elementos productivos.

El trabajo personal no dependiente al que alude el art. 91-3º LC nada tiene que ver con estos casos de subcontratación, en los que la cooperación es esporádica, atendiendo una coyuntura que hace recomendable ceder una parte de la actividad productiva a un tercero extraño a la propia organización empresarial del deudor. Así acontece en este supuesto, en el que el dueño de la obra contrata a la empresa concursada, que a su vez, por las razones que fuera, subcontrata al promotor del incidente. Prueba de que no existe una relación semejante a la laboral aunque sin sus notas de dependencia es que el propio demandante relata como ha ejercitado, infructuosamente, acción directa contra el dueño de la obra.

No hay un trabajo personal no dependiente, ni el recurso a un trabajador autónomo, que aún sin estar adscrito a la plantilla del empresario, presta para aquel sus servicios. Lo que se aprecia en este supuesto es un encargo de una parte de la obra a un tercero, empresario individual, por lo que el crédito merece la calificación de ordinario que le ha otorgado la administración concursal.”: Sentencia JM-1 Bilbao 30.04.2007 (Incidente Concursal 273/2006)

3. Trabajadores autónomos económicamente dependientes: artículo 10. 3 de la Ley del Estatuto de Trabajador Autónomo

[Ley 20/2007, de 11 de julio, en vigor a partir de 12.10.2007]

“3. En materia de garantía del cobro de los créditos por el trabajo personal del trabajador autónomo se estará a lo dispuesto en la normativa civil y mercantil sobre privilegios y preferencias, así como en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedando en todo caso los trabajadores autónomos económicamente dependientes sujetos a la situación de privilegio general recogida en el artículo 91.3 de dicha Ley.”

·Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo.

1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

2. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

3. Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.”

- 4.º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los

créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Art. 91.4º

1. Base del cálculo del privilegio general del art. 91.4 LC para SS y HP

“1. Los métodos de cálculo del privilegio regulado en el artículo 91.4º LC.

Amparándose en el texto del artículo 91.4º LC para fijar la base de cálculo de dicho privilegio general para la Hacienda Pública y para la Tesorería General de la Seguridad Social, han sido propuestas al menos cuatro fórmulas distintas.

Para los beneficiarios de dicho privilegio la expresión “conjunto de los créditos” significa que deben servir de base para el cálculo del privilegio general del artículo 91.4º LC TODOS los créditos concursales de los que sean titulares, tanto los calificados con privilegio especial, como los calificados con privilegio general del artículo 91.2º LC, como los que pudieran ser calificados como ordinarios, y también aquellos que hayan sido incluidos en la lista de acreedores como subordinados.

La segunda y tercera de las interpretaciones animadas por la expresión “*hasta el cincuenta por ciento de su importe*”, opinan que de la base de cálculo que se establece el segundo párrafo del artículo 91.4º LC no tiene que resultar la cuantía concreta en la que se cifre el privilegio general del artículo 91.4º LC para Hacienda Pública y para la Tesorería, sino SÓLO un LÍMITE MÁXIMO para el cálculo de dicho privilegio general. Como hemos dicho en esta concepción se encuentran dos interpretaciones que difieren una de la otra sólo en si del “*conjunto de todos los créditos*” deben detraerse los créditos subordinados.

La última de las interpretaciones estima que el privilegio general del artículo 91.4º LC debe calcularse sobre la base de una cuantía obtenida de detraer del crédito concursal total correspondiente a dichas entidades, los importes de los créditos con privilegio especial, con privilegio general del artículo 91.2º LC, en su caso, de los que se hubieran calificado como ordinarios, y de los créditos subordinados.

La interpretación de las entidades beneficiarias del privilegio debe ser descartada porque toma como referencia para el cálculo del privilegio previsto en el artículo 91.4º LC el importe tanto de los créditos con privilegio especial, como los calificados con privilegio general, como los subordinados. El artículo 91.4º LC dice explícitamente que los créditos con privilegio general contemplados en dicho precepto no podrán constituirse sobre la base del importe de los créditos con privilegio especial, ni con el importe de los créditos con privilegio general del artículo 91.2º LC. Literalmente se dice que “*son créditos con privilegio general(...).4º. Los créditos(...)que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo*”.

Las interpretaciones según las que la base de cálculo para el cómputo del privilegio general del artículo 91.4º LC se constituyen como LÍMITES MÁXIMOS, difieren en que en un caso se integran para el cálculo de tal límite todos los créditos concursales titularidad de Hacienda Pública o de la Tesorería, y en el otro se detraen previamente los créditos subordinados. Una vez que se ha optado por considerar que de la aplicación del segundo párrafo del artículo 91.4º LC debe resultar un LÍMITE MÁXIMO para el cálculo del privilegio, no parece que exista un sólido soporte legal para interpretar que la expresión “*conjunto de todos los créditos*” permite detraer previamente SÓLO el importe de los créditos subordinados.

Descartadas las dos opciones anteriores quedan las dos restantes. Como hemos podido comprobar, difieren la una de la otra en que para la primera el resultado de la aplicación del porcentaje del 50% es el LÍMITE MÁXIMO del privilegio, del que posteriormente deberá detraerse el importe de los créditos con privilegio especial, los del privilegio general del artículo 91.2º LC y de los subordinados, mientras que para la segunda, la cantidad resultante de la aplicación del porcentaje del 50% será el importe correspondiente al privilegio general del artículo 91.4º LC.

Varias son las razones para excluir la interpretación que postula que el cálculo del privilegio del artículo 91.4º LC debe llevarse a cabo previa fijación de un límite máximo:

a) Elemento literal.- No compartimos que las locuciones “podrá” y “hasta”, que se encuentran en el segundo párrafo del precepto cuya hermenéusis afrontamos, impongan necesariamente la obtención de un límite máximo a partir del cual calcular tal privilegio general. La expresión legal es exactamente como sigue: “*este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe*”. El verbo “poder” no puede entenderse que se haya utilizado como expresión de “contingencia”, sino como manifestación de “potencialidad”. No se trata de que quede al albur de alguien el ejercicio de la facultad del ejercicio del privilegio. No parece

adecuada la lectura que se acaba de proponer, sin que se exprese a continuación el sujeto al que se atribuye tal facultad. Y el legislador, de entenderse que el sentido de la norma es el aludido, habría omitido expresar a quién corresponde ejercitar el privilegio. Por otro lado la locución “hasta” no significa necesariamente el establecimiento de un límite máximo, sino la fijación de un término cuantitativo final, lo cual es coherente con el modo que ha hecho uso el legislador para el cálculo del privilegio, a saber, la aplicación de un porcentaje a una base de cálculo contingente que previamente debe ser hallada. No se trata de que según los casos el privilegio pueda ser un porcentaje inferior al 50% del “conjunto de los créditos”, sino que en todos los casos el privilegio se cuantificará en el 50% de tal base de cálculo.

b) Elemento sistemático.- La Sección 3ª del Capítulo III del Título IV de la Ley se estructura de tal modo que prácticamente cada precepto se destina a regular, a modo de compartimiento estanco, una clase de crédito distinto. Así ocurre en el artículo 89.3 LC que contempla los créditos ordinarios, en el artículo 90 LC que establece cuáles son los créditos con privilegio especial, en el artículo 91 LC que regula los créditos con privilegio general, y en el artículo 92 LC que determina cuáles son créditos subordinados. Partiendo de lo anterior el artículo 91.4º LC debe interpretarse –como señala el primer párrafo del mismo- que el crédito con privilegio general que quiere establecer en dicho número son créditos titularidad bien de la Administración Tributaria, bien de la Tesorería General de la Seguridad Social, que no han tenido tratamiento o ubicación en ninguno de los demás preceptos, esto es, los créditos restantes que no tengan acomodo en las otras disposiciones legales que hemos citado. Dicho más claramente, la base de cálculo para el privilegio general del artículo 91.4º LC sólo podrá estar conformada con los créditos concursales titularidad de la Administración Tributaria, o de la Tesorería General de la Seguridad Social, que no hayan merecido previamente la calificación de créditos con privilegio especial, general de cualquier otro número del artículo 91 LC, o subordinados. A este importe se le deberá aplicar el 50% aludido en el segundo párrafo del artículo 91.4º LC.

c) Elemento teleológico.- Debemos partir de la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos apartado V [*“Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por 100 de su importe en cada caso)”*]. Si bien es cierto que la aplicación de la opción que estamos examinando no se distancia de aquella que propone que el resultado de las operaciones aritméticas señaladas por el artículo 91.4º LC debe ser el *quantum* del privilegio y no el límite máximo del mismo, en el caso en que el importe de los créditos concursales de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social están distribuidos de manera homogénea dentro de los distintos conceptos posibles, no ocurre lo mismo cuando la mayoría de créditos de dichas entidades tienen privilegio especial, general del artículo 91.2º LC o son subordinados, de tal modo que el resto de los créditos tiene un valor sensiblemente menor. En tales supuestos el límite máximo más arriba aludido absorbe la totalidad del resto del crédito, contribuyendo al incremento del privilegio de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La dificultad de mantener la cuarta y última de las opciones que hemos relacionado más arriba radica en la expresión *“conjunto de todos sus créditos”* utilizada en el segundo párrafo del artículo 91.4º LC. Sin embargo, no es una dificultad insalvable, si entendemos que con la expresión *“conjunto de todos sus créditos”* el legislador no se está refiriendo a los créditos que hayan sido calificados con privilegio especial, general del artículo 91.2º LC y subordinados, sino para referirse al resto, que también configuran un conjunto de créditos de Hacienda Pública o de la Tesorería General de la Seguridad Social. De este modo la expresión *“conjunto de todos sus créditos”* se quiere referir globalmente y sin exclusiones a la multiplicidad de tributos existentes en nuestro ordenamiento según lo previsto en el artículo 2 LGT, o según dice la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid de fecha 21 de abril de 2005 (incidente núm. 75/05 del concurso voluntario núm. 64/04) a *“la pluralidad de los que integran el capítulo de Seguridad Social (las cuotas, los conceptos de recaudación conjunta - desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial- y otros créditos previstos en el Reglamento General de Recaudación de los recursos de la SS -RD 1415/2004 de 11 de junio- en relación con la LGSS-, como aportaciones de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y empresas colaboradoras, reintegros, etc). Lo que el nº 2 del artículo 94 de la Ley Concursal exige es que se tome en cuenta todo ese conjunto de créditos referidos a la Seguridad Social (o a la Hacienda Pública), ya que operarán unos u otros según cada caso, para calcular el 50 % que se clasificará como privilegio general complementario...”*. : II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS

CREDITOS, 1.

1. 1 No incluye los créditos privilegiados

“**SEGUNDO** Centrado el debate en esos términos, la discusión tiene por objeto interpretar el significado y alcance del privilegio general reconocido en el apartado 4º del art. 91 LC y más concretamente dotar de sentido a la mención contenida en la norma acerca de que «Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe». Se trata por lo tanto de determinar cuál es la base de cálculo que ha de utilizarse para cuantificar el privilegio de que hablamos, tarea en la que necesariamente habrá de tenerse en cuenta también el inciso primero de la norma, esto es, si la base de cálculo del 50% ha de incluir «el conjunto de los créditos» reconocidos a favor del acreedor institucional de que se trate -en este caso créditos de la Seguridad Social- o por el contrario deberán excluirse aquéllos que ya gocen del privilegio reconocido en el apartado 2º art. 91 LC.

La cuestión así planteada no ha merecido una respuesta unívoca entre los Juzgados de lo Mercantil que al día de hoy se han pronunciado al respecto (así se muestran partidarios de tal exclusión las Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 4 marzo 2005, JM núm. 4 de Barcelona de 4 abril 2005, JM núm. 2 Barcelona de 29 marzo 2005, JM núm. 1 de Barcelona de 22 abril 2005; por el contrario la Sentencia JM núm. 5 de Madrid es favorable a la inclusión de todos los créditos) y menos aún en la doctrina mercantilista (aboga por el cómputo global autores como Garrido o Mercadal Vidal, y en contra Guilarte y Cordero Lobato). Para abordar la cuestión habremos de comenzar recordando que uno de los principios que inspira la reforma concursal plasmada en la Ley 22/2003 es la poda o recorte de privilegios (así expresado en el apartado V de su Exposición de Motivos) a lo que se une la necesidad de interpretar restrictivamente toda aquella regla que por otorgar un privilegio venga a introducir un reparto desigual de los sacrificios y con ello a romper la *pars conditio creditorum* propia de toda situación concursal, máxime cuando se trata de los acreedores institucionales cuya necesidad de protección ha sido hartamente discutida históricamente y cuya justificación actual aparece muy devaluada por lo que la política legislativa seguida en la vigente Ley debe merecer una aplicación restrictiva en cuanto a la tutela que todavía se sigue dispensando. Seguidamente habremos de tener presente el iter parlamentario seguido por la norma que nos ocupa, en cuanto que antecedente legislativo autorizado por el art. 3-1 CC como uno de los criterios hermenéuticos, y así las retenciones por cuota obrera que eran contempladas originalmente en el Proyecto de Ley como un depósito en manos del deudor, no incluido en la masa del concurso, y por lo tanto sujeto a la *separatio ex iure dominii* a favor de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al régimen que tradicionalmente habían tenido en situaciones concursales, fueron después modificadas en su tratamiento para pasar a constituirse en el Privilegio General del art. 91 núm. 2 por lo que se introdujo la enmienda núm. 211 del Grupo Popular que añadió en el inciso primero del apartado 4º art. 91 la mención «al privilegio general del número 22 de este artículo» con la finalidad declarada de «evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por 100, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse el derecho de separación» lo que ya revela cuál era la intención del legislador. A ello se añade el texto que originalmente tenía en el Anteproyecto la Disposición final decimosexta cuando al regular la redacción del art. 22 de la LGSS decía en su párrafo segundo que los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta de la Seguridad Social quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal «y el importe preferente de aquéllos que no gocen de privilegio especial conforme al apartado primero del art. 89 de la referida Ley no podrá exceder del 50 por 100 del importe de la masa pasiva» (sin hacer referencia a las retenciones que todavía eran conceptuadas como depósito sujeto a separación) lo que revelaba la intención del prelegislador de hacer exclusión de las cantidades ya privilegiadas por otras vías a la hora de hacer el cálculo del 50 por 100, intención que no parece fuera después alterada. En definitiva, la expresión discutida y poco afortunada del «conjunto de los créditos» empleada por el inciso segundo del apartado 4º art. 91 LC deberá ser interpretada en una hermenéutica razonable de la norma, trascendiendo su mera literalidad (art. 3-1 CC), teniendo presente su ubicación sistemática dentro del propio art. 91 y los antecedentes arriba expuestos, como un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta conduciría además al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones, una primera ex apartado 2º art. 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4º, procediendo en consecuencia estimar la postura defendida por la Administración concursal y limitar el

privilegio general del apartado 4º art. 91 a la mitad de las cotizaciones a cargo de la empresa, lo que supone la suma de 31.839,02 euros por tal concepto, siendo los 31.839,02 euros restantes crédito ordinario.”: Sentencia JM Oviedo (Asturias) 31.05.2005 (AC 2005/1019)

“CUARTO.- La otra cuestión controvertida es cómo debe calcularse el límite del 50% del privilegio del art. 91.4º de la Ley Concursal. Mientras que la actora incidental entiende que ha de calcularse sobre la suma total de la deuda que la concursada mantiene con la actora, la Administración concursal entiende que incluir en la base sobre la que ha de calcularse ese 50% la cantidad a la que se ha reconocido el privilegio del art. 91.2º de la Ley Concursal.

A la vista de los términos en que está planteada la controversia, no procede entrar a considerar si los créditos subordinados han de ser tomados en consideración para calcular esta "base", puesto que en el informe de la Administración Concursal no se ha considerado como crédito subordinado cantidad alguna de la adeudada a la Seguridad Social.

Siendo una cuestión controvertida y en la que no hay una línea unánime de los distintos Juzgados Mercantiles, entiendo razonable interpretar la expresión "conjunto de créditos" del segundo inciso del art. 91.4º Ley Concursal de un modo cualitativo y no cuantitativo (parece razonable que si se hubiera querido expresar una idea globalizadora cuantitativa se habrían expresado términos como "el total de los créditos" o "la suma total de los créditos", pues utilizar la expresión "conjunto de créditos" tiene unas connotaciones más cualitativas), de modo que se incluyan los créditos procedentes de cualesquiera conceptos por los que el deudor puede adeudar a la Seguridad Social, es decir, las cuotas, los conceptos de recaudación conjunta (desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial) y otros créditos previstos en la Ley General de la Seguridad Social y en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (aportaciones de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y empresas colaboradoras, reintegros, etcétera). Pero al iniciarse el inciso con la expresión "este privilegio" parece estarse refiriendo al definido en el primer inciso del precepto, que consiste en el que es aplicable a "los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo" (la cursiva es mía). Por tanto, para calcular el límite cuantitativo del 50% sobre tal privilegio, la base a tomar sería la compuesta por el "conjunto [cualitativo] de los créditos de la Seguridad Social" "que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo".

Siendo gramaticalmente admisibles otras interpretaciones al precepto, como la que defiende el Letrado de la TGSS, entiendo que la adoptada en esta resolución es la más adecuada a la finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil), finalidad que de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley Concursal es (en lo que aquí interesa) proceder a una "poda" de privilegios en beneficio de los acreedores ordinarios.

Por lo expuesto, si del total de 9.413,67 € de créditos concursales, 1.501,13 € gozan del privilegio general del art. 91.2º de la Ley Concursal, el resto (7.912,54 €) ha de "dividirse" en dos, de modo que 3.956,27 € goce del privilegio general del art. 91.4º de la Ley Concursal y 3.956,27 € sea crédito ordinario.”: Sentencia JM-1 Sevilla 22.09.2005 (Incidente Concursal 235/2005)

“En cuanto a la interpretación del significado y alcance del privilegio general reconocido en el apartado 4º del art. 91 LC al señalar la norma que «Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe», tiene declarado este Juzgado que en dicha tarea habrá de tenerse en cuenta también el inciso primero de la norma, esto es, si la base de cálculo del 50% ha de incluir «el conjunto de los créditos» reconocidos a favor del acreedor institucional de que se trate - en este caso créditos de la Seguridad Social- o por el contrario deberán excluirse aquéllos que ya gocen del privilegio reconocido en el apartado 2º art. 91 LC.

Para abordar la cuestión habremos de comenzar recordando que uno de los principios que inspira la reforma concursal plasmada en la Ley 22/2003 es la poda o recorte de privilegios (así expresado en el apartado V de su Exposición de Motivos) a lo que se une la necesidad de interpretar restrictivamente toda aquella regla que por otorgar un privilegio venga a introducir un reparto desigual de los sacrificios y con ello a romper la *pars conditio creditorum* propia de toda situación concursal, máxime cuando se trata de los acreedores institucionales cuya necesidad de protección ha sido hartamente discutida históricamente y cuya justificación actual aparece muy devaluada por lo que la política legislativa seguida en la vigente Ley debe merecer una aplicación restrictiva en cuanto a

la tutela que todavía se sigue dispensando. Seguidamente habremos de tener presente el iter parlamentario seguido por la norma que nos ocupa, en cuanto que antecedente legislativo autorizado por el art. 3-1 CC como uno de los criterios hermenéuticos, y así las retenciones por cuota obrera que eran contempladas originalmente en el Proyecto de Ley como un depósito en manos del deudor, no incluido en la masa del concurso, y por lo tanto sujeto a la separatio ex iure dominii a favor de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al régimen que tradicionalmente habían tenido en situaciones concursales, fueron después modificadas en su tratamiento para pasar a constituirse en el Privilegio General del art. 91 núm. 2 por lo que se introdujo la enmienda núm. 211 del Grupo Popular que añadió en el inciso primero del apartado 4º art. 91 la mención «al privilegio general del número 22 de este artículo» con la finalidad declarada de «evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por 100, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse el derecho de separación» lo que ya revela cuál era la intención del legislador. A ello se añade el texto que originalmente tenía en el Anteproyecto la Disposición final decimosexta cuando al regular la redacción del art. 22 de la LGSS decía en su párrafo segundo que los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta de la Seguridad Social quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal «y el importe preferente de aquéllos que no gocen de privilegio especial conforme al apartado primero del art. 89 de la referida Ley no podrá exceder del 50 por 100 del importe de la masa pasiva» (sin hacer referencia a las retenciones que todavía eran conceptuadas como depósito sujeto a separación) lo que revelaba la intención del prelegislador de hacer exclusión de las cantidades ya privilegiadas por otras vías a la hora de hacer el cálculo del 50 por 100, intención que no parece fuera después alterada. En definitiva, la expresión discutida y poco afortunada del «conjunto de los créditos» empleada por el inciso segundo del apartado 4º art. 91 LC. deberá ser interpretada en una hermenéutica razonable de la norma, trascendiendo su mera literalidad (art. 3-1 CC), teniendo presente su ubicación sistemática dentro del propio art. 91 y los antecedentes arriba expuestos, como un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta conduciría además al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones, una primera ex apartado 2º art. 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4º, procediendo en consecuencia estimar la postura defendida por la Administración concursal “:S JM-1 Oviedo (Asturias) 10.05.2006 (AC 2006/867) y en términos prácticamente idénticos, S JM-1 Oviedo (Asturias) 11.05.2006 (AC 2006/863)

1.2. No incluye los créditos privilegiados ni los subordinados

AP Álava

SEGUNDO.- La otra cuestión controvertida versa sobre la interpretación del privilegio general regulado en el artículo 91-4º LC. La T.G.S.S. entiende que el límite del cincuenta por ciento debe cifrarse empleando como base de cálculo “el conjunto de los créditos”, con apoyo en una interpretación del privilegio general regulado en el artículo 91-4º L.C. La T.G.S.S. entiende que el límite del cincuenta por ciento debe cifrarse empleando como base de cálculo “el conjunto de los créditos”, con apoyo en una interpretación literal del precepto mientras que el juzgador de instancia hace “un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gocen de ningún otro privilegio” (fundamento jurídico cuarto).

La Sala considera que una interpretación sistemática y teleológica conduce al rechazo de la tesis de la parte apelante- En efecto, a simple vista se percibe la inconsistencia que supone computar los créditos subordinados de la Seguridad Social para el cálculo del límite de ejercicio de un privilegio general; pues, de ese modo, se burlaría, aunque fuera parcialmente, la postergación que ha querido la Ley aplicar a dichos créditos, carece, igualmente, de sentido dotar de una duplicidad de privilegios a algunos créditos públicos, lo que sucedería si se contasen los créditos con privilegio especial del artículo 90 y los de privilegio general del artículo 91-2º para calcular la cuantía del privilegio general del artículo 91-4º, precisamente en una Ley que tiende a reducir los privilegios y preferencias. De hecho, incluso podría defenderse una interpretación literal para desestimar el recurso, pues la primera parte del artículo 91-4º ya excluye los créditos “que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 30, ni del privilegio general del número 2º de este artículo”, y puede entenderse que la segunda parte de la norma, la que regula el límite del ejercicio, se refiere al “conjunto de los créditos” después de la anterior depuración”: Sentencia AP Alava 03.10.2006 2006 (sección 2ª) (Rollo 198/2006)

AP Asturias

“SEGUNDO.- El primer motivo supone su desacuerdo en la forma de aplicar el artículo 91. 4 de la LC, deduciendo del total crédito a favor de la AEAT el crédito por privilegio general del apartado 2 del mismo precepto y el crédito subordinado, calculando sobre su resultado el 50%. La pretensión es que para dicho cálculo no se haga exclusión alguna. Para basar su alegación, cita la sentencia del Jº de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 29-3-2005, que dice que "el límite debe calcularse sobre la base del 50% del importe del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública... sin que puedan excluirse los subordinados, porque la ley no lo permite al referirse al conjunto de los créditos de la Hacienda Pública", así como la del Juzgado de lo Mercantil de La Rioja, de 25-4-2005, sin señalar nada en cuanto a su contenido.

La consideración de la totalidad del pasivo, por tanto los créditos afectados por otros privilegios y los subordinados, que ciertamente es acogida en la primera de las dos sentencias que cita su punto de apoyo, se enfrenta al criterio opuesto en una pluralidad de resoluciones de Juzgados de lo Mercantil. Así, la del de Barcelona, nº 2, de 11-2-2005, Madrid, nº 3, en sentencia de 4-3-2005, Barcelona nº 2, en la de 29-3-2005, el propio de Oviedo, en sentencias de fecha 31-5 y 24-6-2005, Madrid, nº 1, en la de 5-7-2005 y Sevilla, en la de 22-9-2005. Argumentos en defensa de éste es la inconsistencia de dotar de un doble privilegio determinados créditos dentro del marco de una Ley que señala su intención de reducir al máximo los mismos (apartado V de su exposición de motivos); pero es que la interpretación literal del apartado 4º del artículo se presenta como decisiva. "Son créditos con privilegio general", reza su encabezamiento, y en el apartado 4º dice así: "Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 % de su importe". De su mera lectura puede concluirse que si el primer inciso se refiere a créditos que no gocen de privilegio, ni del especial ni del general, deberán detraerse para el cálculo de la base todos los que gocen de uno o de otro, pues de no hacerlo así se otorgaría un doble privilegio a través de una ley que pretende exactamente lo contrario.

Para evitar repeticiones, el examen que la sentencia de instancia realiza del camino legislativo abunda en esta conclusión, motivo por el cual, sin mayores especificaciones debe desestimarse el primer motivo del recurso. ”: SAP Asturias 19.12.2006 (JUR 2007/38044)

“TERCERO.- También el siguiente motivo del recurso es repetición del planteado en el rollo de esta Sala 385/06. Se considera incorrecta la interpretación que se hace del art. 91-4 de la Ley Concursal en el sentido de que opera sobre los créditos tributarios que no son privilegiados ni subordinados, aplicando al importante resultante el 50%. Lo que se pretende que se aplique este porcentaje a la totalidad de los créditos, sin deducción alguna.

Como señala la sentencia de esta Sala recaída en el rollo antes enumerado "la consideración de la totalidad del pasivo, por tanto los créditos afectados por otros privilegios y los subordinados, que ciertamente es acogida en la primera de las dos sentencias que cita su punto de apoyo, se enfrenta al criterio opuesto en una pluralidad de resoluciones de Juzgados de lo Mercantil. Así, la del de Barcelona, nº 2, de 11-2-2005, Madrid, nº 3, en sentencia de 4-3-2005, Barcelona nº 2, en la de 29-3-2005, el propio de Oviedo, en sentencias de fecha 31-5 y 24-6-2005, Madrid, nº 1, en la de 5-7-2005 y Sevilla, en la de 22-9-2005. Argumentos en defensa de éste es la inconsistencia de dotar de un doble privilegio determinados créditos dentro del marco de una Ley que señala su intención de reducir al máximo los mismos (apartado V de su exposición de motivos); pero es que la interpretación literal del apartado 4º del artículo se presenta como decisiva. "Son créditos con privilegio general", reza su encabezamiento, y en el apartado 4º dice así: "Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 % de su importe". De su mera lectura puede concluirse que si el primer inciso se refiere a créditos que no gocen de privilegio, ni del especial ni del general, deberán detraerse para el cálculo de la base todos los que gocen de uno o de otro, pues de no hacerlo así

se otorgaría un doble privilegio a través de una ley que pretende exactamente lo contrario.”: SAP Asturias 20.12.2006 (JUR 2007/38038)

“El primer motivo del recurso se refiere a la aplicación del art. 91.4 de la Ley Concursal; cuestión que ya ha sido examinada por esta Sala en la sentencia de 19 de Diciembre de 2006 donde se señala que: “El primer motivo supone su desacuerdo en la forma de aplicar el artículo 91. 4 de la LC, deduciendo del total crédito a favor de la AEAT el crédito por privilegio general del apartado 2 del mismo precepto y el crédito subordinado, calculando sobre su resultado el 50%. La pretensión es que para dicho cálculo no se haga exclusión alguna. Para basar su alegación, cita la sentencia del Jº de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 29-3-2005, que dice que “el límite debe calcularse sobre la base del 50% del importe del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública... sin que puedan excluirse los subordinados, porque la ley no lo permite al referirse al conjunto de los créditos de la Hacienda Pública”, así como la del Juzgado de lo Mercantil de La Rioja, de 25-4-2005, sin señalar nada en cuanto a su contenido.

La consideración de la totalidad del pasivo, por tanto los créditos afectados por otros privilegios y los subordinados, que ciertamente es acogida en la primera de las dos sentencias que cita su punto de apoyo, se enfrenta al criterio opuesto en una pluralidad de resoluciones de Juzgados de lo Mercantil. Así, la del de Barcelona, nº 2, de 11-2-2005, Madrid, nº 3, en sentencia de 4-3-2005, Barcelona nº 2, en la de 29-3-2005, el propio de Oviedo, en sentencias de fecha 31-5 y 24-6-2005, Madrid, nº 1, en la de 5-7-2005 y Sevilla, en la de 22-9-2005. Argumentos en defensa de éste es la inconsistencia de dotar de un doble privilegio determinados créditos dentro del marco de una Ley que señala su intención de reducir al máximo los mismos (apartado V de su exposición de motivos); pero es que la interpretación literal del apartado 4º del artículo se presenta como decisiva. “Son créditos con privilegio general”, reza su encabezamiento, y en el apartado 4º dice así: “Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 % de su importe”. De su mera lectura puede concluirse que si el primer inciso se refiere a créditos que no gocen de privilegio, ni del especial ni del general, deberán detrarse para el cálculo de la base todos los que gocen de uno o de otro, pues de no hacerlo así se otorgaría un doble privilegio a través de una ley que pretende exactamente lo contrario.”: SAP Asturias 13.02.2007 (sección 1) (JUR 2007/80789)

AP Badajoz

“**PRIMERO** El recurso ha de ser desestimado. Como destaca acertadamente la juzgadora de primer grado, la pretensión de la Tesorería General de que el límite del 50%, indicado en el art.91-4 de la Ley Concursal, se aplique con inclusión en la base de cálculo de la totalidad de los créditos de dicha Tesorería (comprendidos tanto los dotados de privilegio general como los subordinados) choca, para empezar, con la restricción que procede en la materia, pues como se recuerda, por ejemplo, en la S. AP Cantabria 4ª de 1-VI-06, estos privilegios, excepción al principio general de la «par conditio creditorum», deben ser examinados fuera de toda analogía u otro modo de extensión de los términos legales de su concesión. Gramaticalmente, la cláusula final del apartado 4º del art. 91 de la Ley («Este privilegio podrá ejercerse [...] hasta el cincuenta por ciento de su importe») induce a creer que el posesivo «su» se refiere al sustantivo sujeto de la oración, esto es, que el privilegio podrá ejercerse hasta el límite del 50% del importe del privilegio mismo, de modo que (cf. S. AP Barcelona 15ª de 19-I-06 [PROV 2006\ 193959], S. AP Soria de 12-IV-06) deben excluirse de la correspondiente base de cómputo los créditos que gocen de otro privilegio, y también los subordinados.”: Sentencia AP Badajoz 06.10.2006 (AC 2006/1862)

AP Barcelona

“**TERCERO**: Modo de calcular el importe del crédito con privilegio general del art. 91.4" L.C.- La sentencia recurrida, a la hora de determinar el importe del crédito con privilegio general del art. 91,41 LC correspondiente a la Seguridad Social, parte de la suma total del crédito concursal (4.782'58 euros) y excluye los importes que gozan de privilegio especial del art. 90.1 LC - este caso no hay-, los de privilegio general. del art. 91.2º LC (558'92 euros), así como el crédito que considera subordinado (2.281'54 euros) por tratarse de recargos incluidos en el art. 92.4" LC. Y de la diferencia calcula el 50% que

debe considerarse con privilegio general del art. 9.4º LC, correspondiendo al otro 50% la clasificación de crédito ordinario.

La TGSS en su recurso de apelación muestra su disconformidad con este criterio de cálculo, por entender que es contrario a la interpretación literal del art. 91.4º LC, según el cual el 50% se ha de calcular sobre la base del conjunto de los créditos de la Seguridad Social -también aquéllos que tengan otro privilegio o sean subordinados-. De ahí que calcule el 50% sobre el importe total del crédito de la seguridad Social (14.782'58 euros), resultando la cifra de 7.391'29 euros.

Resulta lógica la controversia, porque la dicción literal del precepto no es muy afortunada. El art. 91.4º LC clasifica como créditos con privilegio general "los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo -se refiere al propio art. 91.2º LC-. Este privilegio podrá ejercerse (...) para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social (...) hasta el cincuenta por ciento de su importe".

El precepto comienza excluyendo los créditos que ya tienen una calificación "más privilegiada", ya sea porque el privilegio es especial (art. 90.1 LC), ya sea porque siendo general goza de mejor rango (art. 91.2º LC) a la hora de cobrar en una liquidación concursal (art. 156 LC). Este primer inciso del art. 91.4º LC podría dar a entender que el resto del crédito de la Seguridad Social es privilegiado general, lo cual no es cierto no sólo por el límite del 50% que apunta el segundo inciso, sino también porque entra en contradicción con el art. 92 LC, cuando en la enumeración de créditos subordinados incluye algunos que frecuentemente afectarán a la Seguridad Social, como son los intereses (art. 92.3º LC) y los recargos y sanciones pecuniarias (art. 92.4º LC).

Para salvar esta contradicción es necesario proceder a una interpretación lógica y sistemática de todas las normas de la clasificación de créditos, que configuran una triple categoría de créditos: privilegiados, ordinarios y subordinados. Los primeros pueden ser con privilegio especial, que les concede una prioridad para obtener la satisfacción de su crédito con lo obtenido de la realización de determinados bienes afectados por tal garantía, o con privilegio general, que les otorga una prioridad de cobro sobre el resto de bienes del deudor no afectados por un privilegio especial, por el orden previsto en el propio art. 91 LC. Si tan sólo hubiera créditos privilegiados y ordinarios, como antes de la reforma concursal, tendría pleno sentido que el primer inciso del art. 91.4º LC excluyera de este privilegio general los importes que ya gozaran de otro privilegio especial (art. 90.1 LC) o general preferente (art. 90.2º LC), pero como la Ley Concursal introduce los créditos subordinados, que contraponen claramente al resto de los créditos, su existencia debe ser tenida en consideración al interpretar el art. 90.4º LC, pues un mismo crédito no puede ser privilegiado y subordinado a la vez - lo que podría llegar a ocurrir de sostenerse una interpretación literal del precepto-, sin que tenga mayor fuerza la calificación privilegiada general a la subordinada. Es por ello que, necesariamente, para el cálculo del privilegio general del art. 91.4º LC, hay que entender excluidos de la base del cómputo no sólo los importes afectados por un privilegio especial (art. 90.1 LC) o general preferente (art. 91.2º LC), sino también los subordinados del art. 92 LC.

Y es después de deducir estas partidas, cuando interviene el segundo inciso del art. 91.4º LC, pues para el conjunto de los restantes créditos de la Seguridad Social, ya excluidos por su tratamiento legal específico, se reconoce este privilegio general -del nº 4º- con el límite 50%.

Ésta ha sido la finalidad perseguida por la Ley, que guiada por una acentuación de la literalidad del principio de la par condicio creditorum, parte del principio general de la paridad de trato, y conceptúa como excepciones tanto los privilegios -que en el caso de los generales sufren una importante "poda"- como las subordinaciones, según se desprende de la lectura de la Exposición de Motivos (apartado V). En el caso del crédito de la Seguridad Social, la propia exposición de motivos resalta la limitación de la cuantía del privilegio en los créditos por cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50% de su importe). Ello remarca, más si cabe, la intención de la Ley de referir el límite del 50% a la suma de los créditos de la Seguridad Social, cualquiera que sea su clase, una vez excluidos aquéllos que tengan otro tratamiento excepcional.": Sentencia AP Barcelona 19.01.2006 (Rollo 698/2005-Y) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Barcelona 10.07.2006 (Sección 15) (AC 2007/495)

"TERCERO Sobre la segunda cuestión jurídica que plantea el recurso, esto es, el cálculo del importe del crédito con privilegio general del art. 91.4º LC, la correcta interpretación de la norma impone excluir de la suma total del crédito concursal (tal como acepta la Sentencia apelada) los importes que gozan de privilegio especial del art. 90.1 LC, los beneficiarios del privilegio general del art. 91.2º LC, y el crédito que se califica como subordinado conforme al art. 92.1 LC, atribuyendo el privilegio general del art. 91.4º al 50 % del crédito concursal restante.

No cabe entender, por el contrario, que ese 50 % privilegiado conforme al art. 91.4º LC, se ha de calcular sobre la base del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública incluyendo también aquellos que tengan otro privilegio o sean subordinados.

Cierto es que la literalidad del precepto induce a confusión, pero su finalidad no puede ser lograr el resultado que se obtendría de aceptar la interpretación propuesta por el apelante, pues:

a) La norma comienza excluyendo los créditos que ya tienen una calificación "más privilegiada", ya sea porque el privilegio es especial (art. 90.1 LC), ya sea porque siendo general goza de mejor rango (art. 91.2º LC), pero ello no puede determinar que el resto, en su totalidad, goce del privilegio general que establece dicho apartado 4º, no sólo por el límite del 50 % que indica a continuación, sino porque su interpretación ha de ser sistemática y por esa razón no debe aislarse del art. 92, que subordina algunos créditos que afectarán a la Seguridad Social, como son los intereses (art. 92.3º LC) y los recargos y sanciones pecuniarias (art. 92.4º LC).

b) Esa interpretación sistemática impone considerar los créditos subordinados, que la Ley contrapone al resto de las categorías, y por ello, en la labor de calificación, debe ser tenido en cuenta el art. 92 previa o simultáneamente a la calificación del resto de los créditos, conforme a los demás preceptos. De otro modo se alcanzaría un resultado que la Ley obviamente excluye y es que un mismo crédito sea calificado doblemente, como subordinado y como privilegiado a la vez.

Por ello, necesariamente, para el cálculo del privilegio general del art. 91.4º LC, hay que entender excluidos de la base del cómputo no sólo los importes afectados por un privilegio especial (art. 90.1 LC) o general preferente (art. 91.2º LC), sino también los subordinados del art. 92 LC.

Y es después de deducir estas partidas, cuando interviene el segundo inciso del art. 91.4º LC, pues para el conjunto de los restantes créditos de la Seguridad Social, ya excluidos por su tratamiento legal específico, se reconoce este privilegio general -del núm. 4º- con el límite 50%.

"Ésta ha sido -decíamos en nuestra Sentencia de 19 de enero de 2006 (JUR 2006, 193959)-la finalidad perseguida por la Ley, que guiada por una acentuación de la literalidad del principio de la par condicio creditorum, parte del principio general de la paridad de trato, y conceptúa como excepciones tanto los privilegios -que en el caso de los generales sufren una importante "poda"- como las subordinaciones, según se desprende de la lectura de la Exposición de Motivos (apartado V). En el caso del crédito de la Seguridad Social, la propia exposición de motivos resalta la limitación de la cuantía del privilegio en los créditos por cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50% de su importe). Ello remarca, más si cabe, la intención de la Ley de referir el límite del 50% a la suma de los créditos de la Seguridad Social, cualquiera que sea su clase, una vez excluidos aquellos que tengan otro tratamiento excepcional".

c) Debe rechazarse así mismo (aunque es cierto que esta lectura del precepto encuentra apoyo en su literalidad) que la base de cómputo sea el total de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, del que se tomará el 50 %, para luego reducir ese importe en la cuantía precisa para evitar la doble calificación (de modo que el importe privilegiado tiene aquel límite del 50 % del montante global, que podrá quedar reducido a un porcentaje inferior para no englobar cuantías que ya son preferentes por otra norma, o subordinadas).

No se oculta, desde luego, que la redacción de la norma induce a confusión y que hubiera sido sencillo transcribir la interpretación que sostenemos, pues, como indica el Sr. Abogado del Estado, bastaba con decir: "91.4. El 50 % de los créditos tributarios y demás créditos de derecho público que no gocen de privilegio especial ni del privilegio general del artículo 91.2, y que (añadimos) no sean subordinados". Por contra, se comienza refiriendo el privilegio a los "créditos tributarios y demás de Derecho Público" que no gocen de privilegio especial o del general del apartado 2, pero, punto y seguido por medio, se alude al "conjunto de los créditos de la Hacienda Pública..." para establecer la base de cálculo y a continuación un límite del importe privilegiado, con lo que, aparentemente, contrapone el primer inciso con el segundo y siembra confusión a la hora de determinar la base de cálculo del 50%.

Pero entendemos que la finalidad de la norma no es otra que privilegiar sólo una parte o porción de los créditos de Derecho Público que no ostenten otra preferencia crediticia, sin incluir aquellos, obviamente, que merezcan la calificación de subordinados. Y la interpretación que propone el apelante se aparta de esta finalidad, pues con su aplicación podrá suceder y sucederá que resulte privilegiado el resto de los créditos de Derecho Público no subordinados que no cuenten con otro privilegio, especial o general (y no una parte de ese resto, que es lo que, estimamos, persigue la norma)": SAP Barcelona 28.09.2006 (Sección 15) (JUR 2007/123982), y en términos prácticamente idénticos, SAP Barcelona 11.12.2006 (Sección 15) (JUR 2007/122886) y SAP Barcelona (sección 15) 12.12.2006 (JUR 2007/122832)

AP Cantabria

“**TERCERO** La otra pretensión sostenida por la entidad recurrente se refiere a que el privilegio mencionado en el art. 91.4 de la LC alcanza hasta el 50 % del conjunto de créditos de la Seguridad Social sin otras exclusiones que la que contempla el propio precepto. La dicción literal del texto normativo ya excluye del 50% a los créditos de la Seguridad Social que gozan de privilegio especial conforme el art. 90.1 y a los que gozan de privilegio general conforme el art. 91.2 de la LC por lo que en la tesis de la recurrente el 50% ha de computarse sobre el resto de créditos con privilegio general, los créditos ordinarios y los créditos subordinados y ello por cuanto el precepto habla del conjunto de los créditos de la Seguridad Social.

En una primera labor hermeneútica ha de decirse que la tan manida pero de imprescindible referencia exposición de motivos de la LC dice que en la regulación de la materia de clasificación de créditos, la Ley contiene una de las innovaciones más importantes porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, considerándose que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas. Se trata de un expreso llamamiento del legislador, más allá de los principios generales, a una interpretación restrictiva de todo los privilegios y desde tal consideración y en virtud del principio de la llamada poda de privilegios, ha de concluirse que el 50% a que se refiere el art. 91.4 de la LC se refiere a los que ya tengan tal carácter, es decir, excluyendo del cómputo los especialmente privilegiados del art. 90.1, los de privilegio general del art.91.2 y los subordinados del art. 92 pues carece de sentido que un mismo crédito pueda estar en dos categorías (especialmente privilegiado y generalmente privilegiado o ésta y subordinado). En el mismo sentido parece inclinarse la A.P. de Barcelona Sección 15 en resolución de 19 de enero de 2006 (PROV 2006\ 193959). Procede de en consecuencia la desestimación del motivo. “: S AP Cantabria 20.09.2006 (AC 2006/1711) y en términos idénticos, S AP Cantabria 4.10.2006 (AC 2006/1823)

“**PRIMERO** La Tesorería General de la Seguridad Social plantea con ocasión de este recurso de apelación, diversas cuestiones en torno al cálculo del privilegio establecido en el art. 91.4 de la Ley concursal y a la calificación que en ese ámbito del ordenamiento merecen los recargos de apremio.

Sobre todas estas cuestiones ya se ha pronunciado esta sección, reiterada y recientemente (así, rollos 255/06, 279/06 (AC 2006\ 1711), 325/06 ó 366/06 (AC 2006\ 1708).

SEGUNDO Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones suscitadas, este tribunal ha concluido anteriormente que el 50% a que se refiere el art. 91.4 LC se refiere a los créditos que ya tengan tal carácter, es decir, debe excluirse del cómputo los especialmente privilegiados del art. 90.1, los del privilegio general del 91.2 y los subordinados del art. 92, pues carece de sentido que un mismo crédito pueda estar en dos categorías (especialmente privilegiado y generalmente privilegiado o ésta y subordinado). Tal antecedente se encuentra en la sentencia de esta Sección de 20-9-2006 (AC 2006\ 1711) (rollo 279/06), siendo su fundamento la propia literalidad del texto legal y la restrictiva interpretación que han de merecer cualesquiera privilegios, lo que se compagina con la drástica reducción de privilegios y preferencias establecidas por el legislador concursal.” : S AP Cantabria 26.09.2006 (AC 2006/1703) y en términos idénticos, S AP Cantabria 26.09.2006 (AC 2006/1704)

AP Coruña

“**TERCERO** Descartado, pues, el primer motivo de apelación, cuya estima dejaría sin contenido los otros dos formulados por la Abogacía del Estado, procede entrar en el segundo de los causales de impugnación esgrimidos, en el bien fundado escrito de interposición del presente recurso, cual es el relativo a la indebida aplicación de la cuantificación de los privilegios fiscales previstos en el art. 91.4 de la LC El mentado precepto señala que gozarán de privilegio general: «Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe».

Pues bien, el argumento de la Abogacía del Estado radica en este caso en que el 50% al que se limita el privilegio se ha de computar en relación con el total del crédito tributario, que según la certificación expedida por la AEAT asciende a 7.382,52 euros,

cuyo 50% es la cifra de 3.691,26 euros. Tampoco compartimos dicha tesis.

En efecto, los créditos de la Hacienda Pública se pueden clasificar en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados a su vez pueden ser especiales del art. 90 de la LC, que recaen sobre determinados bienes del patrimonio del concursado, o generales, que afectan a todo el patrimonio del deudor excluidos los afectados por un privilegio especial, en cuyo caso se encuentran las retenciones tributarias (art. 91.2) o los demás créditos tributarios hasta la cuantía del 50% (art. 91.4). Los ordinarios que son por exclusión los que no gozan de privilegio especial o general y, por último, los subordinados por intereses y sanciones (art. 92).

La tesis de la sentencia apelada tiene su fundamento en el iter legislativo del precepto en cuanto el texto aprobado por el Congreso de los Diputados no hacía referencia en el art. 91.4 al privilegio general del art. 91.2, sino sólo al especial del art. 90.1.1º, ello motivó una enmienda del grupo popular que, al acogerse dio lugar a la nueva redacción del precepto, la justificación de dicha enmienda se llevó a efecto con el argumento de que: «la mención al privilegio general del núm. 2 de este artículo tiene por objeto evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50%, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse su derecho de separación». O dicho de otra forma el Legislador optó que, para dicho cómputo, se excluyen tanto los créditos ya privilegiados del art. 90.1.1º como del art. 91.2.

El privilegio del art. 91.4 es definido desde un punto de vista negativo, en cuanto lo constituye los créditos tributarios «que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo», y añade a continuación «éste privilegio», es decir, el definido en el mentado precepto por exclusión de los dos anteriores, podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública hasta el cincuenta por ciento de su importe, o lo que es lo mismo de la totalidad de los créditos tributarios excluidos los ya clasificados como privilegiados, pues de no ser así se estaría computando doblemente un privilegio, en contra de la interpretación restrictiva que ha de primar en la materia.

Para efectuar dicho cómputo tampoco habrá de tenerse en cuenta los créditos calificados como subordinados, que supone una degradación de los mismos por expresa disposición general (art. 92 de la LC) y además desde el momento inicial de su reconocimiento, por lo que, en lógica consecuencia, con su calificación jurídica, tampoco deben ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar un privilegio, so pena de atentar a la finalidad perseguida por el Legislador al atribuirles dicha condición, desvirtuando su naturaleza de auténticos antiprivilegios.

No apreciamos, pues, el denunciado error en la clasificación de los créditos por la administración concursal, ratificada por el Juzgado de lo Mercantil.": Sentencia AP La Coruña 10.04.2006 (AC 2006/495)

“SEGUNDO En primer término, se cuestiona la forma de computarse el privilegio general del art. 91.4 de la LC, con respecto a los créditos de la Seguridad Social.

El mentado precepto señala que gozarán de privilegio general: «Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe».

Pues bien, el argumento de la Seguridad Social radica en este caso en que el 50% al que se limita el privilegio se ha de computar en relación con el total del crédito que ostenta dicho organismo, que según la certificación expedida asciende a la suma de 15.051,34 euros, cuyo 50% es la cifra de 7.525,67 euros. No compartimos dicha tesis.

En efecto, los créditos de la Seguridad Social se pueden clasificar en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados a su vez pueden ser especiales del art. 90 de la LC, que recaen sobre determinados bienes del patrimonio del concursado, o generales, que afectan a todo el patrimonio del deudor excluidos los afectados por un privilegio especial, en cuyo caso se encuentran las retenciones de la Seguridad Social (art. 91.2) o los demás créditos hasta la cuantía del 50% (art. 91.4). Los ordinarios, que son por exclusión los que no gozan de privilegio especial o general, y, por último, los subordinados por intereses y sanciones (art. 92.3 y 4).

El privilegio del art. 91.4 es definido desde un punto de vista negativo, en cuanto lo constituye los créditos «que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo», y añade a continuación «éste privilegio», es decir, el definido en el mentado precepto por exclusión de los dos anteriores, podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social hasta el cincuenta por ciento de su importe, o lo que es lo mismo de la totalidad de los créditos de tal naturaleza excluidos los ya clasificados como privilegiados, pues de no ser así se estaría computando doblemente un privilegio, en contra de la interpretación restrictiva

que ha de primar en la materia.

Para efectuar dicho cómputo tampoco habrá de tenerse en cuenta los créditos calificados como subordinados, que supone una degradación de los mismos por expresa disposición general (art. 92 de la LC) y además desde el momento inicial de su reconocimiento, por lo que, en lógica consecuencia, con su calificación jurídica, tampoco deben ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar un privilegio, so pena de atentar a la finalidad perseguida por el Legislador al atribuirles dicha condición, desvirtuando su naturaleza de auténticos antiprivilegios.

No apreciamos, pues, el denunciado error en la clasificación de los créditos por la administración concursal, ratificada por el Juzgado de lo Mercantil.”: Sentencia AP La Coruña 07.04.2006 (AC 2006/496)

“CUARTO.- Entrando ahora en el motivo de impugnación referido a la interpretación y alcance del límite del privilegio del artículo 91.4º de la Ley decir que, según el mismo: “Son créditos con privilegio general: 4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”. La parte apelante sostiene que ese 50 por ciento se ha de computar en relación con el total del crédito de la Hacienda Pública sin distinciones (66.304,70 euros), por lo que el 50 por ciento supondría un privilegio general (art. 91.4º) por importe de 33.152,35 euros, teniendo la consideración de subordinado (art. 92) un total de 13.698,86 euros (intereses y sanción) y el resto (19.453,49 euros) la cualidad de ordinario (art. 89.3). Se rechaza el alegato por las razones que dimos en la repetida sentencia [*Sentencia AP La Coruña 07.04.2006, número 168/2006*]:

<< En efecto, los créditos de la Hacienda Pública se pueden clasificar en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados a su vez pueden ser especiales del art. 90 de la LC, que recaen sobre determinados bienes del patrimonio del concursado, o generales, que afectan a todo el patrimonio del deudor excluidos los afectados por un privilegio especial, en cuyo caso se encuentran las retenciones tributarias (art. 91.2) o los demás créditos tributarios hasta la cuantía del 50% (art. 91.4). Los ordinarios que son por exclusión los que no gozan de privilegio especial o general y, por último, los subordinados por intereses y sanciones (art. 92).

La tesis de la sentencia apelada tiene su fundamento en el iter legislativo del precepto en cuanto el texto aprobado por el Congreso de los Diputados no hacía referencia en el art. 91.4 al privilegio general del art. 91.2, sino sólo al especial del art. 90.1.1º, ello motivó una enmienda del grupo popular que, al acogerse dio lugar a la nueva redacción del precepto, la justificación de dicha enmienda se llevó a efecto con el argumento de que: “la mención al privilegio general del nº 2 de este artículo tiene por objeto evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50%, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse su derecho de separación”. O dicho de otra forma el Legislador optó que, para dicho cómputo, se excluyen tanto los créditos ya privilegiados del art. 90.1.1º como del art. 91.2.

El privilegio del art. 91.4 es definido desde un punto de vista negativo, en cuanto lo constituye los créditos tributarios “que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo”, y añade a continuación “éste privilegio”, es decir el definido en el mentado precepto por exclusión de los dos anteriores, podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública hasta el cincuenta por ciento de su importe, o lo que es lo mismo de la totalidad de los créditos tributarios excluidos los ya clasificados como privilegiados, pues de no ser así se estaría computando doblemente un privilegio, en contra de la interpretación restrictiva que ha de primar en la materia.

Para efectuar dicho cómputo tampoco habrá de tenerse en cuenta los créditos calificados como subordinados, que supone una degradación de los mismos por expresa disposición general (art. 92 de la LC) y además desde el momento inicial de su reconocimiento, por lo que, en lógica consecuencia, con su calificación jurídica, tampoco deben ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar un privilegio, so pena de atentar a la finalidad perseguida por el Legislador al atribuirles dicha condición, desvirtuando su naturaleza de auténticos antiprivilegios.

No apreciamos, pues, el denunciado error en la clasificación de los créditos por la administración concursal, ratificada por el Juzgado de lo Mercantil >>.”: Sentencia AP La Coruña 16.05.2006 (JUR 2006/187932)

“PRIMERO El objeto del presente litigio sometido a consideración judicial en la alzada radica en el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Seguridad Social

contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, en el incidente concursal núm. 53/05 de impugnación de la clasificación de créditos llevada a efecto por la administración concursal. El argumento del recurso formulado por la Tesorería de la Seguridad Social radica en que el 50% al que se limita el privilegio se ha de computar en relación con el total del crédito que ostenta dicho organismo, que según la certificación expedida asciende a la suma de 238.658,84 euros, cuyo 50% es la cifra de 119.329,42 euros.

SEGUNDO Sobre la cuestión jurídica que se plantea por la recurrente, la interpretación del privilegio general del artículo 91.4º con relación al límite establecido en la Ley para dicho privilegio; hemos resuelto en tres recientes precedentes sobre la materia en cuestión (sentencias número 167/2006 y 168/2006, ambas de fecha 7 de abril de 2006, y la núm. 237/06 de 16 de mayo de 2006), por lo que reproducimos nuestro criterio en la presente resolución, el que mantenemos, al no apreciar el Tribunal motivos para su alteración o modificación.

Así, decíamos en nuestra sentencia núm. 167/06 sobre la forma de computarse el privilegio general del art. 91.4 de la LC, con respecto a los créditos de la Seguridad Social.

«El mentado precepto señala que gozarán de privilegio general: “Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

En efecto, los créditos de la Seguridad Social se pueden clasificar en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados a su vez pueden ser especiales del art. 90 de la LC, que recaen sobre determinados bienes del patrimonio del concursado, o generales, que afectan a todo el patrimonio del deudor excluidos los afectados por un privilegio especial, en cuyo caso se encuentran las retenciones de la Seguridad Social (art. 91.2) o los demás créditos hasta la cuantía del 50% (art. 91.4). Los ordinarios, que son por exclusión los que no gozan de privilegio especial o general, y, por último, los subordinados por intereses y sanciones (art. 92.3 y 4).

El privilegio del art. 91.4 es definido desde un punto de vista negativo, en cuanto lo constituye los créditos “que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo”, y añade a continuación “éste privilegio”, es decir, el definido en el mentado precepto por exclusión de los dos anteriores, podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social hasta el cincuenta por ciento de su importe, o lo que es lo mismo de la totalidad de los créditos de tal naturaleza excluidos los ya clasificados como privilegiados, pues de no ser así se estaría computando doblemente un privilegio, en contra de la interpretación restrictiva que ha de primar en la materia.

Para efectuar dicho cómputo tampoco habrá de tenerse en cuenta los créditos calificados como subordinados, que supone una degradación de los mismos por expresa disposición general (art. 92 de la LC) y además desde el momento inicial de su reconocimiento, por lo que, en lógica consecuencia, con su calificación jurídica, tampoco deben ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar un privilegio, so pena de atentar a la finalidad perseguida por el Legislador al atribuirles dicha condición, desvirtuando su naturaleza de auténticos antiprivilegios».

No apreciamos, pues, el denunciado error en la clasificación de los créditos por la administración concursal, ratificada por el Juzgado de lo Mercantil, cuando excluye para la base del cálculo del privilegio del art. 91.4º LC, las cantidades correspondientes a retenciones de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. “: S AP La Coruña 26.06.2006 (AC 2006/1563)

“TERCERO Entrando ahora en el motivo de impugnación referido a la interpretación y alcance del límite del privilegio del artículo 91.4º de la Ley decir que, según el mismo: «Son créditos con privilegio general: 4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe». La parte apelante sostiene que ese 50 por ciento se ha de computar en relación con el total del crédito de la Hacienda Pública sin distinciones (66.276,55 euros), por lo que el 50 por ciento supondría un privilegio general (art. 91.4º) por importe de 33.188,28 euros, teniendo la consideración de crédito ordinario 5.204,21 euros (art. 89.3) y crédito subordinado 2, 261,60 euros (intereses) (art. 92.3). Se rechaza el alegato por las razones que dimos en la repetida sentencia: «En efecto, los créditos de la Hacienda Pública se pueden clasificar en privilegiados,

ordinarios y subordinados. Los privilegiados a su vez pueden ser especiales del art. 90 de la LC, que recaen sobre determinados bienes del patrimonio del concursado, o generales, que afectan a todo el patrimonio del deudor excluidos los afectados por un privilegio especial, en cuyo caso se encuentran las retenciones tributarias (art. 91.2) o los demás créditos tributarios hasta la cuantía del 50% (art. 91.4). Los ordinarios que son por exclusión los que no gozan de privilegio especial o general y, por último, los subordinados por intereses y sanciones (art. 92).

La tesis de la sentencia apelada tiene su fundamento en el iter legislativo del precepto en cuanto el texto aprobado por el Congreso de los Diputados no hacía referencia en el art. 91.4 al privilegio general del art. 91.2, sino sólo al especial del art. 90.1.1º, ello motivó una enmienda del grupo popular que, al acogerse dio lugar a la nueva redacción del precepto, la justificación de dicha enmienda se llevó a efecto con el argumento de que: "la mención al privilegio general del núm. 2 de este artículo tiene por objeto evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50%, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse su derecho de separación". O dicho de otra forma el Legislador optó que, para dicho cómputo, se excluyen tanto los créditos ya privilegiados del art. 90.1.1º como del art. 91.2. El privilegio del art. 91.4 es definido desde un punto de vista negativo, en cuanto lo constituye los créditos tributarios "que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo", y añade a continuación "éste privilegio", es decir, el definido en el mentado precepto por exclusión de los dos anteriores, podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública hasta el cincuenta por ciento de su importe, o lo que es lo mismo de la totalidad de los créditos tributarios excluidos los ya clasificados como privilegiados, pues de no ser así se estaría computando doblemente un privilegio, en contra de la interpretación restrictiva que ha de primar en la materia.

Para efectuar dicho cómputo tampoco habrá de tenerse en cuenta los créditos calificados como subordinados, que supone una degradación de los mismos por expresa disposición general (art. 92 de la LC) y además desde el momento inicial de su reconocimiento, por lo que, en lógica consecuencia, con su calificación jurídica, tampoco deben ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar un privilegio, so pena de atentar a la finalidad perseguida por el Legislador al atribuirles dicha condición, desvirtuando su naturaleza de auténticos antiprivilegios.

No apreciamos, pues, el denunciado error en la clasificación de los créditos por la administración concursal, ratificada por el Juzgado de lo Mercantil».": Sentencia AP La Coruña 19.12.2006 (AC 2007/158)

AP Guipúzcoa

" Y en relación con el segundo motivo de recurso, debemos llegar también a una decisión acorde con la expresada por el juez, puesto que,

- La limitación cuantitativa establecida en el art. 91.1.4º de la L.Concursal, debe aplicarse conforme a la interpretación efectuada por el juzgador. No cabe admitir, tal y como sostiene la Tesorería apelante, que cuando la norma menciona el conjunto de créditos de la seguridad social, esté contemplando la totalidad de la deuda pendiente a favor de dicha administración, añadiendo a la deuda por cuotas, la correspondiente a la cuota obrera y a aquellos conceptos que tiene el carácter de créditos subordinados. Puesto que aunque es cierto que el mencionado artículo se refiere al conjunto de créditos, la interpretación de dicho término debe realizarse teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la norma conforme a su Exposición de Motivos. Y en la misma, a la hora de motivar la regulación de la clasificación de créditos, se menciona la reducción drástica de los privilegios y preferencias a efectos del concurso, para garantizar el principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores. Privilegios que se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la seguridad social (hasta el cincuenta por ciento de su importe en cada caso).

- Y por ello, el conjunto de créditos al que se refiere el art. 91.1.4º, debe comprender los correspondientes a cuotas, conceptos de recaudación conjunta y demás créditos, tal y como vienen regulados en la normativa de seguridad social. Las cuotas comprenden sólo la aportación empresarial, puesto que la aportación de los trabajadores está cubierta por el privilegio de las retenciones a favor de la seguridad social (art. 91-2º de la L. Concursal). Los conceptos de recaudación conjunta son los de desempleo, formación, profesional y fondo de garantía salarial. Los demás créditos se refieren a aportaciones en virtud de norma o concierto con la seguridad social, aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la seguridad social que deben efectuar las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y aquellas empresas que colaboren en la gestión de la seguridad social, los reintegros de prestaciones indebidamente percibidas y los reintegros de préstamos. Por lo que

quedan fuera del privilegio, los créditos por recargos de apremio o de demora, y las sanciones.

Lo que nos lleva a desestimar el recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, con la plena confirmación de la resolución apelada.”: Auto AP Guipúzcoa 13.10.2006 (Sección 2) (JUR 2007/103475)

“El precepto [art.91.4º L.C.] dispone: "Son créditos con privilegio general: 4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente hasta el cincuenta por ciento de su importe".

Al igual que la cuestión anterior, ésta también ha sido resuelta por esta Sección en la citada sentencia de 28 de julio del presente año, cuyas consideraciones y conclusiones se estima procedente mantener.

Como se indica en la citada resolución, la controversia viene suscitada por la interpretación que deba darse a la expresión "conjunto de los créditos" bien de un modo cuantitativo, entendiendo que el precepto utiliza esa expresión refiriéndose al total o suma total de los créditos (tesis que defiende la TGSS), o bien de un modo cualitativo, como referencia global a un agregado de créditos procedentes de cualesquiera conceptos pero referidos a un concreto titular (Hacienda Pública o Seguridad Social) que les hace ser merecedores de un tratamiento específico, lo que significa que el cómputo del 50% debe realizarse excluyendo otros créditos con un privilegio diferente y los créditos subordinados (tesis de la Administración Concursal).

La cuestión dista de ser pacífica y ha dado lugar a resoluciones contradictorias, pero esta Sala entiende que la interpretación de la expresión debe hacerse de modo cualitativo con arreglo a los argumentos siguientes:

1.- La redacción del precepto permite la interpretación de ambos sentidos (el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en sentencia de fecha 23 de junio de 2005 realiza un detallado análisis sintáctico del precepto) por lo que no puede atenderse al sentido literal de las palabras para avalar una u otra interpretación. En todo caso, si se hubiera pretendido una interpretación cuantitativa hubiera sido más lógico utilizar una expresión más acorde con dicho sentido, por ejemplo, "todos los créditos" o "la suma total de los créditos".

2.- Los antecedentes legislativos del precepto avalan dicha interpretación por cuanto el texto aprobado por el Congreso no hacía referencia al apartado recogido del privilegio general del número 2º del art.91 LC, sino exclusivamente al art.90.1.1º LC. Y fue una enmienda del Grupo Popular en el Senado (la número 211) la que justificaba la inclusión del art.91.2º LC con el fin de "evitar ambigüedades en el cálculo del límite el 50 por ciento, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse su derecho de separación". Por tanto, el propio legislador está recogiendo como base para el cálculo el conjunto de créditos tributarios o de la seguridad social excluidos los que refiere del art.90.1 y 91.2º LC.

3.- El carácter excepcional y restrictivo de los privilegios en la Ley Concursal no justifica una interpretación que conlleve que un crédito al que ya se le ha reconocido un determinado privilegio (en el art.90.1.1º LC o en el art.91.2º LC) vuelva a recibir, al menos en parte, un tratamiento privilegiado por la vía del art.90.4º LC.

4.- Igualmente, mantener la interpretación defendida por la Tesorería General de la Seguridad Social supondría utilizar en su caso los créditos subordinados como base para el cálculo del privilegio, lo que contradice la sistemática y naturaleza de créditos (privilegiados especiales y generales, ordinarios y subordinados) que la propia Ley Concursal establece: los créditos son lo que son y no pueden tener una naturaleza doble (privilegiada y subordinada al mismo tiempo).

Todo lo cual conduce a estimar correcto el criterio clasificatorio utilizado por la Administración Concursal y, consiguientemente, determina la desestimación del recurso de apelación interpuesto.”: SAP Guipúzcoa 17.10.2006 (Sección 2) (JUR 2007/103452)

AP Huesca

“El privilegio general del artículo 91.4, que no puede interpretarse sino restrictivamente, debe calcularse descontando «del conjunto de los créditos» aquellos que ya gozaran de un privilegio general o especial o fueran subordinados pues de lo contrario se estaría privilegiando dos veces a los créditos que ya gozaban de privilegio especial o general y se estaría alterando la peor condición de los créditos subordinados, para terminar privilegiándolos, pese a que el Legislador ha pretendido todo lo contrario. Tal y como consta en el primer inciso del artículo 91.4, el legislador ha concedido este privilegio, muy discutido doctrinalmente, sólo para los créditos que no gocen de privilegio especial

ni del privilegio general del 91.2. En este mismo sentido se ha pronunciado la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 19 de enero de 2006 (PROV 2006\ 193959), la sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en sus sentencias de 7 de abril de 2006 (AC 2006\ 495) y 10 de abril de 2006 (AC 2006\ 496), la Audiencia Provincial de Soria en su sentencia de 12 de mayo de 2006 (AC 2006\ 966), la sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 16 de mayo de 2006 (PROV 2006\ 187932), la sección quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia de 16 de junio de 2006 (PROV 2006\ 183286) y la sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 26 de junio de 2006 (AC 2006\ 1563).”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

AP Soria

“**SEGUNDO** En relación a la primera de las alegaciones, sobre la interpretación que debe darse al artículo 91, 4º de la Ley Concursal, es cierto, como dijo el magistrado Juez de lo Mercantil, que se trata de una cuestión controvertida, habiendo optado la sentencia impugnada por la postura que considera que debe limitarse el privilegio del artículo 94, 1º a los créditos de la Seguridad Social una vez eliminados los créditos que fueran subsumibles en los artículo 91, 2, 90, 1 y 92 de la LC, para evitar privilegiar doblemente un mismo crédito y dar tratamiento de privilegiado a un crédito subordinado. Antes de seguir adelante, conviene recordar, al hilo de lo que se expone en el motivo de recurso que ahora analizamos, y siguiendo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander de fecha 3 de junio de 2005, que la configuración de la Ley Concursal como una Ley de carácter especial obliga a acudir a ella con preferencia frente a cualesquiera otras normas generales. Por ello, siempre que la cuestión se encuentre resulta por la LC, por el principio de la preferencia de la Ley especial sobre la Ley general, ha de estarse a ella. Igualmente, siempre que sea necesario integrar la norma, en primer lugar ha de acudirse al articulado de la propia Ley concursal y, únicamente cuando por esta vía no pueda resolverse la cuestión, acudir a otras normas, salvo en el caso de que se efectúen remisiones directas. Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que la Ley Concursal utiliza el sistema de «*numerus clausus*» a la hora de clasificar los créditos concursales privilegiados, como se extrae claramente del tenor literal del artículo 89 punto 2º en cuyo inciso final establece que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en «esta Ley», de modo que los artículos 90 y 91 establecen el catálogo cerrado de los mismos. El propio tenor literal de la norma justifica esta interpretación y los propios principios inspiradores recogidos en la Exposición de Motivos refrendan esta posición. En efecto, en el apartado V de ésta se establece que reconoce que en esta materia es donde se ha producido una de las novedades más importantes, al haberse reducido drásticamente los privilegios y preferencias «a efectos del concurso». Añade además que el principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que sus excepciones han de ser contadas y siempre justificadas. La conjugación de lo anterior impide acudir a cualquier norma ajena o exterior a la Ley concursal para clasificar los créditos, y exige además, que en la interpretación de los privilegios de los artículos 90 y 91 haya de ser especialmente celoso, impidiendo, cuanto menos, cualquier interpretación extensiva de los mismos.

TERCERO Teniendo en cuenta lo anterior, tras un nuevo análisis del problema, y consultadas otras resoluciones de distintos Juzgados de lo Mercantil al respecto, estimamos que la sentencia apelada debe ser confirmada en este punto.

Efectivamente, además de los argumentos ya expuestos por el juzgador de instancia, añadiremos nosotros que, partiendo del tenor normativo del art. 91 de la Ley Concursal («... Son créditos con privilegio general:... 4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe»), debemos concluir que la expresión «este privilegio» se refiere al privilegio general que es objeto de este artículo, lo que implica que deben excluirse los créditos que gocen de otro privilegio especial, y no incluir la totalidad de los créditos de la Seguridad Social.

Además, y en relación a la expresión «conjunto de créditos» del segundo inciso del art. 91.4º de la Ley Concursal, contrariamente a lo que se dice en el recurso y coincidiendo con la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 22 de septiembre de 2005, consideramos que debe interpretarse de un modo cualitativo y no cuantitativo (parece razonable que si se hubiera querido expresar una idea globalizadora cuantitativa se habrían expresado términos como «el total de los créditos» o «la suma total de los

créditos», pues utilizar la expresión «conjunto de créditos» tiene unas connotaciones más cualitativas), de modo que se incluyan los créditos procedentes de cualesquiera conceptos por los que el deudor puede adeudar a la Seguridad Social, es decir, las cuotas, los conceptos de recaudación conjunta (desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial) y otros créditos previstos en la Ley General de la Seguridad Social y en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (aportaciones de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y empresas colaboradoras, reintegros, etcétera) que no estén considerados créditos privilegiados en virtud de los preceptos que cita este artículo.

En apoyo de lo anterior, aparte de las sentencias citadas por el Magistrado Juez «a quo», mencionaremos otras más recientes, como las de los Juzgados de lo Mercantil de Santander (de 30 de junio de 2005), La Coruña (de 23 de junio de 2005) o Sevilla (de 22 de septiembre de 2005), que llegan a la misma conclusión.": Sentencia AP Soria 12.05.2006 (AC 2006/966)

AP Valladolid

“SEGUNDO.- Suscita la recurrente Agencia Tributaria así como la impugnante VALIN SAT, una cuestión de estricto orden jurídico interpretativo referida al sentido y el alcance que deba darse a la expresión, "conjunto de los créditos de la Hacienda Pública" contenida en el segundo párrafo del apartado cuarto del artículo 91 de la Ley Concursal los efectos de fijar el límite cuantitativo -del 50%- a que puede ascender el privilegio general que prevé. Cuestión discutida tanto por la doctrina como por las incipientes resoluciones de los juzgados de lo Mercantil, pero que a juicio de esta Sala ha sido correctamente analizada y resuelta por la Sentencia apelada en su fundamento de derecho único que compartimos y refrendamos. Su línea interpretativa - por contra de lo que sucede con la propugnada por la Abogacía del Estado y VALIN S.A.T. parcialmente coincidentes, es mayoritaria en los Juzgados especializados de lo Mercantil y es la más razonable de todas las posibles, tanto desde una perspectiva literal como sistemática y teleológica de la norma citada.

Debe seguirse, como bien sienta el Juzgador de instancia, un criterio restrictivo a la hora de reconocer y calificar los créditos como privilegiados aunque sea con el privilegio general del número 4º del comentado precepto, pues, no en vano existe un principio de derecho según el cual los privilegios deben ser interpretados restrictivamente y no extensivamente y la propia Ley Concursal en su Exposición de Motivos viene a marcar esta pauta hermenéutica cuando explica, por un lado, que una de las innovaciones más importantes que introduce es la regulación de la materia de clasificación de los créditos " porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso" y por otro dice, " el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que las excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas".

Y basta la sola lectura del inciso primero del precepto cuestionado para, como bien argumenta la sentencia apelada, "... poder deducir sin gran esfuerzo, que el legislador a la hora de clasificar los créditos de la Hacienda Pública, pretende excluir en todo caso los que ya gozan del privilegio especial del artículo 90.1 L.C. y del general del artículo 91.2º LC., por lo que lo más lógico es entender que la expresión "al conjunto de los créditos de la Hacienda Pública" contenida en el segundo inciso del apartado 4º del artículo 91.4º LEC se refiere exclusivamente a los demás créditos, siempre que no sean subordinados, pues carecería de sentido que excluyera a los privilegiados y no lo hiciera con aquellos".

TERCERO.- Dispone el artículo 91.4º de la Ley Concursal que son créditos con privilegio general: " Los créditos tributarios y demás de derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gozan de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el cómputo de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe".

El entendimiento literal y sistemático de este precepto en su total redactado pone fácilmente de manifiesto que la expresión, ciertamente desafortunada, "conjunto de los créditos" citada en el segundo de sus apartados como base para el cálculo del 50% referido, se refiere al conjunto de los créditos mencionados en el primero de sus apartados, es decir, el resto de los créditos de la Hacienda Pública existentes, excluidos los que gozan del privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90 y el privilegio general del número 2º de mencionado artículo. De otra forma no se comprende el porqué de la identificación del privilegio en el párrafo señalado y las referencias que expresamente se hacen a esos dos privilegios. Parece además de todo punto razonable

que cuando hay un privilegio ya reconocido para el cálculo de otro este debiera ser excluido. Con ello no padece la expresión "conjunto" pues los demás créditos sin privilegio serán en parte privilegiados precisamente por aplicación de ese apartado cuarto del artículo 91 LC.

Igualmente deben quedar excluidos los créditos subordinados, pues dada su propia acepción y naturaleza subordinada, difícilmente pueden ser utilizados como base para el cálculo de ningún privilegio. De no ser así se les estaría atribuyendo un cierto privilegio del que la ley concursal ha querido privarles e injustificadamente se les estaría otorgando una doble naturaleza y utilidad, como crédito subordinado y como parte de la base para el cálculo de un privilegio.

En suma, estimamos que la interpretación llevada a cabo por el Juzgador de la Instancia, es razonable y se ajusta a la literalidad y sistemática de la norma. Debe prevalecer por lo tanto sobre las menos fundadas e interesadas ofrecidas por cada una de las partes, recurrente e impugnante. De seguirse la interpretación propugnada por la Abogacía del Estado en nombre de la AEAT (la expresión "conjunto de los créditos de la hacienda pública" se refiere a la totalidad de los créditos reconocidos cualquiera sea su naturaleza o privilegio) bien podría producirse, como bien concluye la sentencia apelada un efecto perverso no querido por la norma, cual es que ".. los créditos con privilegio general del apartado 4º del artículo 91 LC nunca alcanzarían el tope máximo del 50% del total de los créditos, reconociéndose en consecuencia en su integridad, y haciéndose ilusorias las expectativas de cobro para los acreedores más débiles". Provocaría por ejemplo el tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones (una primera, ex apartado 2º artículo 91 y una segunda al utilizarlas para el cómputo del privilegio del apartado 4º).": SAP Valladolid 27.10.2006 (Sección 3) (JUR 2006/285331)

AP Zaragoza

"La recurrente [TGSS] sostiene que gozan del privilegio general del art. 91.4 LC mientras que el juez sostiene que son subordinados del art. 92.4 LC.

La naturaleza de los recargos ha sido objeto de un extenso análisis que se ha decantado claramente por su carácter accesorio, que rechaza su identificación con la deuda principal a efectos de incluirlos en los privilegios a ella reconocidos, y ello en razón de que ni responde a los principios que justifican el privilegio, ni debe ser "soportado" por los demás acreedores (SAP de esta Sala nº 14/2006), y tal es la opinión común expresada por la jurisdicción especializada en la que se ha destacado cómo los recargos, si bien no son una manifestación del ius puniendi, sí deben ser consideradas como sanciones o castigos a los efectos de su inclusión en el art. 92.4 LC, pues no hay razón para que sea interpretado en el sentido estricto de que sólo acoge las manifestaciones de aquél derecho.

Dicho lo anterior, para la determinación de la parte del crédito sobre el que puede ejercerse el privilegio conforme al art. 91.4 LC, el juzgador atiende sólo a la parte del crédito que goza del privilegio general establecido en dicho precepto, con exclusión de los que gozan de otro tipo de privilegio, de los subordinados y los ordinarios; y tal es la opinión generalmente asumida en la jurisdicción especializada so pena de extender indebidamente el privilegio haciendo ilusorio el criterio restrictivo de privilegios de dicho precepto que ya anuncia la exposición de motivos de la ley. Procede en consecuencia la desestimación del recurso.": Sentencia AP Zaragoza 16.06.2006 (Sección 5ª) (JUR 2006/183286)

JM-2 Barcelona

"la Tesorería General de la Seguridad Social considera que el 50% al que alude el apartado 4º del artículo 91 de la Ley Concursal ha de aplicarse al «conjunto de los créditos de la Seguridad Social», esto es, incluidos aquellos calificados con mayor privilegio y los subordinados. De este modo, al aumentarse la base de cálculo, se obtiene una cantidad superior como crédito privilegiado del artículo 91.4º. Dicha interpretación literal de la norma no puede ser acogida; en efecto, también es compatible con el tenor literal del precepto entender que el 50% debe ejercerse dentro del ámbito del artículo 91.4º, es decir, partiendo del crédito de la Seguridad Social depurado de otros privilegios y de partidas que merezcan la calificación de créditos subordinados. Se atiende mejor, de tal manera, al espíritu y finalidad de la norma (artículo 3 del Código Civil) y al propósito del Legislador, explicitado en la Exposición de Motivos, de limitar los privilegios.": Sentencia JM-2 Barcelona 11.04.2005 (AC 2005/816)

“La cuestión litigiosa, en definitiva, se reduce a la interpretación del artículo 91.4º y, en concreto, a determinar la base de cálculo de la que ha de partirse para fijar el porcentaje de crédito que merece la calificación de privilegiado. En este sentido la impugnante considera que el 50% al que alude el apartado 4º del artículo 91 de la Ley Concursal ha de aplicarse al «conjunto de los créditos de la Hacienda Pública», esto es, incluidos aquellos calificados con mayor privilegio y los subordinados. De este modo, al aumentarse la base de cálculo, se obtiene una cantidad superior como crédito privilegiado del artículo 91.4º. Dicha interpretación literal de la norma no puede ser acogida; en efecto, también es compatible con el tenor literal del precepto entender que el 50% debe ejercerse dentro del ámbito del artículo 91.4º, es decir, partiendo del crédito tributario depurado de otros privilegios y de partidas que merezcan la calificación de créditos subordinados. Se atiende mejor, de tal manera, al espíritu y finalidad de la norma (artículo 3 del Código Civil) y al propósito del Legislador, explicitado en la Exposición de Motivos, de limitar los privilegios. Por todo ello debe incluirse el crédito de la demandante en los términos establecidos por la administración concursal. “:Sentencia JM-2 Barcelona 10.04.2006 (JUR 2006/147524)

JM-3 Barcelona

“Quinto.- Respecto de la fórmula de cálculo del privilegio general de nuevo la Audiencia Provincial en la resolución de referencia - 19 de enero de 2006 - mantiene el criterio defendido por la administración concursal, es decir aplicar el 50% sólo a la parte de crédito que gozaría de la condición prevista en el artículo 91.4 de la Ley acudiendo a argumentos similares referidos en el fundamento anterior vinculados a la poda de privilegios y al hecho de que un mismo crédito no pueda tener la consideración de subordinado conforme al artículo 92 y privilegiado conforme al artículo 91, por lo tanto el cálculo del privilegio debe realizarse a partir de los créditos que dispondrían de la consideración de privilegiado conforme al apartado 4º del artículo 91 de la Ley ya que sólo respecto de esos créditos se establece la fórmula de cálculo.”: Sentencia JM-3 Barcelona 24.02.2006 (JUR 2006/113969)

“QUINTO Respecto del cálculo del privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal.- A lo largo de estos 15 primeros meses de vigencia de la Ley concursal han sido constantes las discrepancias entre las administraciones públicas y los Juzgados mercantiles respecto del tratamiento de los créditos públicos, concretamente en lo referido a la consideración de los recargos como créditos subordinados, por su asimilación a las multas o sanciones, y la formulación del sistema de cálculo del privilegio general, cálculo que la administración realiza a partir de la consideración como base de la totalidad de la deuda y que, sin embargo, los Jueces mercantiles de manera mayoritaria consideraban que debía calcularse sólo a partir de aquellos créditos que debían incluirse en el apartado 4º del artículo 91.

Los argumentos que tanto los letrados que defienden los intereses públicos como los Juzgados y las administraciones concursales han sido variados, buscando el cobijo de las disposiciones legales tanto de naturaleza administrativa como civil, la interpretación que de estas normas han dado los Tribunales civiles y Contencioso-Administrativos e incluso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El estado de la cuestión era realmente complejo dado que el número de incidentes era muy elevado. Finalmente las audiencias provinciales han iniciado la labor depuradora de los conflictos y empiezan a sentar criterio que, en el ámbito de los juzgados mercantiles, debe considerarse vinculante. Resoluciones como la de la audiencia de Barcelona, Sección 15 de 19 de enero de 2006, permiten considerar que en el ámbito concursal el cálculo del privilegio general se realiza manteniendo el criterio defendido por la administración concursal, es decir, aplicar el 50% sólo a la parte de crédito que gozaría de la condición prevista en el artículo 91.4 de la Ley acudiendo a argumentos vinculados a la poda de privilegios y al hecho de que un mismo crédito no pueda tener la consideración de subordinado conforme al artículo 92 y privilegiado conforme al artículo 91, por lo tanto el cálculo del privilegio debe realizarse a partir de los créditos que dispondrían de la consideración de privilegiado conforme al apartado 4º del artículo 91 de la Ley ya que sólo respecto de esos créditos se establece la fórmula de cálculo. ”: Sentencia JM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC 2006\128)

JM-4 Barcelona

“21. El segundo tema objeto de discusión, aun cuando no lo ha sido explícitamente, es la forma de determinar la base sobre la que calcular el 50% al que se refiere el art. 91.4 LC.

22. El art. 91LC dice que son créditos con privilegio general en el apartado dos: Las

cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal; y en apartado 4 : "Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe".

23. La discusión se centra en la forma de determinar la base sobre la que calcular el 50% al que se refiere la ley, ya que el otro 50% será crédito ordinario. La Hacienda Pública sostiene que la base ha de formarse sumando todos sus créditos, estén o no clasificados de otra forma, mientras que la administración ha calculado la mitad de los créditos que pueden clasificarse en este último apartado, es decir, sin incluir los créditos clasificados privilegiados por aplicación del citado apartado 2 del art. 91, o los clasificados como subordinados.

24. En mi opinión, el párrafo segundo de este artículo no se puede interpretar independientemente del primero. Por lo tanto, se refiere a los créditos de la AEAT que no pueden ser clasificados dentro de los créditos con privilegio especial, art. 90.1 LC, ni dentro del privilegio general al que se refiere el apartado 2 del mismo art. 91 (retenciones de la SS y Hacienda Pública), ni en los subordinados. Precisamente el párrafo segundo del apartado cuarto comienza diciendo que "éste privilegio". Por lo tanto, el cálculo del 50% ha de hacerse sobre el créditos al que se esta reconociendo este concreto privilegio, excluidas las retenciones y los recargos.": Auto JM-4 Barcelona 04.04.2005 (Incidente Concursal 82/2005)

JM-1 Coruña

"QUINTO El privilegio general del artículo 91. 4 de la Ley concursal se define, en primer lugar, de forma negativa pues afecta a los créditos tributarios y demás de Derecho Público, así como los créditos de la Seguridad Social, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Añade a continuación la Ley que este privilegio ?es decir, el definido negativamente en el primer inciso del número 4º del artículo 91? podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

La Ley sólo se ocupa de definir el privilegio por oposición a los créditos dotados de privilegio especial y a los del núm. 2 del mismo artículo 91. El otro extremo de la definición negativa del privilegio, parece innecesario apuntarlo, lo constituyen los créditos subordinados.

Pues bien, la interpretación aparentemente literal del precepto en que se basa la tesis de la TGSS, que divide por mitad el importe total de sus créditos, cualquiera que sea su naturaleza concursal, para delimitar el alcance del privilegio, no puede acogerse. Más ajustado al tenor literal del precepto, y desde luego al espíritu y finalidad de la Ley, es fijar la base para el cálculo del cincuenta por ciento partiendo de la expresión «este privilegio» y, por lo tanto, considerando sólo los créditos definidos negativamente en el primer inciso del precepto que son los que, en su diversa tipología ?cuotas excepto la parte que el empresario debe retener, conceptos de recaudación conjunta, aportaciones a mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, reintegros? integran el conjunto de los créditos públicos de la Seguridad Social a los que el privilegio alcanza. Excluyendo pues los créditos especialmente privilegiados, los dotados del privilegio general del 91. 2º y, por supuesto, los subordinados, la TGSS podrá ejercer el privilegio del 91. 4º hasta el cincuenta por ciento del importe de los restantes. Con la expresión «para el conjunto de los créditos» la Ley obliga a sumar el importe de los créditos que el 91. 4º precisamente privilegia, no el importe de todos los créditos de la Seguridad Social incluyendo los que tengan un tratamiento concursal diferente, que es lo que pretende la TGSS La tesis de la demandante extiende injustificadamente el privilegio y elude una más razonable lectura del precepto, mejor ajustada a su texto y más acorde con la naturaleza de los privilegios que no admite interpretaciones extensivas.": SJM-1 La Coruña 26.04.2006 (AC 2007/205)

JM-1 Las Palmas

"TERCERO. En segundo lugar se plantea la cuestión relativa a la interpretación, significado y alcance del privilegio general reconocido en el apartado 4º del artículo 91 de la Ley Concursal y, más concretamente, de la mención contenida en la norma acerca de que *"Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe"*.

Para abordar la cuestión habremos de comenzar recordando que uno de los principios que inspira la reforma concursal plasmada en la Ley 22/2003 es la poda o recorte de privilegios, a lo que se une la necesidad de interpretar restrictivamente toda aquella regla que por otorgar un privilegio venga a introducir un reparto desigual de los sacrificios y con ello a romper la *pars conditio creditorum* propia de toda situación concursal, máxime cuando se trata de los acreedores institucionales cuya necesidad de protección ha sido hartamente discutida históricamente y cuya justificación actual aparece muy devaluada por lo que la política legislativa seguida en la vigente Ley debe merecer una aplicación restrictiva en cuanto a la tutela que todavía se sigue dispensando.

Dice la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 lo siguiente:

“La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho.

Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

Las excepciones que la ley admite son positivas o negativas, en relación con los créditos ordinarios. Las primeras se concretan en los privilegios, especiales o generales, por razón de las garantías de que gocen los créditos o de la causa o naturaleza de éstos. A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 % de su importe en cada caso).”

Seguidamente habremos de tener presente el iter parlamentario seguido por la norma que nos ocupa, en cuanto que antecedente legislativo autorizado por el artículo 3-1 del Código Civil como uno de los criterios hermenéuticos, y así las retenciones por cuota obrera que eran contempladas originalmente en el Proyecto de Ley como un depósito en manos del deudor, no incluido en la masa del concurso, y por lo tanto sujeto a la *separatio ex iure domini* a favor de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al régimen que tradicionalmente habían tenido en situaciones concursales, fueron después modificadas en su tratamiento para pasar a constituirse en el Privilegio General del artículo 91 nº 2 por lo que se introdujo la enmienda nº 211 del Grupo Popular que añadió en el inciso primero del apartado 4º artículo 91 la mención “al privilegio general del número 2º de este artículo” con la finalidad declarada de “evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por 100, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse el derecho de separación” lo que ya revela cuál era la intención del legislador. A ello se añade el texto que originalmente tenía en el Anteproyecto la Disposición final decimosexta cuando al regular la redacción del artículo 22 de la L.G.S.S. decía en su párrafo segundo que los créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta de la Seguridad Social quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal “y el importe preferente de aquéllos que no gocen de privilegio especial conforme al apartado primero del artículo 89 de la referida Ley no podrá exceder del 50 por 100 del importe de la masa pasiva” (sin hacer referencia a las retenciones que todavía eran conceptuadas como depósito sujeto a separación) lo que revelaba la intención del prelegislador de hacer exclusión de las cantidades ya privilegiadas por otras vías a la hora de hacer el cálculo del 50 por 100, intención que no parece fuera después alterada.

En definitiva, la expresión discutida y poco afortunada de “... el conjunto de los créditos...” empleada por el párrafo segundo del número 4º del artículo 91 de la Ley Concursal deberá ser interpretada en una hermenéutica razonable de la norma, atendiendo a su literalidad (artículo 3-1 del Código Civil), y teniendo igualmente presente su ubicación sistemática dentro del propio artículo 91, así como en la sección 3ª del Capítulo III (“De la clasificación de los créditos”) y los antecedentes arriba expuestos, como un cómputo selectivo comprensivo únicamente del conjunto de aquellos créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social que, tras llevar a cabo los Administradores Concursales la clasificación de todos los créditos a cargo de la entidad concursada, hayan sido concretamente y específicamente incluidos dentro de los créditos con privilegio general del número 4º del artículo 91, con exclusión, por tanto, de aquéllos que gocen del privilegio especial del artículo 90 o del privilegio general del artículo 91.2º, y, también, de aquellos otros que hayan sido calificados como créditos subordinados por entenderlos incluidos en los números 3º y 4º del artículo 92 (intereses, multas y sanciones pecuniarias).

Este límite del 50% así calculado se aplicará, a su vez, solamente a ese grupo de créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social incluidos en el privilegio general del número 4º del artículo 91.

Quiere todo ello decir que:

1. Los créditos que gocen del privilegio especial del artículo 90 o del privilegio general del artículo 91.2º mantendrán en todo su importe los referidos privilegios, respectivamente.

2. Respecto del grupo de créditos que gocen del privilegio general del artículo 91.4º, se ejercerá dicho privilegio, tanto en la junta de acreedores (artículo 123) como en el orden y forma de pago (artículo 156) solamente con relación al 50% de su concreto importe.

3. El restante 50% del importe de los créditos que gocen del privilegio general del artículo 91.4º no podrán ejercer dicho privilegio y, en consecuencia, tendrán la consideración de créditos ordinarios, tanto en lo relativo a la vinculación de lo acordado en la junta de acreedores (artículo 123) como en el orden y forma de pago (artículo 157).

4. Los créditos que hayan sido calificados como créditos subordinados, por entenderlos incluidos en los números 3º y 4º del artículo 92, no se verán afectados por lo dispuesto en el parte final del número 4º del artículo 91 y, por tanto, mantendrán dicha calificación. Esta interpretación se apoya en los siguientes argumentos:

El privilegio general del número 4º del artículo 91 lo ostentan no sólo los créditos tributarios y los de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo, sino, también, los demás créditos de Derecho público. Esto, que resulta obvio, se aclara por lo siguiente: Cuando en el párrafo segundo se hace referencia a "... el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y... el conjunto de los créditos de la Seguridad Social...", gran parte de la doctrina y algunas resoluciones judiciales lo interpretan en el sentido de que para que el cómputo del 50% de límite se tiene que atender a la totalidad de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social (con o sin exclusión, anterior o posterior, de los créditos de los artículo 90 y 91.2º).

Este Juzgador no lo entiende así. Pienso que el párrafo segundo del número 4º del artículo 90 se compone de varias partes con significado propio cada una de ellas.

Al principio, se dice que "*Este privilegio podrá ejercerse...*". Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un párrafo que forma parte del número 4º del artículo 91 y que, además, viene después de un punto y seguido; que se habla de "este privilegio" (el general del artículo 91.4ª), pero no se dice "se extenderá" o "será aplicable", sino que se emplea el verbo "podrá ejercerse", que hace referencia a un momento posterior al de la clasificación de los créditos y, en concreto, a la junta de acreedores y al orden y pago de los créditos.

Ello, contemplado conjuntamente, significa que el privilegio general del artículo 91.4ª únicamente podrá afectar a los créditos que se incluyan en el número 4º del artículo 91 y nunca, por tanto, ni a los clasificados en el artículo 90, ni en los demás números del artículo 91, ni, por supuesto, a los del artículo 92.

A continuación, el segundo párrafo dice "... para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe". Pues bien, en primer lugar, la referencia a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social debe ser entendida en el sentido de que el límite del 50% sólo es aplicable a los créditos de estos organismos públicos. Es decir, el privilegio general que a los demás créditos de Derecho Público (que no son ni tributarios ni de la Seguridad Social) concede el artículo 91.4º no estará sujeto, en cuanto a su ejercicio, a límite alguno. El límite del 50% es aplicable, única y exclusivamente, a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, por tratarse en ambos casos, como decíamos al principio, de acreedores institucionales cuya necesidad de protección ha sido harto discutida históricamente y cuya justificación actual aparece muy devaluada.

En segundo lugar, la palabra "conjunto" es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre otras acepciones que no vienen al caso, como: "Agregado de varias personas o cosas" y "totalidad de los elementos o cosas poseedores de una propiedad común, que los distingue de otros".

Por eso cuando en el párrafo segundo del artículo 91.4º se dice "*Este privilegio podrá ejercerse...*" y, a continuación se añade "... para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social,..."", no se hace referencia a la totalidad, en general y sin distinción alguna, de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, sino que se está haciendo mención a los grupos formados por la totalidad de los créditos que posean estas dos propiedades comunes:

A) Estar calificados como créditos con privilegio general del artículo 91.4º (con exclusión de los créditos clasificados en otros grupos).

B) Ser créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, respectivamente (con exclusión de los demás créditos de Derecho Público que igualmente está calificados como créditos con privilegio general del artículo 91.4º).

Y a estos “grupos” o “conjuntos” de créditos, esto es, los de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, respectivamente, que, además, estén calificados como créditos con privilegio general del artículo 91.4º, es a los que deberá aplicarse, única y exclusivamente, el límite del 50% de sus respectivos importes a la hora de ejercer dicho privilegio general. “:Sentencia JM-1 Las Palmas 15.09.2005 (Incidente Concursal 18/2005)

JM-1 Madrid

“Este precepto establece que deben ser incluidos como créditos con privilegio general del artículo 91.4º LCon «los créditos tributarios y demás de Derecho público (...) que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública (...) hasta el cincuenta por ciento de su importe». Es la base de cálculo del mencionado 50% lo que suscita cierta polémica puesto que, para la Agencia Tributaria, la interpretación de la expresión «para el conjunto de créditos de la Hacienda Pública» no puede tener otro significado que considerar crédito con privilegio general del artículo 91.4º LCon, el 50% de la suma de todos los créditos a favor de la Hacienda Pública, incluyendo los que gozan de privilegio general y, en su caso, los subordinados. No puede sostenerse esta interpretación puesto que el primer inciso del referido precepto precisa que deben considerarse incluidos dentro de este privilegio general -del artículo 91.4º LCon- aquellos créditos que no gocen ni de privilegio especial, ni de privilegio general del artículo 91.2º LCon. Esto nos indica inexorablemente que para determinar la base de cálculo del 50% previsto en el artículo 91.4º LCon deben detrarse del crédito total de la Hacienda Pública las cantidades correspondientes al privilegio especial y al privilegio general del artículo 91.2º LCon, que en este caso se concreta -como se puede advertir examinando el cuadro inserto en el fundamento jurídico anterior- en una primera minoración por el importe de 461.842,38 euros. Además de lo anterior debe procederse a una segunda minoración de la cantidad resultante trayendo de la misma el importe correspondiente a créditos subordinados. En efecto, no tiene ningún apoyo legal que el importe correspondiente a créditos subordinados puedan coadyuvar a establecer el importe de un privilegio general. Además, con ello se podría dar lugar bien a un incremento del crédito total correspondiente a la Agencia Tributaria, bien a una tergiversación de las cuantías correspondientes a cada uno de los diferentes conceptos. De ahí que debamos interpretar la mención «conjunto de los créditos de la Hacienda Pública» para el formación de la base de cálculo para el privilegio del artículo 91.4º LCon de manera acorde con el primer inciso del mismo precepto. De esta manera la referida expresión no supone que el legislador haya querido incluir para la formación de la base de cálculo del privilegio previsto en el artículo 91.4º LCon todos los créditos tributarios, tanto por principal como accesorios, tanto privilegiados como subordinados, sino que el sentido de tal expresión es hacer una referencia global y sin exclusiones de la multiplicidad de tributos existentes en nuestro ordenamiento según lo previsto en el artículo 2 LGT. ”: Sentencia JM-1 Madrid 5.07.2005 (AC 2005/1113); en la misma línea Sentencia JM-1 Madrid 18.11.2005 (Incidente Concursal 385/2005)

JM-2 Madrid

“**SEGUNDO** Partiendo del tenor normativo del art. 91 de la Ley Concursal («...Son créditos con privilegio general...4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe»), la A.E.A.T. efectúa el cómputo del privilegio general que dicho precepto contempla a partir del importe total de sus créditos, en tanto que la Administración Concursal deduce previamente el importe de los privilegios distintos del que la norma contempla.

Ciertamente, en una aproximación al análisis gramatical de la norma, observamos que la segunda parte de la misma establece la regla de cálculo al proporcionarnos un porcentaje (el 50%) para obtener la cuantía del privilegio. Como es lógico, todo porcentaje precisa de una base a la que ser aplicado para despejar la cifra de cuya determinación se trata. En el caso, no cabe duda de que esa base está constituida por el sustantivo que le sigue en la oración, esto es, por el «...importe...». Ahora bien, como quiera que ese sustantivo está precedido de un adjetivo posesivo («.su.») denotativo de pertenencia, nos encontramos en presencia de una frase de significación equívoca donde concurren, cuando menos a primera vista, razonables dudas en torno a si ese «importe» va referido a la expresión inmediatamente precedente («...para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública...») o, por el contrario, a la expresión inicial («...Este privilegio...») que constituye complemento directo del verbo nuclear de la

oración («...podrá ejercerse...»). La cuestión tiene evidente trascendencia, especialmente si a la expresión «el conjunto de los créditos...» se le pretende otorgar un sentido totalizador de tipo cuantitativo, porque entonces es evidente que la magnitud resultante de la misma habrá de ser siempre superior a la denotada a través de la primera expresión («Este privilegio»). En efecto, dada la ubicación -consecutiva al punto y seguido- de la expresión «Este privilegio», resulta diáfano que su referente está constituido por lo que precede al punto, es decir, por «...Los créditos tributarios y demás de Derecho público... que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo...», y ello nos indica que el privilegio que puede ejercerse y al que designa el pronombre «este» es la magnitud resultante de deducir, de la totalidad de los créditos a que se refiere, aquellos que ya gozan de otros privilegios, lo que, por definición, debe arrojar -inexorable y necesariamente- un resultado inferior al representado por la suma de todos los créditos de la Hacienda Pública, siempre -se insiste- que a la palabra «...conjunto...» haya de atribuírsele una significación cuantitativa, lo que consideramos -como luego se verá- una opción hermenéutica desacertada.

Lo que sucede es que, de los dos referentes posibles de aquél «importe» (última palabra del precepto), el primero de los que hemos mencionado («... el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública...») se encuentra precedido o encabezado por el nexo «para», esto es, por una preposición cuya función primordial es la de indicar finalidad, destino o utilidad (Diccionario del Uso del Español, María Moliner, Ed. Gredos 1992, pag. 633). No se trata, por tanto, de un referente objetivo o complemento directo del verbo «ejercer», sino de un complemento que, en cuanto denotativo de «destino», cumple la más modesta función de delimitar el ámbito general («... el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública...») dentro del cual habrá de cumplirse la acción designada en el verbo. No sería por ello desacertado colegir que el objeto de dicha acción, es decir, la materia sobre la que verdaderamente recae la acción de «ejercer», está constituida por aquél de los referentes alternativos que constituye su complemento directo, esto es, por la expresión «...Este privilegio...». Pues bien, siendo ello así, la expresión «...para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública...» se nos presenta más bien como un grupo semántico de funcionalidad afín a la de una oración subordinada explicativa (subtipo de las oraciones subordinadas adjetivas que expresan una cualidad o circunstancia del antecedente, al cual se refieren), en todo caso dependiente de la oración principal y cuya ubicación resulta plenamente intercambiable, dado que el significado general de la norma no se alteraría si, en lugar de situarse en el interior de la oración principal, se hubiera dispuesto al final de la misma: parece semánticamente indiferente decir - cual establece el precepto- que «...Este privilegio podrá ejercerse (para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente) hasta el cincuenta por ciento de su importe...» que decir «...Este privilegio podrá ejercerse hasta el cincuenta por ciento de su importe (para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente...»). Y, de ser ello así, no parece extravagante deducir que la oración principal que la norma contiene está representada por la fórmula siguiente: «...Este privilegio podrá ejercerse.. hasta el cincuenta por ciento de su importe...», de lo que se desprendería sin esfuerzo que el adjetivo posesivo «su», en cuanto denotativo de pertenencia, estaría haciendo inmediata referencia al complemento directo de la oración, es decir, a «...Este privilegio...». Con lo que, en definitiva, la base a la que debería aplicarse el porcentaje del 50% estaría constituida por el importe del privilegio definido en la primera parte de la norma, es decir, el que resulta de deducir, de los créditos que menciona, el importe de otros privilegios (los contemplados en los arts. 90-1-1º y 91-2 de la Ley Concursal).

Pues bien, aún reconociendo que el análisis que efectúa la A.E.A.T. (al conceptuar «...el conjunto de los créditos...» -y no «...Este privilegio...»- como referente directo e inmediato del adjetivo «su») no puede en modo alguno reputarse como una conclusión descabellada, existen algunas consideraciones concernientes a la propia terminología elegida por el legislador que nos inclinan hacia la interpretación inversa (la que se acaba de proponer) y a inferir, consecuentemente, que la misión de la controvertida expresión («... para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública...») no es la de establecer la base de cálculo a la que aplicar el porcentaje legalmente establecido, sino que su más modesto propósito consiste en destacar el carácter ilimitado, desde el punto de vista «cualitativo», del ámbito de aplicación de la regla contenida en la oración principal, es decir, la aplicabilidad del privilegio a todos cuantos créditos (impuestos, tasas, exacciones etc.) puedan reconocer -cualquiera que fuere su naturaleza jurídica y su denominación- un referente subjetivo común como es el consistente en su pertenencia a la Hacienda Pública.

En efecto, éste y no otro es, a juicio de quien provee, el alcance semántico que cabe atribuir a la palabra «conjunto» que la norma emplea. Se entiende por «conjunto» la cosa que, siendo una reunión de varias, se considera en el caso de que se trata como una sola (Diccionario citado, pag. 726). Por lo tanto, cuando se utiliza la palabra «conjunto» (y no otras de significación limítrofe como «total» o «totalidad») se pone el énfasis en el potencial unificador que determinada circunstancia posee para ligar o cohesionar, a determinados efectos, cosas u objetos que en otras circunstancias tendrían comportamientos independientes en razón a su natural diversidad. Si esa palabra se utiliza para denotar deudas de dinero, de lo que se trata es de poner el acento en las diferencias cualitativas que, en razón a su distinta naturaleza jurídica, concurren entre unas y otras, destacando, al propio tiempo, su unificación a determinados efectos merced a la existencia de un referente común. Porque, si de lo que se tratara fuera de subrayar exclusivamente los aspectos cuantitativos de esas deudas, el carácter único o común de su objeto (dinero) haría relativamente impropio el empleo de dicho término («conjunto») dado que con el mismo no se estaría incidiendo en la unificación de cosas distintas sino el agrupamiento de lo que, por su idéntica naturaleza, ya goza -«per se» y sin necesidad de que concorra circunstancia unificadora alguna- de afinidad o cohesión suficiente. En tal sentido, resulta francamente infrecuente -tanto en el habla coloquial como en el lenguaje jurídico al uso, e incluso en la terminología contable- que se emplee la palabra «conjunto» para denotar una suma global de dinero adeudada por diversos conceptos (no se dice, vgr., «...Don... pagará a Don...el conjunto de lo que le adeuda...» sino más bien «...Don.. pagará a Don.. todo lo que le adeuda o la totalidad de lo que le adeuda.»).

De ahí que, en el contexto del art. 91-4º LC, la voz «conjunto» no tenga, a juicio de quien esto provee, el significado correspondiente a un simple sumatorio de cifras cuyo referente objetivo (dinero) resulta necesariamente homogéneo en razón a su consustancial fungibilidad, sino que se utiliza más bien como aglutinante adjetivo, esto es, como referencia global a un agregado de conceptos crediticios que, pese a su heterogeneidad jurídica o diversidad cualitativa, admiten un tratamiento unitario merced al referente común que la Ley utiliza (ostentar la Hacienda Pública la titularidad de todos ellos sin distinción). No parece por ello aventurado suponer que, de haber pretendido el legislador otorgar a la controvertida oración un sentido cuantitativo susceptible de servir de base para la aplicación del porcentaje del 50%, no hubiera empleado el término «...el conjunto de...» sino, preferentemente, otros de significación más precisa a esos efectos como el de «todos» o «la totalidad de «... Correlativamente, hay base para deducir que lo pretendido con el término finalmente elegido no es otra cosa que destacar que el privilegio podrá ejercerse sobre los créditos de la Hacienda Pública cualquiera que fuere su naturaleza jurídica, eventualmente diversa (impuestos, tasas, etc.).

Ciertamente, no se oculta a éste juzgador que esta forma de razonar resulta siempre insegura en razón al carácter ambiguo y polisémico de la redacción de algunas normas jurídicas como la que ahora comentamos. Lo que, en cambio, sí interesa subrayar es lo siguiente:

1. Que la interpretación que sostiene la A.E.A.T. no es, desde luego, la única posible en el plano puramente gramatical y que, en el mejor de los casos para dicha incidentante, tal interpretación no podría aspirar más que a competir en paridad de condiciones con la lectura alternativa -en todo caso más plausible a nuestro juicio- que se acaba de proponer.

2. Que, de acuerdo con lo anterior, si atendemos al elenco de instrumentos hermenéuticos que proporciona el art. 3-1 del Código Civil en orden a la exégesis de las normas jurídicas, es evidente que el dilema generado por dos interpretaciones gramaticales que en teoría fueran igualmente plausibles solamente podría dirimirse mediante el recurso a consideraciones de carácter sistemático, lógico y teleológico (hallazgo del «...espíritu y finalidad...» de la norma de que se trata).

3. Que, en tal sentido, es patente el carácter excepcional de los privilegios, y es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal quien nos indica que la «poda» de éstos (tanto en su número como en su cuantía) constituye una de las piezas maestras de la nueva legalidad, y todo ello -se indica- con el fin de «...evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto...», señalando también que «...La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas...».

4. Que, además, tampoco puede soslayarse -haciendo uso del elemento «lógico»- la consideración de que resulta francamente anómalo que un crédito al que ya se ha reconocido un determinado privilegio (en el art. 90-1-1º o en el art. 91-2º) vuelva a recibir -al menos en parte- un tratamiento privilegiado reduplicado por la vía del art. 90-4º.

Consideraciones que, en definitiva, obligarían en todo caso a rechazar, de entre dos interpretaciones que en abstracto resultasen gramaticalmente viables, aquélla que condujese a la hipertrofia del privilegio, y a acoger, en cambio, aquella otra que mantuviese éste en un nivel cuantitativo más discreto. En suma, no se trata de propugnar de modo voluntarista una interpretación correctora del tenor de la norma, sino de elegir, de entre dos tenores alternativos, aquél que en mayor medida se adecua a su espíritu y finalidad.

TERCERO En otro orden de cosas, cabe indicar que, si el art. 91-4º no hace referencia a la necesidad de deducir -además de los otros privilegios- el importe de los créditos subordinados para hallar la base a la que aplicar el 50%, ello se debe, bien a un olvido involuntario, o bien - acaso con mayor probabilidad de acierto- a consideraciones de carácter sistemático derivadas de que, no estando destinado el precepto a disciplinar el tratamiento de los créditos subordinados, no se consideró necesaria esa específica matización, tal vez por reputarse sobrentendida en la propia naturaleza y finalidad de la subordinación crediticia. Y es que, en efecto, si tenemos en cuenta que el de los créditos privilegiados y subordinados constituye un valor absoluto que emana de su propia naturaleza (en tanto que el de los créditos ordinarios es un valor relativo de contenido residual de acuerdo con el art. 89-3 LC), caso de no deducirse los subordinados para la determinación de la base, nos encontraríamos con que una parte de éstos se filtraría para obtener tratamiento, no ya común, sino privilegiado, y ello se produciría a costa -o con sacrificio- de los créditos ordinarios cuyo valor -siempre residual, se insiste- sufriría la merma correlativa, lo que sin duda provocaría un resultado abierto y manifiestamente contrario a los fines perseguidos por el mecanismo de la subordinación. Debiendo destacarse, aún con alcance puramente anecdótico, que este mismo planteamiento está siendo sistemáticamente asumido por la Abogacía del Estado en los distintos incidentes de idéntica naturaleza suscitados por la Tesorería General de la Seguridad Social dentro de éste ámbito jurisdiccional.”: Sentencia JM-2 Madrid 23.06.2005 (AC 2005/1079)

JM-3 Madrid

“PRIMERO,- A la hora de efectuar el cálculo de los créditos con privilegio general previsto en el apartado 4º del art 91 de la Ley concursal debemos considerar especialmente que

los privilegios deben ser objeto de interpretación restrictiva por el perjuicio que su reconocimiento origina al resto de acreedores. Por otra parte la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal afirma que constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la drástica reducción de los privilegios a efectos del concurso. También es necesario destacar el carácter exclusivo de la Ley Concursal en cuanto a la determinación de privilegios de manera que debe acudir especialmente a la interpretación sistemática de sus preceptos para determinar el alcance de cualquier privilegio, evitándose así que se eluda o desvíe la finalidad perseguida por la propia ley propiciando la autointegración de los vacíos normativos.

También es necesario advertir en relación a lo expuesto y a los argumentos que se utilizan para la impugnación que si bien históricamente los privilegios en favor de la Hacienda Pública podían estar justificados por la debilidad de las finanzas estatales y la menor carga impositiva de los ciudadanos hoy se pone en duda que el Estado esté necesitado de una tutela semejante, propugnándose su desaparición desde hace tiempo y no sólo en España. A la ausencia de fundamento de los privilegios se añaden otras consecuencias como la pérdida de expectativas del resto de acreedores y el consiguiente efecto dominó de las situaciones de insolvencia para los acreedores más débiles. Estos privilegios concursales y extraconcursales, desincentivan además la oportuna solicitud de concurso cuando además los acreedores de Derecho Público disponen de mejores condiciones para conocer la situación económica del deudor y adoptar las medidas oportunas a fin de evitar que los perjuicios se incrementen. Esta amortización de privilegios es nota característica de otras legislaciones, proclamada como vimos en la E.M. de la Ley Concursal, aunque luego escasamente refrendada.

Sin las anteriores consideraciones no es posible interpretar adecuadamente el apartado 4º del art. 91 LC.

SEGUNDO.- La Agencia Estatal de la Administración Tributaria toma como base del cálculo la totalidad de conceptos que componen la certificación expedida. Sin embargo sin realizar grandes esfuerzos interpretativos podemos comprobar como el citado

apartado cuarto se refiere a los créditos tributarios "que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo". Es evidente por lo tanto que deben excluirse ambos créditos de la base sobre la que se aplique el cincuenta por ciento al que alcanza el privilegio.

Por cuanto se refiere a los créditos subordinados si el propio apartado 4º excluye los créditos contemplados en los art 90.1º y 91.2º es manifiesto que ni siquiera contempla los créditos subordinados. Carecería de sentido que excluya créditos privilegiados y pretenda incluir en la base del cálculo los créditos subordinados. Desde una interpelación sistemática sería rechazable que los créditos subordinados se tomasen en consideración para determinar el alcance de los privilegiados. Introducir en la base de cálculo del

crédito privilegiado el crédito subordinado es interpretar extensivamente el alcance del privilegio. Precisamente la simplicidad que se atribuye al criterio adoptado por la Administración concursal se ajusta más a los propios antecedentes legislativos del precepto que tienen su origen en la enmienda 211 del Grupo Popular en el Senado de forma

que la referencia que se hace al privilegio general del número 2 del propio art 91 se justifica en el deseo de "evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por ciento, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse el derecho de separación". En consecuencia de lo expuesto la base de cálculo excluye expresamente el resto de créditos privilegiados correspondientes a la Hacienda Pública y con mayor motivo los créditos subordinados.

No deben dejarse de lado las consecuencias a que podría conducir el criterio utilizado por la AEAT. Se suman de este modo el crédito con privilegio general del art. 91.2

LC (3405,69 euros) y el crédito con privilegio general del art 91.4 (3851,26 euros, correspondientes al 50 por ciento del total de la deuda).

El resto lo considera crédito ordinario y subordinado. Sin embargo, si atribuimos a los recargos la calificación de crédito subordinado, el importe de éstos ascendería a 816,09 euros (interés + recargos). Si el resto de los referidos créditos según la base de cálculo que utiliza la AEAT es de 445,56 euros (7702,51 - 3405,69 - 3851,26)

resulta que no existiría resto suficiente para cubrir el importe de los créditos subordinados, de manera que, o bien se incumple el art 92 que los regula o se recortan los créditos privilegiados (no se sabe cuales ni en que medida) para permitir que no se altere el importe de los créditos subordinados. Se daría lugar así o bien a créditos subordinados que no llegan a serlo o créditos privilegiados "variables" que no se determinan en función de la base de cálculo mayor o menor si no en función del resto pendiente y de la existencia de créditos subordinados.

Parece que esto es todo lo contrario de la claridad y sencillez en que pretende el legislador basar el cálculo de privilegios. Una interpretación estricta de los privilegios es incompatible con estas consecuencias.": Sentencia JM-3 Madrid 04.03.2005 (Sentencia 65/2005)

JM-4 Madrid

"QUINTO.- La redacción del nº 4 del artículo 91 de la Ley Concursal no puede estimarse afortunada, ya que está generando fundadas dudas y muy diversas interpretaciones respecto a cuál debe ser la base sobre la que debe aplicarse el porcentaje establecido en la ley para el correcto cálculo del denominado privilegio general complementario. Para la búsqueda de la solución más racional y operativa ha de partirse de que la expresión "conjunto de los créditos de la Hacienda Pública" que se emplea en dicho precepto no tiene por qué ser necesariamente interpretada en sentido cuantitativo, como entiende la administración impugnante, que pretende equipararla a la cuantía total de los créditos por ella insinuados en el concurso con independencia de su clasificación. Por el contrario, el término "conjunto de los créditos" deberá entenderse en sentido cualitativo, es decir, como la pluralidad de los que integran el capítulo Hacienda Pública (ya que no sólo pueden concurrir distintos sujetos con potestad tributaria- AEAT, Comunidades Autónomas, Municipios- sino que también pueden ser diversos los créditos tributarios concurrentes, pues según el art. 2 de la Ley 58/2003 General Tributaria los tributos se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos; y estos últimos también pueden ser de diferentes clases: IRPF, impuesto de sociedades, IVA, etc). Lo que el nº 2 del artículo 94 de la Ley Concursal exige es que se tome en cuenta todo ese conjunto de créditos referidos a la Hacienda Pública (o a la Seguridad Social), ya que operarán unos u otros según cada caso, para calcular el 50 % que se clasificará como privilegio general complementario. Pero no resulta lógico para efectuar ese cálculo volver a computar aquellos conceptos que han de ser previa y separadamente calificados, bien como beneficiados por privilegio especial (los que disponen de garantía real art. 90 de la Ley Concursal) o por

privilegio general de mejor condición (las retenciones del nº 2 del artículo 94), bien por resultar postergados merced a su calificación como subordinados (como ocurre con intereses, sanciones y recargos - art. 92 de la Ley Concursal). Por el contrario, es más razonable efectuar el cómputo del 50 % exclusivamente sobre el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública (o de la Seguridad Social) que no ostenten otra preferencia crediticia (pues así lo prevé de modo expreso la primera frase del nº 4 del artículo 91, a la que se remite el segundo inciso de dicho precepto al emplear el demostrativo "este" para acotar el privilegio) o que no deban ser subordinados (pues así se deduce de una interpretación sistemática del precepto, ya que carecería de sentido, si se pretenden restringir privilegios, utilizar lo que va a ser pospuesto a efectos de convenio y de orden de pago para servir de base de cálculo a lo que deba ser privilegiado). Esa operación generará dos mitades, una de las cuales gozará del privilegio general complementario del nº 4 del artículo 91 y la restante se considerará crédito ordinario a tenor de lo establecido en el artículo 89.3 de la Ley Concursal.”: Sentencia JM-4 Madrid 13.05.2005 (Concurso 55/2004)

JM-1 Málaga

“**TERCERO** Respecto de los créditos de la TGSS. la administración concursal se muestra conforme con las pretensiones del actor y la Tesorería manifiesta que debe ser rechazada dicha pretensión. Sin embargo la clasificación que realiza el impugnante es adecuada a derecho puesto que parte de la distinción entre los diferentes supuestos del artículo 91.2, 91.4, ordinarios y subordinados. Este juzgado ha venido manteniendo el criterio del cómputo del privilegio general del 50% partiendo de una interpretación sistemática del precepto y por tanto excluyendo de su cómputo tanto los subordinados (que suponen un antiprivilegio) como los privilegiados del apartado 2 del artículo 91 LC a cuya solución se llega no sólo por dichos criterios sistemáticos sino literales e histórico-legislativos.

A partir del artículo 84 la Ley concursal distingue entre «créditos concursales» y créditos «contra la masa» recogiendo una serie de supuestos que son créditos contra la masa pero que no es una enumeración exhaustiva sino que debe completarse (apartado 11º) con cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración.

La clasificación de los créditos se realiza en el artículo 89 de la Ley Concursal, referidos a los créditos concursales, distinguiendo tres supuestos:

1º. Créditos privilegiados. Dentro de estos tenemos:

1.1. Créditos con privilegio especial. Son los recogidos en el artículo 90 LC porque afectan a determinados bienes o derechos.

1.2. Créditos con privilegio general: se enumeran en el artículo 91 LC y afectan a la totalidad del patrimonio del deudor, excluidos los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial.

Los créditos tributarios y de seguridad social, de conformidad a los criterios generales que hemos expuesto, pueden ser privilegiados, ordinarios o subordinados.

Los créditos privilegiados se clasifican a su vez en «privilegios especiales» porque recaen sobre determinados bienes derivados de su afección por garantía real u otras permitidas en la normativa tributaria o de seguridad social y «privilegios generales» bien por tratarse de retenciones tributarias o de seguridad social (91.2 LC) o porque así les reconoce la norma un privilegio (artículo 91.4º LC).

Respecto de los créditos por retenciones tributarias o de seguridad social se recogen como privilegio general en el artículo 91.2º LC y se refieren a «las cantidades correspondientes a retenciones tributarias o de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal» sin limitación alguna y que se pagarán en segunda posición una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos y dentro del citado grupo (que incluye las retenciones tributarias y de seguridad social) a prorrata (art. 156 LC). Igualmente se recogen con privilegio general, en el apartado 4º del artículo 91, «Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo (retenciones tributarias). Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

2º. Créditos ordinarios.

Su definición se realiza por exclusión de todos aquellos que no tengan privilegio ni sean subordinados.

3º. Créditos subordinados. Se enumeran en el artículo 92 LC atendiendo a criterios de

sanción, la propia naturaleza del crédito, créditos de intereses, sancionadores, etc. A estos efectos, conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social. Los titulares de estos créditos subordinados carecen de derecho de voto en la junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios.

En relación a las dos cuestiones objeto de discusión conviene, igualmente, realizar un estudio pormenorizado adaptado a la normativa vigente.

En cuanto al cómputo del privilegio general del artículo 91.4 LC, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de fecha 29 de marzo de 2005 se ha pronunciado al respecto optando por el cómputo total de los créditos aunque delimitando posteriormente los diferentes créditos en función de su propia calificación. El criterio de esta sentencia parte de delimitar negativamente el precepto (91.4º LC) intentando recoger «lo que no dice» y llegando a afirmar que la norma no dice ni quiere decir que «los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo, hasta el 50% de su importe». La razón elemental para ello se justifica en que si hubiera querido decir esto lo habría hecho sin tanta complejidad de la norma. Para solucionar la posible desvirtuación del sistema que dicha interpretación pueda generar la propia sentencia recoge que «calcular el límite sobre la base indicada no significa que necesariamente deba alcanzarse el mismo y menos aún que pueda transformarse la naturaleza de los créditos subordinados a privilegiados, pues los subordinados tienen esa clasificación y no puede alterarse».

En la literalidad de la norma la interpretación del precepto ha de realizarse integrando la totalidad del mismo. La utilización de la expresión «conjunto de los créditos» es realmente la que distorsiona el sistema y de la que se parte para fijar la base para el cálculo del 50% referido. El precepto recoge:

«Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente hasta el cincuenta por ciento de su importe».

Por lo tanto hemos de partir de que la fijación de la base para el cálculo ha de hacerse recogiendo los créditos de la seguridad social o de la Hacienda pública, partiendo de los créditos existentes y que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Es el conjunto de los créditos referidos en el primero de los párrafos (excluidos los señalados) los que el legislador ha querido que formen parte de la base para el cálculo que posteriormente se fija. De otra forma para nada sirve la identificación del privilegio en el párrafo señalado y las referencias que expresamente se hacen a esos dos privilegios.

En la evolución legislativa del precepto el texto aprobado por el Congreso no hacía referencia al apartado recogido del privilegio general del número 2º del artículo 91 sino exclusivamente al artículo 90.1.1º. Fue una enmienda del grupo popular (número 211) la que justificaba la inclusión del artículo 91.2º LC partiendo de que tenía su razón de ser en que «la mención al privilegio general del número 2º de este artículo tiene por objeto evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por ciento, al incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse su derecho de separación». El propio legislador recoge como base para el cálculo el conjunto de créditos tributarios o de la seguridad social excluidos los que refiere del artículo 90.1 y del 91.2º LC y así lo pone de manifiesto en la justificación a dicha enmienda.

Desde la lógica también nos encontramos con un fuerte argumento para proceder de esta forma y no de otra pues el sistema, contemplado desde el mismo punto de vista que la referida sentencia, nos lleva a la necesidad de justificar el posible exceso que pudiera devenir de un cálculo en conjunto. La sentencia nos dice que si esto sucediera no obstante no tendría por qué recogerse el 50% sino la cantidad resultante tras la deducción de los créditos privilegiados y subordinados. En un ejemplo práctico se entenderá mejor:

Créditos privilegiados especiales: 25.

Créditos privilegiados generales del artículo 91.2º: 25.

Resto de créditos (ordinarios): 25.

Subordinados: 25.

El cálculo de los créditos privilegiados generales del 91.4º LC ¿según la sentencia? debería hacerse respecto de la totalidad. Ello nos llevaría a recoger en dicho privilegio tu total de 50. De esta forma nos quedaría:

Créditos privilegiados especiales: 25.
Créditos privilegiados generales del artículo 91.2º: 25.
Créditos privilegiados del 91.4º LC: 50.
Resto de Créditos (ordinarios): 0
Créditos subordinados: 0

Ello nos llevaría, dice la sentencia, a corregir el defecto partiendo de que existen un total de 25 que son créditos subordinados y por tanto reduciendo los créditos privilegiados del 91.4º LC as 25. El resultado sería:

Créditos privilegiados especiales: 25.
Créditos privilegiados generales del 91.2º LC: 25.
Créditos privilegiados generales del 91.4º LC: 25.
Resto de créditos (ordinarios): 0
Créditos subordinados: 25.

No es lógico que tengamos que hacer un cálculo distinguiendo donde la Ley no distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*).

Lo anterior nos lleva también a plantearnos si para el cálculo de dicho porcentaje hemos de recoger en la base la cuantía de los créditos subordinados y también la interpretación puede realizarse excluyendo de dicha base la cuantía de los mismos por la propia naturaleza de los créditos subordinados. La acepción del término «subordinación», más extendida es la que se refiere a su relación de dependencia. Sin embargo es posible otra más apegada al origen latino y que parte del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; según esta, subordinar significa «clasificar algo como inferior en orden respecto de otra u otras cosas». Esta subordinación significa la satisfacción con posterioridad a otros créditos, en este caso, por disposición legal y que realmente supone un «antiprivilegio» entendida como penalidad civil con degradación del crédito. Esta degradación se produce, *prima facie*, desde el momento del reconocimiento de los créditos y por tanto no pueden ser utilizados como base para el cálculo de ningún privilegio pues ello motivaría precisamente un cierto privilegio de los que la Ley concursal ha privado a los mismos. Utilizado de otra forma resultaría que el crédito subordinado estaría siendo utilizado tanto para el cálculo del privilegio como para la cuantificación de un crédito como subordinado (en la misma cuantía) y por tanto utilizándose con una doble finalidad no querida por la norma: los créditos son lo que son y no pueden tener una naturaleza doble: como crédito subordinado y como parte de la base para el cálculo de un privilegio, pues ello les haría perder en cierta forma su propia naturaleza de subordinados.

El artículo 91.4º LC es una construcción legal ¿creación del legislador concursal? que pretende con ello privilegiar a la administración tributaria y de la seguridad social pero que puede ser cuestionado. La mitigación de estos efectos se realiza a través de los créditos subordinados. El hecho de computar su cuantía en la base de cálculo de los créditos privilegiados generales del 91.4º LC hace que el destinatario final repercutido del pago de cierta parte de sanciones impuestas al deudor concursado no sea este sino el resto de los acreedores que sufrirían la actuación negligente del deudor.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante número 56/05 de 5 de mayo de 2005 resuelve de igual forma la cuestión partiendo de una interpretación sistemática y excepcional de los privilegios por criterios restrictivos. Sin embargo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 6 de abril de 2005 excluye solamente para fijar las bases a los créditos subordinados aunque también era lo único que se había impugnado. En el mismo sentido, excluyendo del cómputo los que por sí mismos merezcan una calificación especial se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona de fecha 22 de abril de 2005.": S JM-1 Málaga 29.03.2006 (AC 2006/1474) y, en términos prácticamente idénticos, S JM-1 Málaga 04.05.2006 (AC 2006/1341).

JM-1 Murcia

“SEGUNDO.- Centrado lo anterior resulta que la cuestión suscitada en el presente incidente se ciñe a determinar la forma de cuantificar el privilegio general del nº 4 del art. 91 de la L.C.

Dicho precepto dispone textualmente:

Son créditos tributarios y deudas de Derecho Público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gozan de privilegio general del nº 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercitarse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 % de su importe.

Este precepto, con una redacción tan confusa como ambigua y fruto de una ajetreada gestión legislativa, plantea una duda hemenéutica consistente en valorar si el 50% se refiere exclusivamente a los créditos privilegiados de este nºero 4º, o por el contrario, tal

y como deriva de su literalidad, a todos los de la Hacienda Pública (o Seguridad Social), interpretación esta última que le ha sido conferida al precepto por el Abogado del Estado y que es defendible en cuanto tiene su apoyo en la literal referencia a que la limitación se refiere al conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, sin distinguir si son los de este apartado 4 o los del nº 2.

No obstante, no puede desconocerse que el primer criterio interpretativo de las normas jurídicas (art. 3 del C. Civil) impone atenderse al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto. Y desde una perspectiva sistemática de la ley difícilmente puede sostenerse tal exégesis, pues relacionando el segundo inciso del apartado 4º del art. 91 con el inciso anterior, el precepto prevé referir el 50% al principal de los créditos tributarios que no gozan ya del privilegio contenido en el anterior apartado 2º del propio precepto (retenciones).

Esta idea interpretativa fue la que finalmente se incorporó al texto de la ley definitivamente aprobada en virtud de una enmienda introducida en el Senado por el grupo Popular. Concretamente la enmienda nº 211, que añadió el art. 91.4 la referencia al privilegio general del nº 2 de este artículo y que justificaba, con escasa precisión, en el deseo de evitar ambigüedades en el cálculo del límite del 50 por 100, el incorporarse como privilegio general las retenciones, tras suprimirse el derecho de separación.

Se infiere así la intención evidente del legislador que la limitación del 50 por 100 alcance exclusivamente a los créditos privilegiados de este nº 4 sin que la misma se refiera a los que excluye del mismo por estar dotados de otros privilegios alternativos (los créditos tributarios que gozan del privilegio especial del art. 901. 1.1 y los dotados del privilegio general del nº 2 de este artículo 91). Sin olvidar el sentido espiritualista de la nueva ley puesto de manifiesto en una Exposición de Motivos al señalar que se reducen drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso y que su principal finalidad es la satisfacción de los acreedores.

TERCERO.- Por otra parte, hay que señalar que ha habido grandes modificaciones sobre el privilegio del art. 91.4 de la L.C desde su primera versión en la fase prelegislativa hasta llegar a ser ley, lo que sin duda ha agudizado la desafortunada redacción de aquel. Y atendiendo los antecedentes legislativos del precepto se llega a la misma conclusión que siguiendo su interpretación sistemática y finalista. Así, en una primera redacción del precepto se eliminaba la coetilla los demás de Derecho Público y se fijaba como límite porcentual del precepto un 10 por 100 de la masa pasiva concursal.

Posteriormente, en el Borrador de la Comisión General de Codificación se incrementó el límite porcentual hasta el 50 por 100 del pasivo concursal para cada uno de los beneficiarios del mismo.

Finalmente, debido a fuertes críticas de los amplios sectores se rectificó en el Proyecto la anomalía que significaba el cálculo del porcentaje que resultaba privilegiado sobre la masa pasiva, reconociendo la ley el privilegio sobre el cincuenta por ciento de los créditos y aunque se rebajó notoriamente los porcentajes pretendidos inicialmente, se amplió el nº de créditos a los que se reconoce el carácter de privilegiado a los demás de Derecho Público. Con lo que, en definitiva, resultan privilegiados a tenor del art. 91.4 hasta el 50% de su importe todos los créditos que puedan ser calificados de públicos y no solo los tributarios (o de la Seguridad Social) sino cualquiera que resulte a favor del Estado o de sus distintas administraciones públicas (este es el sentido que ha de darse a la expresión para el conjunto de créditos, con exclusión de los privilegiados subsumibles en el art. 91.1 y 91.2 y por supuesto de los subordinados del art. 92.4). Ello conlleva, como consecuencia, someter simultáneamente el mismo crédito (tributario principal no privilegiado del art. 91.1 y 91.2) a un tratamiento completamente diferenciado, como ordinario en una parte y privilegiado en otra, al entenderse la limitación hasta el cincuenta por ciento de un importe, es decir, como que únicamente se le atribuye la condición de privilegiado a la mitad de aquel. Lo anterior obliga a concluir que del resto de los créditos tributarios que no tiene la consideración de privilegiado del art. 91.2 (las retenciones del 26.145,99) ni de subordinado del art. 92.4 (884,80 de intereses) esto es 9.622,62 euros, la mitad es crédito privilegiado del art. 91.4 y los otros 4811,31 euros crédito ordinario.”: Sentencia JM-1 Murcia 26.07.2005 (Incidente Concursal 134/2005); en los mismos términos Sentencia JM-1 Murcia 29.07.2005 (Incidente Concursal 171/2005)

JM-1 Oviedo

“es criterio de este juzgador el que la expresión «conjunto de los créditos» empleada por el inciso segundo del apartado 4º art. 91 LC deberá ser interpretada como referida a un cómputo selectivo y comprensivo únicamente del conjunto de las cantidades restantes y que no gozan de ningún otro privilegio, pues una interpretación distinta

conduciría además al tratamiento injustificado de dotar de un doble privilegio a las sumas por retenciones, una primera ex apartado 2º art. 91 y una segunda al utilizarlas además para el cómputo del privilegio del apartado 4º, debiendo desechar igualmente en las operaciones de tal cómputo las cantidades correspondientes a los créditos subordinados.”: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 24.06.2005 (AC 2005/1016)

JM-1 Santander

“... para el cómputo del 50% del apartado 4º del artículo 91 y como crédito general. En esta última operación ha de tenerse en cuenta que la totalidad de los créditos a la que se refiere el artículo 91.4º LC viene referida a todos los créditos que no sean clasificados como privilegiados especiales, privilegiados generales del 91.2 y subordinados. Para alcanzar tal conclusión han de retomarse aquí el argumento expuesto en el fundamento de derecho primero de esta resolución que se hacía eco de la poda de privilegios efectuada por la ley concursal puesto que, en todo caso, el ámbito en el que nos movemos se sitúa dentro del artículo 91 que se ocupa de los privilegios generales por lo que cualquier interpretación ha de partir de dicha consideración. Sentado lo anterior, ha de destacarse que una interpretación sistemática de los artículos dedicados a la calificación de los créditos determina esta conclusión puesto que de mantenerse una interpretación diferente según la cual fuese preciso tener en cuenta la totalidad de los créditos de los que sea titular la TGSS o AEAT, según los casos, podrían darse situaciones absurdas como sucedería en el caso de que más de la mitad de sus créditos se calificasen como créditos con privilegio especial y subordinados, puesto que el 50% del total de sus créditos superaría el monto de los no clasificados especialmente y en ese caso se plantearía la siguiente cuestión, ¿de que créditos se tomaría ese exceso? Parece claro que no de los privilegiados especiales o del 91.2, por lo que la única solución sería de los intereses o de las multas o sanciones, lo que supondría privilegiar a créditos configurados como subordinados (de los que se hace eco la propia Exposición de Motivos). Pero, en este caso, queda aún sin resolver la cuestión de a qué créditos se acudiría primero, si a los intereses del 92.3 o a las multas o sanciones del 92.4. Sin duda, no hay solución legal a esta cuestión que posea indudable trascendencia al anudarse la preferencia y el orden en el cobro de los créditos subordinados en liquidación al orden establecido en el artículo 92, lo que refrenda si cabe, aún más, la posición mantenida en esta resolución.

Esta mera consideración de la realidad lleva a interpretar los términos referidos en el artículo 91.4º como referido únicamente a los créditos que no sean calificados como subordinados ni como privilegiados especiales, esto es, con carácter residual respecto al resto de las categorías específicas previstas (dejando al lado los créditos generales que cierran el sistema y representan el par conditio) puesto que de sostenerse otra tesis, de facto, supondría la quiebra de la categoría de crédito subordinado público lo que no parece corresponderse con la calificación expresa como subordinado de los intereses multa y demás sancione pecuniarias.”: Sentencia JM-1 Santander 3.06.2005 (Incidente Concursal 170/2005)

JM-1 Sevilla

“QUINTO.- El cuarto motivo de impugnación se refiere a la base sobre la que determinar el porcentaje del 50% para hallar el privilegio general del art. 91.4º LC.

El art. 91.4º califica de créditos con privilegio general: “Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

En el Derecho comparado los créditos públicos han dejado de ser privilegiados. Fueron varias las opciones que se barajó el legislador para la reducción de dichos créditos. En la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, se redujo el privilegio de los créditos fiscales y de Seguridad Social para que éstos alcanzasen como máximo el 10% de la masa pasiva. En el Anteproyecto de Ley Concursal (ALC), se amplió a los demás de Derecho Público y conceptos de recaudación conjunta, ampliando la cuantía hasta el 50% de la masa pasiva, y en el PLC se modificó el referente de cálculo, pasando a situarse el privilegio al 50% del importe de los créditos y además se reconocía un derecho de separación de retenciones. Finalmente se suprimió este derecho de separación, y el precepto quedó redactado en la forma expuesta. Este artículo 91.4º plantea dudas interpretativas respecto de los créditos que hay que computar para la aplicación del límite cuantitativo.

El nudo gordiano radica en determinar que créditos hay que incluir para la

determinación de dicho límite del 50%, ya que dependiendo de la opción que se tome, podrán gozar estos créditos públicos de un privilegio superior o inferior en su importe. La LC habla del conjunto de créditos de la Seguridad Social. Caben dos interpretaciones posibles. De una parte, una interpretación literal puede llevar a la conclusión de que deben incluirse todos los créditos, incluidos los privilegiados por el art. 90.1.1º y 91.2º, e incluso el importe de los subordinados. A favor de esta tesis se puede argumentar que si la LC los hubiera querido excluir no hubiera utilizado la expresión “conjunto de los créditos”, y hubiera delimitado el concepto como en la primera parte del precepto. Según este criterio, debe determinarse la cantidad que corresponde a los créditos de Seguridad Social que no gocen de otro privilegio ni sean subordinados, y una vez determinada, habrá que aplicar el límite calculado en la forma antedicha. Este es el criterio que defiende la TGSS. La intención del legislador según esta interpretación, ha sido fijar como límite a este privilegio general, la cantidad correspondiente a la mitad del importe del conjunto de créditos de Seguridad Social. En contra, se argumenta que puede conducir a conclusiones no deseadas, por ejemplo en el caso de un elevado importe de los créditos por recargos (calificados como subordinados según ha quedado expuesto) o de los intereses, que al ser computados para el cálculo del límite, puede determinar que se les conceda este privilegio general a una parte de los mismos, lo que no parece que haya querido ser la intención del legislador. Una segunda interpretación del precepto, lleva a excluir los créditos que gozan de otro privilegio (del art. 90.1.1 o 91.2º LC), y los créditos subordinados. A ello se opone la expresión “conjunto de los créditos”, objeción que puede salvarse al entender que la misma se está refiriendo a todos los créditos de los que sea titular la Administración de la Seguridad Social, y no sólo los que proceden de los recursos ordinarios de la misma. Asimismo hay interpretaciones intermedias. Algunos autores excluyen del cómputo del límite cuantitativo los créditos subordinados, y de otra parte, una vez obtenido el 50% de los créditos, descuentan a su vez, los créditos con otro privilegio para obtener el importe beneficiado con el privilegio del art. 91.4º.

Considero correcta la interpretación que hace la administración concursal y se estima que debe excluirse del cómputo los créditos que gocen de otro privilegio, ya sea especial, ya sea general del art. 91.2 LC, y los créditos subordinados, ya que resulta una interpretación más acorde con el espíritu del legislador, ya que como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se ha pretendido una poda de los privilegios públicos.”: Sentencia JM-1 Sevilla 07.02.2006 (JUR 2006/150150)

JM-1 Valencia

“SEGUNDO.- La diatriba que suscita es de carácter sustancialmente jurídico, y se contrae la dilucidación de los siguientes extremos, a saber: Cual sea la base de cálculo de la que partir para determinar el privilegio del artículo 91.4º de la Ley Concursal. La Administración impugnante considera que el 50% al que alude el apartado 4º del artículo 91 de la Ley Concursal ha de aplicarse al "conjunto de los créditos de la Seguridad Social", esto es, incluidos aquellos calificados con mayor privilegio y los subordinados. En esta inteligencia, como quiera que se aumenta la base de cálculo, se obtiene una cantidad superior como crédito privilegiado del artículo 91.4º. Dicha interpretación literal de la norma no puede ser acogida, y ello por cuanto entra en directa contravención con la filosofía de la Ley concursal, en cuanto al esencial recorte de privilegios que se opera. Alternativamente a aquella hermenéutica, es claro que resulta perfectamente coherente con el tenor literal del precepto, y en mayor medida con su ratio, considerar que el referido porcentaje del 50 % debe ejercerse dentro del ámbito del artículo 91.4º, esto es, a partir del monto del crédito de la Seguridad Social resultante de la verificación administrativa aportada, bien depurado de otros privilegios y de partidas que merezcan venir postergadas en cuanto que proceda su calificación como créditos subordinados. Se atiende mejor, de tal manera, al espíritu y finalidad de la norma y al propósito del Legislador, explicitado en la Exposición de Motivos, de limitar los privilegios, al tiempo que se realiza de modo efectivo el carácter de privilegio de residuo que se consagra al indicado ordinal del precepto.”: Sentencia JM-1 Valencia 03.03.2006

1.3 [(Ordinarios + Privilegiados + subordinados) *50%] – privilegiados

JM-5 Madrid

“CUARTO La segunda de las cuestiones a resolver en el presente incidente es la determinación cuantitativa del privilegio general del núm. 4 del artículo 91 de la Ley Concursal.

La administración concursal, la AEAT y la concursada mantienen distintas interpretaciones, todas ellas razonables, lo que pone de manifiesto la más que desafortunada redacción del citado artículo 91.4 de la Ley Concursal.

La administración concursal sostiene que para la determinación del límite del privilegio general debe computarse el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública con exclusión de los subordinados, siendo el límite el 50% de dicho importe, previa deducción de los importes amparados, en su caso, por el privilegio especial del artículo 90 y el crédito por retenciones del artículo 91.2. La cantidad resultante es el límite del importe del crédito con privilegio general del 91.4. Determinado el límite, clasifica como crédito con privilegio general del 91.2 el importe de las retenciones, como subordinados el importe de los conceptos a los que atribuye tal calificación (en el informe sólo los intereses y en la contestación a la demanda intereses y recargos) y el resto lo clasifica como crédito con privilegio general hasta el límite computado en la forma indicada y el exceso como ordinario. Para mayor claridad pueden analizarse las cuantías en el cuadro que reproduce la clasificación de cada una de las partes en el segundo de los fundamentos de esta resolución.

La AEAT entiende que el límite del privilegio general del 91.4 es el 50% del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, sin deducción alguna, ni siquiera de los subordinados. Determinado el límite, clasifica como crédito con privilegio general del núm. 2 del artículo 91, el importe de las retenciones; como subordinado, el crédito al que atribuye tal consideración, esto es, a los intereses de demora; y el resto, hasta el límite calculado en la forma indicada, lo clasifica como crédito con privilegio general del 91.4 y el exceso como ordinario.

Por último, la concursada considera que el límite del 50% que ampara el privilegio general del 91.4 se calcula sobre la base el importe de los créditos susceptibles de gozar de ese privilegio. Esto es, clasifica como crédito con privilegio general del núm. 2 del artículo 91 el importe de las retenciones, como subordinados los intereses y recargos, y la cantidad restante la divide entre dos, una mitad la clasifica como crédito con privilegio general del 91.2 y la otra como ordinario.

Conceptualmente, en los términos en que está planteado el debate, son dos las dudas que surgen. En primer lugar, si para calcular el límite del crédito amparado por el privilegio general del 91.4 se tiene en cuenta el 50% del importe del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública sin exclusión alguna o qué conceptos han de deducirse y en segundo término (salvo que se acepte la tesis de la concursada, porque ya no sería necesario), si la cuantía resultante de ese 50% debe minorarse con los importes que ya tengan reconocido el privilegio del artículo 90 ó 91.2.

El artículo 91.4 establece que son créditos con privilegio general 4º «Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe».

Dados los términos en que está redactado el precepto, parece más sencillo saber qué es lo que no dice, que afirmar lo que quiere decir.

Desde esta perspectiva negativa, parece que lo que no dice el artículo es que gocen de privilegio general los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo, hasta el 50% de su importe, porque si quisiera decir esto bastaría con haberlo expresado en estos términos o en otros similares, lo que permite excluir la interpretación que efectúa la concursada. No tiene sentido la compleja y alambicada redacción del precepto si lo que se pretendía era atribuir el privilegio general a la mitad del importe de los créditos tributarios y demás de derecho público que no tuvieran otra clasificación y de ordinarios a la otra mitad, lo que choca, por otra parte con la literalidad del precepto.

Precisado lo anterior, el límite debe calcularse sobre la base del 50% del importe del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, en este caso, 351.257,20 euros, de lo que resultaría una cifra de 175.628,6 euros, sin que puedan excluirse los subordinados porque la Ley no lo permite, al referirse al conjunto de los créditos de la Hacienda Pública.

Ahora bien, calcular el límite sobre la base indicada no significa que necesariamente deba alcanzarse el mismo y menos aún que pueda transformarse la naturaleza de los créditos subordinados a privilegiados, pues los subordinados tienen esa clasificación y no puede alterarse.

Por último indicar, que tampoco dice exactamente el precepto que el privilegio del 91.4 pueda ejercerse hasta el 50% del importe del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, lo que operaría como límite e impediría deducir las cantidades amparadas por otros privilegios, tal y como sostiene la AEAT, sino que el privilegio podrá ejercerse

para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, hasta el 50% de su importe, lo que obliga a deducir de la cantidad antes indicada los importes que ya gozan de privilegio por el artículo 91.2 ó si lo hubiere, amparados en el artículo 90.”: Sentencia JM-5 Madrid 29.03.2005 (AC 2005/937)

1.4 [(Ordinarios + subordinados) *50%]

JM-1 Bilbao

“**QUINTO** Sobre el modo de calcular el privilegio general del art. 91.4 LC

Tiene razón la TGSS. cuando sostiene que la administración concursal, en este apartado, ha cambiado su posición inicial. En realidad en la contestación sostiene la interpretación que hace la promotora del incidente respecto al modo de calcular el privilegio general del art. 91.4 LC, pero luego muta completamente en la vista, pretendiendo lo contrario de lo reconocido.

En la contestación se admite que para calcular el privilegio general del apartado 4 del art. 91 LC se tomó en consideración el recargo, que calificó como subordinado, de 28.245,57 euros, de forma que el crédito total que se tuvo en cuenta lo comprendía, tomando ese total como base para hallar el 50 % al que alude el precepto.

Solamente por dicha causa debiera desestimarse ya la tesis de la administración concursal. No obstante el tema sigue siendo del suficiente calado como para dejarlo irresuelto por una cuestión puramente procesal. Se analizará en consecuencia el fondo, reconociendo de antemano que se cambiará el criterio mantenido hasta la fecha lo que obliga, por la doctrina de la STC 202/1999, de 28 de octubre (RTC 1999\ 202), que a su vez recoge la SsTC 64/1984 (RTC 1984\ 64), 49/1985 (RTC 1985\ 49), 108/1998 (RTC 1998\ 108), 199/1990 o 144/1991 (RTC 1991\ 144), a justificar las razones.

Estas consisten, en definitiva, en recoger la interpretación al que mayoritariamente están siguiendo los demás Juzgados de lo Mercantil (Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 31 de mayo de 2005 [AC 2005\ 1019] del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 5 de julio 2005 [AC 2005\ 1113], del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de 23 de junio de 2005 [AC 2005\ 1079] del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 6 de abril de 2005 o del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 5 de mayo de 2005), en una línea interpretativa que no sólo es mayoritaria, sino que parece la más razonable.

Se trata de analizar el modo en que debe computarse el crédito de la TGSS, en particular el llamado crédito con privilegio especial del art. 91.4 LC., que permite la consideración de «hasta el 50 %» de la deuda de tal organismo con tal especial calificación. Para resolver sobre esta cuestión habrá que tratar de desentrañar la inteligencia de la norma, vista su finalidad y la interpretación que han venido haciendo algunos Juzgados de lo Mercantil sobre el modo de verificarlo.

Hay que reconocer, como principio inspirador de la Ley Concursal, que se ha producido una «poda» de privilegios. La propia Exposición de Motivos, apartado V, abre su declaración proclamando que la Ley «reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso». Tal reducción se entiende, además, sin perjuicio de la ejecución singular que es posible por separado para la administración pública y los trabajadores conforme al art. 55.1 LC.

Desde tal principio puede analizarse el art. 91.4 que otorga privilegio general a los créditos de derecho público, tributarios y seguridad social, que no gocen de privilegio especial del 90.1 LC ni general del 91.2. Excluidos tales créditos el privilegio puede ejercerse «para el conjunto de los créditos... hasta el cincuenta por ciento de su importe».

La TGSS. entiende que al hablarse de «conjunto de los créditos», la base para calcular el 50 % del importe debe incluir también los créditos con privilegio especial del 90.1 LC y los de privilegio especial del 91.2 LC. Sin embargo la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, al analizar la norma, han llegado a la conclusión contraria de la TGSS. Entienden así que la base del cálculo se haya excluyendo la totalidad de los créditos con privilegio especial y general, e incluso detraer los créditos subordinados. Ese parecer es razonable, pues si hay un privilegio ya reconocido, para el cálculo de otro debiera ser excluido. Con ello no padece la expresión «conjunto», pues los demás créditos sin privilegio serán privilegiados en parte precisamente por aplicación del art. 91.4 LC.

También la doctrina se ha dividido al optar autores como Mercadal Vidal o Garrido por estar al cómputo de la totalidad de los créditos de la Seguridad Social o Haciendas Públicas, mientras otros como Guilarte Gutierrez o Cordero Lobato entienden que los créditos con privilegio previo deben ser excluidos.

El art. 3.1 del Código Civil (CC) obliga a interpretar las normas en el sentido propio de

sus palabras, y ese sentido en este caso, es indudablemente excluyente. Pues bien, la última interpretación que sostiene la administración concursal se sostiene por el Profesor Lorenzo, de la Universidad de Deusto y las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 23 de septiembre de 2005 (AC 2005\ 2288) y 17 de septiembre de 2005.

Esa interpretación supone que han de excluirse, en primer lugar, los créditos que merezcan la calificación de subordinados, postergados por disposición legal. Para dotar de contenido a la expresión «podrá ejercerse», habrá que tener en cuenta la totalidad de los créditos, es decir, incluso aquellos del art. 90.1 y 91.2, lo que al tiempo da sentido a la expresión «conjunto de los créditos». De esta forma la expresión «hasta el cincuenta por ciento de su importe» se predicaría del «conjunto de los créditos» de la Hacienda Pública o Seguridad Social, incluidos los créditos con privilegio especial del 90.1 y con privilegio general del 91.2 LC. Y así se consigue que la cifra que se obtenga en cada caso varíe, satisfaciendo la necesidad de eficacia de las expresiones citadas y sobre todo, garantizando cuando menos que el 50 % de los créditos de las administraciones públicas tenga un privilegio de alguna clase.

Sin embargo de esa forma se alcanza una solución que hace desaparecer el privilegio si el importe de los créditos especial del art. 90.1 y general del 91.2 superan el 50 %, porque no habría crédito con privilegio general del 91.4. Esa interpretación no es razonable, pues la «poda» de privilegios que pretende la Ley Concursal no puede suponer su «tala», su completa ablación. Por ello la tesis de la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, que son precisamente los que cita la administración en su contestación, antes de cambiar su tesis en la vista, no impide que pueda existir ese crédito con privilegio general.

Esa tesis supone que, una vez excluidos los créditos subordinados, habrán de apartarse también los créditos con privilegio del art. 90.1 y 91.2, en cuanto que como tales no pueden ser computados, tal y como indica la primera frase del art. 91.4. Es el resto al que hay que aplicar el privilegio hasta el 50 %, de manera que la mitad será crédito con privilegio especial y la otra mitad, ordinario.

Una tercería vía es la interpretación que ha seguido el del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 29 de marzo de 2005, (AC 2005\ 937). El cálculo lo hace de forma semejante, excluyendo los privilegios del 90.1 y 91.2 LC, pero no aparta los créditos subordinados para el cómputo del 50 %. Esa tesis supone acoger que el término «conjunto de los créditos» impide excluir para la base de cálculo el importe de los créditos subordinados.

Tal tesis se comparte porque el art. 91.4 parece bastante explícito al respecto, aunque haya dado lugar a varias interpretaciones. Dice el precepto, en su primera frase, que los créditos que no gocen de otro privilegio tendrán privilegio general, luego excluye para el cómputo su importe. Pero al referirse a los créditos del art. 90.1 y 91.2, no incluye los créditos subordinados. No hay olvido del legislador, como algunos sugieren, porque la lógica del precepto es perfectamente coherente: se da privilegio a créditos que no lo tienen, y ontológicamente un crédito subordinado no es privilegiado, porque se supedita a los demás.

En consecuencia la base del cálculo tiene que incluir los créditos subordinados, porque pese a su calificación, forman parte del «conjunto de los créditos». Se evita así la supresión radical del privilegio, que no puede haber querido la Ley, cuando el importe de los demás créditos con privilegio supere el 50 %, se acomoda la interpretación a la que mayoritariamente se aplica por los Juzgados de lo Mercantil y se asegura, por otro lado, la aplicación de las previsiones del art. 91.4 LC..

El reproche de que queda sin contenido la expresión «hasta el 50 % de los créditos» también tiene que ser rebatido. Si excluimos los privilegios del 90.1 y 91.2 LC, y se computa el 50 % de los demás créditos, incluidos los subordinados, resultará una cifra que es variable, porque para aplicar el privilegio debe apartarse el crédito subordinado, que tiene calificación propia. El importe de los subordinados influirá para determinar la cifra de «hasta el 50 %», pero luego no será aplicado a ese importe, sino al resultado de reducir de la totalidad de los créditos los subordinados.

Puede acontecer, en consecuencia, que el importe que se obtenga como eventual crédito con privilegio general del art. 91.4, computando para su cálculo los subordinados, sea superior al conjunto de créditos públicos una vez excluidos los privilegios y los créditos subordinados. Pero pese a ser superior, el privilegio general sólo puede alcanzar «hasta el 50 %», de modo que como en un caso así no se alcanza el límite, se dota de eficacia normativa a la previsión legal.

En este incidente pueden apreciarse los efectos del cálculo. El total de créditos concursales de la TGSS, asciende a 252.792,87 euros, pero como indica el Fundamento Jurídico segundo, el recargo sobre la prestación por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral ha de apartarse para el cálculo porque no es privilegio de la TGSS, sino una indemnización para los trabajadores beneficiados.

Sustrayendo al importe 2058,84 euros resulta que la TGSS. dispone de un total de 250.734,04 euros.

Para calcular el importe máximo del privilegio general hay que excluir el privilegio por cuota obrera del 91.2, 5.333,24 euros, ya que no hay del art. 90.1 LC, lo que supone 245.400,80 euros. El 50 % de esa cantidad es 122.700,40 euros, máximo que podría constituir privilegio general del art. 91.4. Como para establecer el importe del crédito con privilegio general hay que sustraer de los 245.400,80 euros la cantidad de 28.245,57 euros por recargo, que tiene naturaleza de crédito subordinado, resultan 217.155,23 euros.

En este caso el importe de «hasta el 50 %», cuyo máximo sería 122.700,40 euros, se alcanza, porque tras detraer los créditos subordinados resultan 217.155,23. La diferencia entre el conjunto de créditos no privilegiados, excluidos los subordinados (217.155,23 euros), y el tope del 50 % (122.700,40 euros), que supone 94.454,83 euros, sería crédito ordinario del art. 89.3 LC.

Si hubiera sucedido que la cifra que se obtiene tras sustraer los créditos subordinados del total de créditos sin privilegio del 90.1 y 91.2 LC, fuera inferior a 122.700,40 euros, no hubiera podido reconocerse el privilegio general por este último importe, ya que no habría crédito de cuantía suficiente para alcanzar la cifra, y tendría que moderarse «hasta» el resto aritmético. Es decir, si por ejemplo hubiera tan solo 100.000 euros de créditos no privilegiados tras sustraer los subordinados, porque la cifra de crédito subordinado fuese superior a la que existe en este caso, el privilegio sólo hubiera podido afectar «hasta» esa cantidad, a pesar de que el tope máximo hubiera podido ser 122.700,40 euros.

De ahí que la cifra sea variable en función del importe que supone la mitad del conjunto de los créditos, excluidos los privilegiados, que opera como tope máximo, y la que se obtenga de sustraer al conjunto de los créditos, excluidos los privilegiados, los subordinados.": Sentencia JM-1 Bilbao (Vizcaya) 03.03.2006 (AC 2006/460)

"Respecto al modo de calcular el art. 91.4 LC también hay discrepancia entre las partes. Este juzgado, como es notorio, ha seguido la tesis mayoritaria, recogida en las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 31 de mayo de 2005, AC 2005\1019, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 5 de junio 2005, AC 2005\1113, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de 23 de junio de 2005, AC 2005\1079, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 6 de abril de 2005 o del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 5 de mayo de 2005.

Tal interpretación, como se ha dicho en las sentencias de este mismo juzgado de 3, 6, 7, 8 y 15 de marzo, 16 y 19 de mayo, 22, 23, 27 y 28 de junio, 7 y 10 de julio, y 11, 18, 19 y 20 de septiembre, 3 y 4 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 2006, sostiene que *"Se trata de analizar el modo en que debe computarse el crédito de la TGSS, en particular el llamado crédito con privilegio especial del art. 91.4 LC, que permite la consideración de "hasta el 50 %" de la deuda de tal organismo con tal especial calificación. Para resolver sobre esta cuestión habrá que tratar de desentrañar la inteligencia de la norma, vista su finalidad y la interpretación que han venido haciendo algunos Juzgados de lo Mercantil sobre el modo de verificarlo.*

Hay que reconocer, como principio inspirador de la Ley Concursal, que se ha producido una "poda" de privilegios. La propia Exposición de Motivos, apartado V, abre su declaración proclamando que la Ley "reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso". Tal reducción se entiende, además, sin perjuicio de la ejecución singular que es posible por separado para la administración pública y los trabajadores conforme al art. 55.1 LC.

Desde tal principio puede analizarse el art. 91.4 que otorga privilegio general a los créditos de derecho público, tributarios y seguridad social, que no gocen de privilegio especial del 90.1 LC ni general del 91.2. Excluidos tales créditos el privilegio puede ejercerse "para el conjunto de los créditos... hasta el cincuenta por ciento de su importe".

La TGSS entiende que al hablarse de "conjunto de los créditos", la base para calcular el 50 % del importe debe incluir también los créditos con privilegio especial del 90.1 LC y los de privilegio especial del 91.2 LC. Sin embargo la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, al analizar la norma, han llegado a la conclusión contraria de la TGSS. Entienden así que la base del cálculo se haya excluyendo la totalidad de los créditos con privilegio especial y general, e incluso detraer los créditos subordinados. Ese parece es razonable, pues si hay un privilegio ya reconocido, para el cálculo de otro debiera ser excluido. Con ello no padece la expresión "conjunto", pues los demás créditos sin privilegio serán privilegiados en parte precisamente por aplicación del art. 91.4 LC.

También la doctrina se ha dividido al optar autores como MERCADAL VIDAL o GARRIDO por estar al cómputo de la totalidad de los créditos de la Seguridad Social o Haciendas Públicas, mientras otros como GUILARTE GUTIERREZ o CORDERO LOBATO entienden que los créditos con privilegio previo deben ser excluidos.

El art. 3.1 del Código Civil (CCv) obliga a interpretar las normas en el sentido propio de sus palabras, y ese sentido en este caso, es indudablemente excluyente. Pues bien, la última interpretación que sostiene la administración concursal se sostiene por las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 23 de Septiembre de 2005 y 17 de Septiembre de 2005, citadas por el letrado de la administración concursal y por el Profesor GONZALEZ BILBAO, de la Universidad de Deusto.

Esa interpretación supone que han de excluirse, en primer lugar, los créditos que merezcan la calificación de subordinados, postergados por disposición legal. Para dotar de contenido a la expresión "podrá ejercerse", habrá que tener en cuenta la totalidad de los créditos, es decir, incluso aquéllos del art. 90.1 y 91.2, lo que al tiempo da sentido a la expresión "conjunto de los créditos". De esta forma la expresión "hasta el cincuenta por ciento de su importe" se predicaría del "conjunto de los créditos" de la Hacienda Pública o Seguridad Social, incluidos los créditos con privilegio especial del 90.1 y con privilegio general del 91.2 LC. Y así se consigue que la cifra que se obtenga en cada caso varíe, satisfaciendo la necesidad de eficacia de las expresiones citadas y sobre todo, garantizando cuando menos que el 50 % de los créditos de las administraciones públicas tenga un privilegio de alguna clase.

Sin embargo de esa forma se alcanza una solución que hace desaparecer el privilegio si el importe de los créditos especial del art. 90.1 y general del 91.2 superan el 50 %, porque no habría crédito con privilegio general del 91.4. La "poda" de privilegios que pretende la Ley Concursal no puede suponer su "tala", su completa ablación. Por ello la tesis de la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, que son precisamente los que cita la administración en su contestación, antes de cambiar su tesis en la vista, no impide que pueda existir ese crédito con privilegio general.

Esa tesis supone que, una vez excluidos los créditos subordinados, habrán de apartarse también los créditos con privilegio del art. 90.1 y 91.2, en cuanto que como tales no pueden ser computados, tal y como indica la primera frase del art. 91.4. Es el resto al que hay que aplicar el privilegio hasta el 50 %, de manera que la mitad será crédito con privilegio especial y la otra mitad, ordinario.

La interpretación que ha seguido el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de 29 de marzo de 2005, AC 2005\837, es semejante, pero no excluye los créditos subordinados para el cómputo. Esa tesis supone acoger que el término "conjunto de los créditos" impide excluir para la base de cálculo el importe de los créditos subordinados.

Tal tesis se comparte porque el art. 91.4 parece bastante explícito al respecto, aunque de lugar a varias interpretaciones. Dice, en su primera frase, que los créditos que no gocen de otro privilegio tendrán privilegio general, luego excluye para el cómputo su importe. Pero al referirse a los créditos del art. 90.1 y 91.2, no incluye los créditos subordinados. No hay olvido, porque la lógica del precepto es perfectamente coherente: se da privilegio a créditos que no lo tienen, y ontológicamente un crédito subordinado no puede tenerlo, porque se supedita a los demás.

En consecuencia la base del cálculo tiene que incluir los créditos subordinados, porque pese a su calificación, forman parte del "conjunto de los créditos". Se evita así la supresión radical del privilegio, que no puede haber querido la ley, cuando el importe de los demás créditos con privilegio supere el 50 %, se acomoda la interpretación a la que mayoritariamente se aplica por los Juzgados de lo Mercantil y se asegura, por otro lado, la aplicación de las previsiones del art. 91.4 LC.

El reproche a que queda sin contenido la expresión "hasta el 50 % de los créditos" también tiene que ser rebatido. Si excluimos los privilegios del 90.1 y 91.2 LC, y se computa el 50 % de los demás créditos, incluidos los subordinados, resultará una cifra que es variable, porque para aplicar el privilegio debe apartarse el crédito subordinado, que tiene calificación propia. El importe de los subordinados influirá para determinar la cifra de "hasta el 50 %", pero luego no será aplicado a ese importe, sino al resultado de reducir de la totalidad de los créditos, los privilegiados y los subordinados.

Puede acontecer, en consecuencia, que el importe que se obtenga como eventual crédito con privilegio general del art. 91.4, computando para su cálculo los subordinados, sea superior al conjunto de créditos públicos una vez excluidos los privilegios y los créditos subordinados. Pero pese a ser superior, el privilegio general sólo puede alcanzar "hasta el 50 %", de modo que como en un caso así no se alcanza el límite, se dota de eficacia normativa a la previsión legal".

De todo lo anterior, que ha sido reiterado en numerosas ocasiones, como sabe perfectamente la TGSS y conoce la administración concursal, se deduce que hay que excluir los privilegios especial y general para proceder a determinar la base del cálculo que permitirá concretar el privilegio del art. 91.4 LC.

En aplicación de la forma de cálculo expresada, el importe de los créditos sin privilegio es el total pretendido por la administración concursal como concursales, que en la última certificación (folio 65) asciende a 790.928,66 euros, menos el importe de los créditos con privilegio especial, que no hay, y general, que en este caso es la cuota obrera del art. 91.2 LC, que en el Fundamento Jurídico tercero se fijó en de 160,15 euros. Resultan así 790.768,51 euros, de los que el 50 % será el crédito con privilegio general del art. 91.4 LC, es decir, 395.384,25 euros.

De los otros 395.384,26 euros hay que detraer los créditos subordinados, que no pueden ser tenidos en cuenta más que para el cálculo del importe del privilegio. Como se dijo en el Fundamento Jurídico 3º, su importe supone 128.871,27 euros. Descontando a la primera la segunda cantidad resultan 266.512,98 euros, que es el importe del crédito ordinario.": Sentencia JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Incidente Concursal 307/2006-C)

1.5 [(Ordinarios +Privilegiados) *50%] - privilegiados

JM-1 Álava

"TERCERO.- En la lista de acreedores impugnada, la Administración Concursal considera los recargos (junto con las costas), créditos subordinados de art. 92 LECO, y obtiene el privilegio general de art. 91.4º LECO de la mitad del crédito excluyendo lo subordinado, y deduciendo luego del privilegio general así computado, aquella porción que ya cuenta con privilegio general de art. 91.2º LECO, por principal de retenciones. La TGSS impugnante interpreta que debe abrigar el privilegio de art. 91.4º LECO la mitad de todo su crédito concursal, sin excepción alguna, y hasta tal límite, sin deducir lo que venga amparado en el privilegio general de art. 91.2º LECO. En esto último parece que coincide la defensa de Fabrinor S.A.L.

Pues bien, subordinados los recargos, el régimen de cálculo del privilegio general debe arraigar en la misma tendencia exegética, aun asumiendo que las soluciones conocidas hasta ahora en los Juzgados de lo Mercantil no son uniformes, debe partirse los términos de la norma, valladares de toda operación interpretativa, donde se perciben dos parámetros inexcusables:

1º) El divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados).

Ello resulta de que el art. 91.4º LECO se refiere a unos créditos privilegiados por su naturaleza: los iuspúblicos, y del ejercicio hasta un límite cuantitativo: un porcentaje del importe del "conjunto de los créditos de... la Seguridad Social" (como de la Hacienda Pública).

2º) La necesaria deducción del privilegio del art. 91.4º, de los que gocen de mejor preferencia, como es caso de los arropados en art. 91.2º LECO.

Ello por cuanto esos créditos privilegiados por su naturaleza en concreto se circunscribe a los que "no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo".

Una vez ello sentado, debe admitirse que la inconsistencia de la literalidad del art. 91.4º LECO permite soluciones aritméticas variopintas -y además, combinaciones tendentes al error-, pero con el predicho punto de partida, decantado de la redacción del precepto, lo mismo debe descartarse un fórmula de la suma de preferencia por créditos públicos, que es práctica en alguno de los informes de la Administración Concursal, y parece está siendo admitida por la Hacienda Foral -y por la AEAT, según noticias-, y que aparece en las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, en la que se eliminan los créditos con privilegio especial, las retenciones obligatorias, y los créditos subordinados (intereses, recargos, y multas), calculándose luego el cincuenta por ciento (no es claro, de lo que ha leído el Juzgador, si del resultado, deducidos los créditos mejor privilegiados de la base de cálculo, se deducen luego también tales créditos); como debe descartarse también el otro extremo, que plantea la TGSS, de inclusión de todos los créditos para calcular el cincuenta por ciento, y ausencia de deducción de los ya beneficiados con mejor preferencia.

Ahora bien, no hay fórmula de conciliar los dos parámetros con la exégesis restrictiva de las ventajas fiscales o parafiscales, salvo que se comprenda que el privilegio general de art. 91.4º LECO aparece expresamente residual de otro mejor privilegio, y que incluir los créditos subordinados en la base de cálculo conduce irremediablemente a privilegiar el crédito, o por mejor decir, faculta el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de hipocrédito del subordinado.

Por ello, se reputa inteligencia correcta la que desemboca en el cálculo de la lista de acreedores, de excluir de la base de cálculo los créditos subordinados, extraer el cincuenta por ciento del resto de créditos públicos, y de éste descontar lo ya privilegiado conforme arts. 90 y 91.2º LECO. La idea es que todos los créditos iuspúblicos están

privilegiados, pero que sólo cabe ejercer el privilegio general residual de art. 91.4º LECO hasta el cincuenta por ciento del conjunto, excluyendo de éste el crédito ya más privilegiado, especial, o por retenciones de art. 91.2º LECO. De ahí, que determinado ese “quantum” hipotéticamente privilegiable, no puede ejercerse privilegio en el resto, ni siquiera el general residual, y queda como ordinario. Pero ello sistemáticamente debe soslayar los créditos subordinados, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos. Es así que se ratifica la postura de la Administración Concursal.”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria) 23.09.2005 (JUR 2006/113973)

“**TERCERO** Subordinados los recargos, el régimen de cálculo del privilegio general igualmente resulta polémico, y ha de arraigar en la misma tendencia exegética, y en los dos parámetros inexcusables que nacen de los términos literales de la norma:

1º) El divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados).

Ello resulta de que el art. 91.4º LECO se refiere a unos créditos privilegiados por su naturaleza, y del ejercicio de ese privilegio sólo hasta un porcentaje del importe del «conjunto de los créditos de... la Seguridad Social» (como de la Hacienda Pública).

2º) La necesaria deducción del privilegio del art. 91.4º, de todo otro preferente en LECO.

Ello impone que esos créditos privilegiados por su naturaleza en concreto se circunscribe a los que «no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo».

Debe admitirse que la inconsistencia de la literalidad del art. 91.4º LECO permite soluciones aritméticas variopintas, pero con este punto de partida marcado, destilado de la redacción del precepto, debe descartarse una fórmula que obtenga la preferencia general «ejercitable» por créditos públicos mediante el cálculo de la mitad de una base en que se eliminan los créditos con otro privilegio, como la fórmula, al otro extremo, que plantea la TGSS, de inclusión de todos los créditos para calcular el cincuenta por ciento, y ausencia de deducción ulterior.

Mas en el asunto presente no hay crédito de TGSS de mayor preferencia a la de art. 91.4º LECO, por lo que no hay problema con deducciones anteriores o posteriores, y todo queda a si debe excluirse de la base de cálculo el crédito subordinado por recargo.

Y en este extremo, no hay fórmula de conciliar los dos parámetros antecitados con la exégesis restrictiva de las ventajas fiscales o parafiscales, salvo que se comprenda que el privilegio general de art. 91.4º LECO aparece expresamente residual de otro mejor privilegio, y que incluir los créditos subordinados en la base de cálculo conduce irremediabilmente a privilegiar el crédito, o por mejor decir, faculta el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de «hipocrédito» del subordinado.

Por ello, se reputa la inteligencia correcta la que desemboca en el cálculo de la lista de acreedores, de excluir de la base de cálculo los créditos subordinados para extraer el cincuenta por ciento del resto de créditos públicos. La idea es que todos los créditos iuspúblicos están privilegiados, pero que sólo cabe ejercer el privilegio general residual de art. 91.4º LECO hasta el cincuenta por ciento del conjunto, excluyendo de éste el crédito ya más privilegiado, especial, o por retenciones de art. 91.2º LECO. De ahí, que determinado «quantum» hipotéticamente privilegiable, no puede ejercer privilegio, ni siquiera el general residual, y queda como ordinario. Pero ello sistemáticamente debe soslayar los créditos subordinados, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos.”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria-Gasteiz) 17.10.2005 (AC 2005/2277)

JM-2 Bilbao

“*Tercero*.- En punto al segundo capítulo de «litis» en la demanda de la TGSS, el régimen de cálculo del privilegio general, polémico, ha de arraigar en la misma tendencia exegética *ad restringenda*.

El privilegio de art. 91.4.º LECO se entiende variable y complementario, a juicio del disponente, desde los términos literales de la norma:

1.º) Hay divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados).

Ello resulta de que el art. 91.4.º LECO se refiere a unos créditos privilegiados por su naturaleza, y del ejercicio de ese privilegio sólo hasta un porcentaje del importe del «conjunto de los créditos de... la Seguridad Social» (como de la Hacienda Pública). Esto

es, se afirma el carácter privilegiado de una condición de créditos, para pasar a establecer un tope o «plafón» hasta el cual puede ejercerse el privilegio decretado.

2.º) La necesaria deducción del privilegio del art. 91.4.º, de todo otro preferente en LECO. Es así que la norma explícitamente excluye de entre esos créditos privilegiados por su naturaleza, en concreto, los que «no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo».

Debe admitirse que la inconsistencia de la literalidad del art. 91.4.º LECO permite soluciones aritméticas variadas, de las que se han ido decantando mayoritariamente dos, que no se consideran las más ajustadas a tales presupuestos literales:

a) Descuento del crédito dotado del más intenso privilegio general de art. 91.2.º LECO -- como si hubiera privilegiados especiales--, así como de lo subordinado de art. 92.4.º LECO, para formar la base de cálculo de la mitad hasta la que cabe ejercitar el privilegio general inferior, de art. 91.4.º LECO. Es la tesis de la Audiencia Provincial de Barcelona, y puede ser que prevalezca en la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Es la línea de cálculo que propugna la administración concursal.

b) Aplicar el 50% a todo el crédito ius público, con independencia de su privilegio o antiprivilegio (subordinación), la catalogación de privilegio general de art. 91.4.º LECO, para luego descontar de los privilegiado aquello que cuente con mejor privilegio, especial, o de art. 91.2.º LECO. Está magníficamente explicado en sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid.

A pesar de que, por prospección de la tesis que aparenta prosperará, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, ha asumido inclinarse por la primera de las tesis, no obstante razonar ampliamente sobre la que aquí se mantiene --e incluso secundó en anterior decisión--, no llega a persuadir, salvo a propósito de que gana mayoría en las sentencias de los Juzgados.

Desde luego, el privilegio general de art. 91.4.º LECO aparece expresamente residual de otro mejor privilegio, pero no hay fórmula de conciliar la exégesis contraria a una amplitud de las ventajas del Fisco en la comunidad de pérdidas del concurso, que no incluir los créditos subordinados en la base de cálculo, puesto que incluirlos conduciría irremediablemente a privilegiar el crédito, o por mejor decir, facultaría el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de hipocrédito del subordinado.

En ello hay acuerdo bastante general entre los Juzgados de lo Mercantil, y por ello, la línea b) tiene a declinar, por mucho que sus apoyos textuales y metodológicos no tengan reproche.

Ahora bien, de la línea a) se sigue sin comprender la razón legal para excluir de la base de cálculo a los créditos privilegiados con mejor preferencia que la de art. 91.4.º LECO, porque no está en la norma. Todo el crédito ius público está privilegiado por dicho precepto, pero sólo se puede ejercer hasta el límite del 50%, descontado aquello que goce de mejor preferencia con base en otro precepto.

Poniéndolo en números de acuerdo con lo probado, la idea es que todos los créditos ius públicos están privilegiados, es decir, el crédito total de 964.842,13 euros, aunque sistemáticamente deben soslayarse los créditos subordinados, 214.882,58 euros certificados como recargos e intereses, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos, prededuciéndose de la base de cálculo, que queda en 749.959,55 euros, pero sólo cabe ejercer el privilegio general residual de art. 91.4.º LECO hasta el cincuenta por ciento del conjunto, excluyendo de éste el crédito ya más privilegiado, por cuotas obreras retenidas de art. 91.1.º LECO, ascendente a 57.863,84 euros, y así, el privilegio general alcanzaría a 317.115,93 euros (la mitad menos lo mejor privilegiado), y el resto sería ordinario (432.843,62 euros). De ahí, que determinado *quantum* hipotéticamente privilegiable (en nuestro caso, 30.431,93 euros), no puede ejercer privilegio, ni siquiera el general residual, y quedaría como ordinario.

Ahora bien, fijar un pronunciamiento con este detalle, en el supuesto, no corroboraría la aplicación normativa de la administración concursal, quien no estuvo en sintonía con lo que opina el Juzgador, y además supondría un empeoramiento de las condiciones crediticias de la TGSS impugnante que, a pesar de ver incrementado su crédito total respecto del Informe, estaría como acreedor privilegiado por debajo de lo que se le califica en aquél y asume la deudora concursada, y en fin, se produciría una incongruencia en la sentencia respecto del debate de las partes.

Hasta que no exista una doctrina de apelación contraria, el Juzgador en pro de la corrección de las operaciones clasificatorias de las administraciones concursales que se alinean con su criterio, no las ha de modificar por la existencia de una mayoría de sentencias de primera instancia escoradas hacia una solución más simplista. Pero en los supuestos, como el de autos, cuando la administración concursal se inclina por esta otra tesis, tampoco puede, por un prurito de interpretación judicial pretendidamente más científica, fallar *in peius* del acreedor impugnante. Así pues, se asumirán los cálculos

que la contestación a la demanda de la administración concursal consigna. “: Sentencia JM-2 Bilbao 11.10.2006 (Incidente Concursal 220/2007 y acumulado 236/2006)

JM-2 Valencia

«FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO... Los créditos tributarios y de la Seguridad Social no gozan de privilegio por el total de las cantidades adeudadas por el concursado. La Ley establece que el privilegio cubre solamente el cincuenta por ciento del importe del conjunto de los créditos tributarios y el cincuenta por ciento del importe del conjunto de los créditos de la Seguridad Social. A pesar de que la regla parezca de fácil aplicación, es preciso recordar que, al establecer el privilegio general de los créditos fiscales y de la Seguridad Social, la Ley ha precisado que ese privilegio general cubre los créditos fiscales y parafiscales que no estén ya tutelados por hipotecas (art. 90.1.1º) ni por el privilegio general de las retenciones (art. 91-2.º). Por ello, para tomar en consideración la posición de los créditos tributarios y de la Seguridad Social, ha de tenerse en cuenta que una cantidad indeterminada de esos créditos puede beneficiarse de un privilegio especial o del privilegio general de las retenciones. De acuerdo con una correcta exégesis del privilegio general de los créditos tributarios y de la Seguridad Social, el privilegio general no puede cubrir, en ningún caso, los créditos que ya están tutelados por un privilegio especial.

Sin embargo, para la fijación del límite del cincuenta por ciento, la Ley establece claramente que ha de tomarse en cuenta «el conjunto de los créditos» tributarios y de la Seguridad Social. Así pues, deberá procederse de este modo: en primer lugar, hay que considerar que la base para el cómputo del 50 % está constituida por la suma de los créditos privilegiados, pero no de los subordinados, entre otras cuestiones porque de lo contrario se reconocerla al final un privilegio a la mitad de los créditos subordinados cambiando por tanto su naturaleza, que de no tener p.ej. derecho a voto en las Juntas Generales pasarían a tenerlo en su mitad. La operación siguiente ha de consistir simplemente en la aplicación de este 50 % a la base anterior, cuyo resultado será el importe máximo del Privilegio General que estamos comentando. Para el cálculo exacto de este Privilegio habrá de tenerse en cuenta los créditos preferentes que existan, de manera que si éstos no llegan al 50 % del conjunto de créditos, se tendrá como importe del Privilegio General el límite máximo antes fijado. Pero si la suma de los créditos preferentes supera el 50 % del conjunto de créditos, la diferencia irá restándose del importe máximo de este Privilegio General.

Con un ejemplo práctico, se apreciará mejor el significado de la disposición legal: supóngase que la Hacienda Pública cuenta con créditos tributarios por importe global de diez millones de euros en un determinado concurso, una vez excluidos los créditos subordinados, que no tienen el carácter de crédito tributario [sic]. El importe máxima del privilegio general es, por tanto, de cinco millones de euros (50 % de 10 millones). Sin embargo, la Hacienda Pública cuenta con hipotecas legales e hipotecas legales tacitas que cubren créditos tributarios por importe de seis millones de euros. Como consecuencia, el resto de los créditos tributarios, (cuatro millones de euros), disfruta del privilegio general en su integridad. En definitiva, el sistema de limitación diseñado en la Ley Concursal permite que, en algunos casos, la Hacienda Pública y la Seguridad Social desplacen el umbral del privilegio hasta el punto en que todos los créditos tributarios y parafiscales queden tutelados por alguna preferencia...

TERCERO.- Por lo que se refiere a las presentes actuaciones, y siguiendo con el mismo esquema del ejemplo antes mencionado, cabe tener en cuenta, como presupuesto de las operaciones aritméticas que han de realizarse, que el total de los créditos de la Seguridad Social, descontado los créditos subordinados, asciende a 56.647,85 € (57.250,36 – 602,51), El importe máximo del privilegio general es, por tanto, de 28.323,925 € (50% de 56.647,85 €). Sin embargo, la Seguridad Social cuenta ya con el privilegio General del artículo 91.2 de la LC por importe de 9.340,83 €. Como consecuencia, el resto de los créditos de la Seguridad Social, 47.307,856 (que es la diferencia entre 56.647,85 € y 9.340'83 €), sigue excediendo el tope de los 28.323,925 €, que por tanto será esta última cantidad de aplicación en su integridad como Privilegio General del artículo 91.4 de la LC. El resto, 18.983,925 € (que es la diferencia entre 47.307,85 € y los 28.323,925 €), es crédito ordinario. “:Sentencia JM-2 Valencia 08.05.2006

2. Otros créditos de Derecho público que no son ni tributarios ni de la Seguridad Social

2.1 Son privilegiados y no les alcanza la limitación del 50%

“A continuación, el segundo párrafo dice *“... para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”*. Pues bien, en primer lugar, la referencia a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social debe ser entendida en el sentido de que el límite del 50% sólo es aplicable a los créditos de estos organismos públicos. Es decir, el privilegio general que a los demás créditos de Derecho Público (que no son ni tributarios ni de la Seguridad Social) concede el artículo 91.4º no estará sujeto, en cuanto a su ejercicio, a límite alguno. El límite del 50% es aplicable, única y exclusivamente, a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, por tratarse en ambos casos, como decíamos al principio, de acreedores institucionales cuya necesidad de protección ha sido harto discutida históricamente y cuya justificación actual aparece muy devaluada. “: Sentencia JM-1 Las Palmas 15.09.2005 (Incidente Concursal 18/2005)

2.2 Son privilegiados y sí les alcanza la limitación del 50%

HECHOS PROBADOS.- UNICO.- Dentro del plazo legal la Administración del Estado, Ministerio de Educación y Ciencia, comunicó que era titular de un préstamo reembolsable concedido por la Dirección General de Política Financiera a MAKSER S.A., por importe de 103.030,67 euros, que la administración concursal ha calificado de ordinario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- [...] - SEGUNDO.- La calificación del crédito público

El art. 96 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que podrá impugnarse la cuantía y calificación de los créditos que la administración concursal haya reconocido en su informe. Hay acuerdo respecto a la cuantía del mismo, 103.030,67 euros, pero se discrepa sobre su calificación, que la administración concursal entendió ordinario y el demandante, privilegiado en su mitad por estar comprendido en el art. 91.4 de la Ley Concursal.

Los argumentos de las partes son claros. El demandante mantiene que todo crédito público, por el sólo hecho de serlo, ostenta en su mitad el privilegio general del art. 91.4 LC, que se refiere tanto a los "tributarios" como a los "demás de derecho público". La administración concursal, por el contrario, sostiene que de los literales términos de la ley no se deduce ese privilegio, que como tal debe ser objeto de interpretación restrictiva, ya que se habla de créditos "de la Hacienda Pública", siendo la finalidad de la norma tutelar los créditos de origen fiscal y parafiscal, pero no otros.

Nadie va a discutir la evidente intención del legislador de recortar privilegios, que proclama en su Exposición de Motivos la Ley Concursal y concreta en su articulado reduciendo los que existían en la regulación derogada. Pero ese criterio de interpretación restrictiva de los privilegios no autoriza a no apreciarlos donde se han mantenido.

En este caso, la norma no ha restringido el privilegio a la mitad de los créditos tributarios, sino que claramente ha incluido, también, a otros créditos de naturaleza pública que no tienen tal naturaleza fiscal. Por ello el art. 91.4 LC incluye la expresión "créditos tributarios y demás de Derecho público".

El argumento de que el segundo inciso del art. 91.4 LC habla sólo de "créditos de la Hacienda Pública" no justifica la no apreciación del privilegio, porque no es posible identificar crédito de la "Hacienda Pública" con "tributo", sino con una titularidad pública.

El art. 3.1 del Código Civil obliga a interpretar las normas conforme al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de aplicarse, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Esos antecedentes y la realidad legislativa evidencian que cuando la norma concursal se ha referido a los créditos de la Hacienda Pública no se ha limitado a mencionar los créditos por tributos, sino que incluye los demás de "Derecho Público".

Así resulta del art. 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), que como su predecesora, considera que la Hacienda Pública estatal, está constituida *"por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos"*, distinguiendo en el número

segundo créditos de derecho público y de derecho privado. Es decir, la ley rectora en esta materia ha considerado que el concepto "Hacienda Pública" es genérico, y abarca derechos de naturaleza pública y privada, y entre los primeros, no sólo los tributarios, sino los de otra naturaleza "pública".

De hecho el art. 5.2 LGP dice que "*son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado*", de manera que difícilmente se puede identificar, desde la propia interpretación auténtica, que con la expresión "Hacienda Pública" sólo se señalan derechos de naturaleza tributaria o fiscal.

El art. 9.1 LGP avala tal hermenéutica, pues señala que dentro de los derechos de naturaleza pública de la Hacienda Estatal se sitúan los tributarios, con su norma específica, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), para regularlos. Queda así clara y legalmente deslindado el conjunto de créditos de naturaleza pública, que no pueden restringirse a los que pretende la administración concursal.

En efecto, esa misma distinción, que ya existe en el ámbito administrativo-tributario, se ha traído por la Ley Concursal al proceso concursal, diferenciando los créditos por tributos y los demás de derecho público, es decir, de los que es titular la Hacienda pública en general, entendida como administración estatal, incluyendo a todos en el privilegio.

En consecuencia no es posible, atendiendo a lo que dispone el art. 91.4 LC, restringir el privilegio de la mitad de su importe a los créditos de naturaleza tributaria. El que ostenta la administración estatal es un crédito de derecho público, y por disposición de la mencionada norma, ya que no existen otros de titularidad estatal, merece carácter privilegiado hasta su 50 %, de manera que debe estimarse la demanda en el modo que reclama el actor.": S JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Incidente Concursal 270/2006-c)

“QUINTO.- El tercer debate que persiste sobre la clasificación crediticia del Banco Popular, responde a la condición del crédito contingente por los avales solidarios del crédito de restitución de ayudas públicas al MINER concedidas a Matrinor S.L. en los años 1999, 2000 y 2001.

El asunto aquí aborda otro tema de importancia, a saber, si el privilegio concursal de art. 91.4º LECO arropa, como sucesor en el campo del procedimiento colectivo del clásico derecho de prelación general de la Hacienda Pública, no sólo a los créditos tributarios, sino a cualquier otro de Derecho Público, como es el del caso, de devolución de ayudas públicas del MINER y AEAT.

El Banco actor, acertadamente, impugna como interesado legítimo la calificación de los créditos de devolución de dichos organismos como ordinarios, puesto que no puede, ya se contemple acción de reembolso o acción subrogatoria por el fiador solidario, calificarse el crédito principal como ordinario, y establecer para el avalista sucesor en el crédito por cumplir su compromiso de garantía un privilegio inexistente entre las facultades de aquél.

Obviamente, y puesto que el MINER y la AEAT han impugnado por su respectiva cuenta la lista de acreedores, aquí se decide en consonancia con lo decidido de cara a aquellas impugnaciones.

Y remitiéndonos, por lo demás, a lo decidido en dicha impugnación del acreedor actual, no vale glosar la clara opinión del Juzgador al respecto de lo que debe ser el desfavor legal para las ventajas materiales de la Administración Pública como acreedora en el procedimiento concursal, por contra a lo asumible de un favor legal para su ventaja formal en la línea del modo, tiempo, o consecuencias del reconocimiento crediticio, más allá de lo que corresponde a las posibilidades de la interpretación normativa.

Una cosa es lo que se argumente acerca de lo que debiera ser el tenor legal, a la luz del fundamento funcional de los privilegios, de que antes se ha hablado, y otra cosa bien distinta es lo que puede dar de sí la interpretación del tenor legal que es. En efecto, la socialización de la insolvencia apunta en Derecho comparado a que el Erario no tenga privilegios crediticios concursales, ni sea árbitro de las soluciones del concurso, y son poderosas las razones para ello, pero no siendo tal la opción del legislador, lo interpretativo se detiene en no aceptar las doctrinas previas, o en no transvasar la prelación de la ejecución singular al concurso, en línea de restricción, sin poder alcanzar que pura y simplemente corrijamos la norma.

El art. 91.4º LECO específicamente coloca en el precepto prelativo los créditos tributarios y los demás de Derecho Público, y por vía exegética

llegamos a la conclusión de que hay ingresos públicos que no sólo son ordinarios, por hallarse fuera del límite cuantitativo de ejercicio del 50% de su total, sino que, siendo intereses o por su carácter punitivo en términos concursales, quedarán subordinados, pero no hay manera, en cánones hermeneúticos, de concluir que esos créditos iuspúblicos son un "flattus calami" del legislador, reduciéndolos al otro elemento textual, que son los tributarios.

Ciertamente, hay un autor que lo defiende, pero razonando de forma plausible de manera paralegal, sin que se alcance cuál es el criterio interpretativo sistemático para ello, ya que se colocan los créditos de Derecho público en dos planos, según el sujeto recaudador, Hacienda o Seguridad Social, siendo que en ambos planos hay créditos fiscales y parafiscales - cuotas de cotización-, pero como igualmente otros créditos de Seguridad Social de recaudación conjunta, y también ingresos estatales no tributarios que conforman créditos de Derecho Público recaudados por la Hacienda, en el sentido de Recaudación de las Administraciones Públicas, no sólo estatales.

Por lo tanto, si se entiende que el régimen de cálculo del privilegio general de art. 91.4º LECO supone un divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados), la necesaria deducción del privilegio del art. 91.4º, de todo otro preferente en LECO, y un límite hasta el 50% para ejercer lo clasificado preferente en el concreto precepto, y puesto que no hay probados créditos dotados de superior privilegio para esta partida del fiador del Erario, ni tampoco subordinaciones, el cálculo de preferencia de la mitad exacta que realiza la demanda incidental ha de acogerse.

Por otro lado, un aval solidario de la devolución de unas subvenciones es un crédito sujeto a la condición del impago por la deudora principal, Matriner S.L., ya entonces se ejerza acción subrogatoria o de mero reembolso, siendo por tanto asimismo correcto calificar el crédito como contingente de art. 87.3 LECO, el cual eventualmente nacerá dotado del privilegio general de la Hacienda.": Sentencia JM-2 Bilbao 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06)

2.3 Cabe subrogación del avalista del deudor frente a la administración en el privilegio de ésta

Vid. la Sentencia JM-2 Bilbao 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06), transcrita en el apartado anterior.

- 5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4.º de este artículo.
- 6.º Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe.

Art. 91.6º

1. Cómputo en caso de pluralidad de acreedores solicitantes

“**PRIMERO** El objeto del procedimiento lo constituye nuclearmente la interpretación de lo previsto en el artículo 91.6 de la Ley Concursal como privilegio general reconocido por el legislador a los solicitantes del concurso conforme a lo siguiente:

«Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración del concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe».

En el presente supuesto los solicitantes son 21 personas con un crédito propio cada uno y solicitan la clasificación como general de sus créditos por un 25% del reconocido como ordinario por la administración concursal.

La administración concursal considera que ese 25% debe prorratearse en función de cada solicitante y participar en función del porcentaje que resulte de cada uno de ellos.

SEGUNDO La interpretación literal de la norma (art. 3 del Código Civil) parte específicamente de la solicitud de un solo acreedor (créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso) sin referirse a supuestos de acumulación de acciones subjetivas por la solicitud presentada por diferentes acreedores (art. 72 LECiv).

El artículo 252 de la LECiv señala, en los supuestos de fijación de la cuantía con pluralidad de objetos o de partes, la fijación de la misma ¿por lo que aquí interesa? de conformidad a la regla 1ª:

«Cuando en la demanda se acumulen varias acciones principales, que no provengan de un mismo título, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la cuantía de la acción de mayor valor».

Este precepto determina la acción principal mejor valorada a los efectos de cuantía del procedimiento lo que nos permitiría, con las ya apuntadas, tres soluciones a la interpretación del artículo 90.6 LC:

Que se fije el 25% del valor de cada uno de los solicitantes por su crédito.

Que se fije el 25 % del valor dividido entre cada uno de los solicitantes y del resultado proporcional aplicarlo a la cuantía de su crédito.

Reconocer el privilegio a partir de la acción principal de mayor valor por el 25%.

En una interpretación sistemática el último de los supuestos no podría aplicarse porque ello reduciría el privilegio respecto del único acreedor que tuviera la acción mejor valorada cuantitativamente y eliminando al resto de los acreedores de dicho privilegio.

Lo que hace la Ley concursal es una ficción de la cuantía global de los solicitantes entendiendo que estos deberán considerarse, a efectos del privilegio, como un solo acreedor y reconocer a los mismos un privilegio por la cuantía global de ese crédito del 25%.

Esto último nos situaría más cercano a la posición mantenida por la administración concursal que, como vemos, da un paso más en criterio de distribución de ese privilegio. Considerado el global como un solo crédito y partiendo del 25% de dicha globalidad lo que hace la administración concursal en su escrito de allanamiento es una distribución interna y correcta utilizando el privilegio concedido en proporción a los créditos de cada uno de los acreedores y para ello atribuyendo un tanto por ciento resultante de distribuir el total reconocido en la Ley por cada uno de los solicitantes y, posteriormente aplicar el resultado a cada crédito con lo que se obtiene la cuantía total del privilegio general de cada solicitante.

Y este cálculo es correcto pues ese sólo acreedor, sin embargo, no es sólo uno sino una pluralidad en acciones acumuladas lo que significa que hemos de repartir el privilegio por el número total de acreedores solicitantes a efectos de no consumir el privilegio en uno sólo, de no consumirlo respecto de un global que no distinguiría la pluralidad de acreedores o de consumir, en función de la voluntad del solicitante, al menos un 25% de la masa activa del concurso.

Señaló en el acto de la vista la impugnante que el resultado de dicha aplicación resultaría absurdo si partimos de que uno sólo de dichos créditos (el mayor) generaría una mayor cuantía que la aplicación del porcentaje correspondiente a cada uno de ellos. Y no es absurda esta solución porque el privilegio general concedido por el legislador tanto sirve para incitar a la solicitud de declaración del concurso como en cuanto a privilegiar al acreedor solicitante para satisfacer con ello los posibles gastos que hubiera tenido respecto de dicha solicitud y la pluralidad de acreedores solicitantes evitan dichos gastos tanto en cuanto a postulación como en cuanto a otros diferentes que se distribuyen, necesariamente, entre todos ellos.”: S JM-1 Málaga 23.05.2006 (AC 2006/1305)

“En lo que respecta a PR & SM WILKINSON, la misma señala en su escrito que al menos debe ser reconocido su privilegio general al 25% de conformidad al artículo 91.6 LC.

Bien es cierto que en los demás supuestos de los solicitantes del concurso la administración concursal ha reconocido, sin identificación de apartados concretos un privilegio general a los solicitantes por el 25% de su crédito cuando la interpretación del precepto (Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe) debe realizarse prorrateando ese 25% en función del número de solicitantes sin que este privilegio general afecte al 25% de cada uno de los créditos sino que afectará exclusivamente a la parte prorrateada correspondiente de su crédito en función de ese 25%. Por tanto el privilegio referido no lo es al 25% del crédito total del solicitante del concurso sino a la parte correspondiente al mismo una vez determinados los prorrateos correspondientes de ese porcentaje en relación a los créditos acumulados de los solicitantes.”: S JM-1 Málaga 29.03.2006 (AC 2006/1474)

Artículo 92. Créditos subordinados.

Son créditos subordinados:

- 1.º Los créditos 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.

Art. 92. 1º

1. Interpretación singular del JM-1 Madrid

“Sin embargo, el artículo 92.1 LC también prevé la calificación como créditos subordinados de aquellos que «no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta». Pudiera parecer que esta mención abre la vía para que aquellos créditos que no han sido en absoluto comunicados pudieran llegar a formar parte de la lista de acreedores por el trámite de la impugnación de la lista de acreedores. Entendemos que sostener esta tesis supone atribuir al cauce de impugnación de la lista de acreedores una virtualidad distinta a la que la Ley establece. En efecto, impugnar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, «combatir, contradecir, refutar». Esta contradicción precisa necesariamente de dos opiniones que previamente han sido contrapuestas. Y no hay contraposición de posturas relacionadas con la confección de la lista de acreedores -que se impugna- si el acreedor no ha insinuado previamente su crédito en el concurso. De ahí que el artículo 96.3 LC deba ser interpretado en el sentido de que la impugnación de la lista de acreedores podrá consistir en la inclusión de créditos, refiriéndose a aquellos que han sido previamente excluidos; o a la exclusión de créditos, respecto de los que han sido incluidos en la lista de acreedores, pero no podrá consistir en otra cosa. No puede mantenerse la tesis de que el artículo 92.1 LC abre una nueva vía -en este caso judicial- para el reconocimiento de créditos porque dicho precepto hace referencia a los créditos que no han sido comunicados «oportunamente». La «comunicación oportuna» no puede referirse a otra comunicación que no sea la prevista en el artículo 85.1 LC. Cualquier otra comunicación no podría verse calificada legalmente como oportuna. Hemos dicho que el artículo 92.1 LC no tiene como finalidad abrir un nuevo cauce para el reconocimiento de créditos, porque su fin es establecer reglas para la calificación de determinados créditos como subordinados.

Entendemos que cuando el artículo 92.1 LC hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente -dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por la Administración concursal- pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos.

De ahí que, para los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe, como ocurre con el de la entidad Zahonero, SL excluida la posibilidad de su calificación como de subordinados, no pueda ser otra la consecuencia que la de su exclusión definitiva del concurso. ”: Sentencia JM-1 Madrid 25.05.2005 (AC 2005/976)

“**SEGUNDO** Visto lo anterior, las hipótesis que podemos contemplar a los efectos de comunicación de créditos son las tres siguientes: a) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal dentro del plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC ; b) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal una vez transcurrido el plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe -o el prorrogado- según lo previsto en los artículos 74 y 191 LC; c) que el acreedor comunique su crédito a la administración concursal transcurrido el plazo para que la administración concursal presente su informe. En el primer caso, que debe ser el supuesto normal, la consecuencia es que la administración concursal examinará la solicitud presentada por el acreedor junto con la documentación aportada, y valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y con que eficacia (artículo 86.1 LC).

TERCERO El segundo supuesto se corresponde con lo que la Ley califica comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. No podemos desconocer que el artículo 86.1 LC impone a la administración concursal la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

CUARTO El último de los supuestos que hemos enumerado en el segundo fundamento de esta resolución es el de la comunicación del crédito con posterioridad a la entrega del informe por parte de la administración concursal. Se corresponde con el caso que se nos plantea como consecuencia de la comunicación efectuada por la entidad Telefónica de España, SAU. Estamos ante la situación en la que el acreedor ha comunicado su crédito con posterioridad a la entrega por parte de la administración concursal del informe en cuya lista de acreedores no figura el referido crédito, toda vez que consta en autos que la fecha de la última publicación del Auto de declaración del concurso es la del 27 de noviembre de 2004, el informe de la administración concursal fue presentado el día 29 de diciembre de 2004, y el escrito de comunicación del crédito fue presentado por Telefónica de España, SAU. el día 25 de febrero de 2005. En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos que obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. De ahí que, habida cuenta del momento procesal en que se encuentra el concurso, y sobre la base de lo razonado en la presente resolución, deba rechazarse a todos los efectos la comunicación del crédito efectuada por la entidad Telefónica de España, SAU mediante el escrito presentado en fecha 25 de febrero de 2005, sin que proceda atribuir a tal comunicación efecto legal alguno en el concurso.”: Auto JM-1 Madrid 10.03.2005 (AC 2005/287)

2. Inclusión como no subordinado del crédito comunicado tardíamente, por el importe que constaba en el concurso

“SEGUNDO.- Cuestión distinta es la referente a la aplicación que la administración concursal ha hecho de la regla de postergación de créditos comunicados tardíamente que establece el artículo 92.1 de la Ley concursal, sin tener en cuenta que la clasificación de un crédito comunicado fuera de plazo como subordinado tiene como excepción, entre otras, el supuesto de que se trate de créditos que resulten de la documentación del deudor o que constaren de otro modo en el concurso. Y así, en la relación aportada con la solicitud inicial de la concursada figura la TGSS como acreedora por 111.787,26 €, de modo que el crédito por ese importe ya constaba en el concurso y, con toda seguridad, también en la documentación del deudor. La postergación del crédito de la Tesorería por ese importe, desde el momento en que consta en el concurso, no puede ya sustentarse en el artículo 92. 1 de la LC sino, en su caso, en la ubicación concreta del crédito o de partes del mismo en alguna de las demás hipótesis del mismo artículo 92.

No cabe, en cambio, sostener que la administración concursal conoció oportunamente -es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 85 de la LC- que el crédito de la TGSS ascendía a los 144.514,59 € tardíamente comunicados. Esa afirmación no tiene otro sustento que el conocimiento que la TGSS tuvo de un borrador de informe que le fue erróneamente remitido por correo electrónico desde el Juzgado el día 9 de junio (se remitió el contenido íntegro de un disco facilitado por la administración concursal que en realidad contenía dos archivos, uno era la copia del informe presentado en el Juzgado y otro un documento de trabajo que la administradora del concurso no había borrado al entregar el disco en el Juzgado). De ese error, aclarado desde el juzgado el día 10 de junio, no cabe inferir en modo alguno que la administradora concursal haya tenido conocimiento oportuno, extraído de la documentación del deudor, del importe exacto del crédito de la SS.

TERCERO.- Así pues, la demanda debe ser parcialmente estimada en el sentido de limitar la postergación correspondiente a créditos comunicados fuera de plazo a los 32.727,33 € de diferencia que no constaban en el concurso. Los 111.787,26 € restantes, ya inicialmente reconocidos por el deudor, deben ser clasificados según su naturaleza y esta clasificación

corresponde hacerla a la administración concursal en su informe definitivo (artículo 96. 4 de la LC) siguiendo las premisas siguientes:

Se considerará que la comunicación fuera de plazo afecta a los créditos correspondientes a las últimas liquidaciones, según criterio temporal, de las incluidas en la "relación de deudas" de la certificación de la TGSS. Si para obtener la cifra exacta de 111.787,26 € fuera necesario escindir parte de la deuda consignada en alguno de los documentos de la referida relación, se tomará en primer lugar de la correspondiente al recargo.

La administración concursal clasificará el crédito así obtenido por importe de 111.787,26 € siguiendo los mismos criterios de la certificación de la TGSSy sus anexos. Puesto que no se ha suscitado debate alguno al respecto entre las partes ni se ha sometido en consecuencia esta cuestión a la decisión del juzgado, no es posible -en obediencia al principio de justicia rogada- imponer en este caso un criterio diferente de clasificación -en lo referente a recargos y al alcance del privilegio del artículo 91. 4 de la LC- como el que se ha ordenado seguir en sentencias incidentales que resolvieron esta cuestión otros concursos de este mismo Juzgado.": Sentencia JM-1 La Coruña 7.09.2005 (Incidente Concursal 160/2005)

"Primero.- La trascendencia que tiene la insinuación del crédito por parte del acreedor, dentro de plazo o no, es relativa ya que podría calificarse como ordinario, de haber justificantes de dicho crédito en la documentación del deudor, pero será inevitablemente como subordinado si es extemporáneo y no está acreditado con la documentación del deudor, todo ello conforme al art. 92-1º de la LCON.

Por tanto el simple hecho de estar presentados fuera de plazo, no genera en si mismo la calificación de subordinados, si la administración concursal valora la documentación, la contrasta con la aportada por el deudor, y entiende correcto el crédito en su calificación como ordinario. Y aún no se ha presentado el informe de la administración concursal.": Auto JM-1 Lleida 20.11.2006 (Concurso 81/2006)

"PRIMERO.- En el presente incidente la mercantil SAT BUÑUEL 610 NA impugna la lista de acreedores inserta en el informe provisional de la Administración concursal del concurso seguido ante este Juzgado con el número 12/06, pretendiendo que el crédito a su favor reconocido por la administración concursal por importe de 14.641,73 se aumente a la cifra de 40.968,15 euros y se califique como ordinario en lugar de subordinado la suma que le ha sido reconocida por la Administración concursal.

Alega como hechos en los que fundamenta su pretensión que la concursada, la mercantil Gil Gómez Pérez, le adeuda la suma total de 40.968,15 euros que se corresponden con tres facturas de fechas 30 de Noviembre, 31 de Octubre y 15 de Diciembre de 2005 por importe respectivamente de 20.523,57, 1.401,40 euros y 19.043,18 euros. Y que si bien efectuó la comunicación de su crédito de forma tardía, la suma que le ha sido reconocida por la Administración concursal, esto es, 14.641,73 euros, resulta de la documentación del deudor, por lo que por aplicación de lo dispuesto en el art. 92 de la LC ha de ser calificado de ordinario.

SEGUNDO.- Frente a dichas pretensiones se opuso la Administración concursal argumentando que si bien dos de las tres facturas cuyo reconocimiento interesa la actora, la número 2629 de fecha 31 de Octubre de 2005 y la 2688 de fecha 30 de Noviembre del mismo año, constan en la contabilidad de la mercantil concursada hay una nota en la contabilidad de una compensación de saldos que deja el importe de la factura en la suma de 14.641,73 euros cantidad que le ha sido reconocida a la actora. Y que la tercera factura cuyo reconocimiento pretende la actora, la número 2913 por importe de 19.043,18 euros, no la reconocen al no acreditar la entrega.

TERCERO.- Centrados en los anteriores términos son dos las cuestiones suscitadas en la presente litis.

En primer lugar, la calificación que ha de darse a los 14.641,73 euros que han sido reconocidos por la administración concursal, si de crédito ordinario, como interesa la actora incidental, o de subordinado, como mantiene la administración concursal.

La administración concursal considera que han de clasificarse entre los créditos subordinados toda vez que fueron comunicados por la actora incidental después incluso de que hubieran presentado su informe.

Ciertamente el art. 92 de la LC, entre los supuestos concretos de subordinación que recoge, prevé en primer lugar el caso de los créditos comunicados tardía o inadecuadamente, pero el mismo precepto excepciona de tal consideración aquellos créditos que resultaron de la documentación del deudor, como acontece en el supuesto que nos ocupa, en cuyo caso tendrá el carácter que le corresponde según su naturaleza, que a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 89 de la LC será el de ordinario.

CUARTO.- La segunda cuestión que se suscita es si procede o no reconocer la tercera de las facturas comunicadas tardiamente, pero cuya existencia no deriva de la contabilidad del deudor, esto es la número 2913 por importe de 19.043,18 euros.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que a tenor de la doctrina de la carga probatoria consagrada en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación a tenor de lo dispuesto en la disposición final décimoprimera de la Ley Concursal, incumbe a la actora acreditar que la mercancía que refleja dicha factura fue efectivamente recepcionada por la mercantil declarada en concurso.

Pues bien, en el presente supuesto la actora no ha dado puntual cumplimiento a tal postulado probatorio pues de la comunicación de la relación de los viajes realizados para Gil Gómez Pérez S.L por la empresa de transporte Agustín Fuentes, y que se aporta junto a la demanda incidental, no se infiere la realidad de las entregas de las mercaderías que refleja la factura controvertida.

En consecuencia, procede acoger parcialmente la demanda de forma que el crédito por importe de 14.641,73 euros reconocido por la administración concursal en su informe ha de ser calificado como crédito ordinario, en lugar de subordinado, rechazando el resto de pedimentos.”: Sentencia JM-1 Murcia 29.11.2006 (Incidente Concursal 170/2006)

3. Tratamiento de los créditos para cuya determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas

“La rigidez con la que se regula el plazo de insinuación de créditos podría llevar a considerar que los créditos no insinuados en el plazo legal – 30 días desde la publicidad del auto de declaración de concurso – y la no impugnación del informe – artículo 97 – tienen como consecuencia que los créditos no insinuados quedan fuera del concurso. Sin embargo el artículo 92.1 determina que no puedan ser calificados como subordinados créditos de insinuación tardía cuando para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones públicas. El artículo 134.1 – cuando habla de la eficacia del convenio – advierte de la posibilidad de que haya créditos concursales que no hubiesen sido reconocidos, la falta de reconocimiento en el informe no determina que dichos créditos no existan y no deban ser tenidos en cuenta. La posibilidad de que la administración como consecuencia de su actividad inspectora conozca o determine créditos anteriores a la declaración de concurso es una realidad a la que ya se enfrentan los juzgados concursales puesto que los mecanismos de control de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública no se activan en muchas ocasiones hasta que no se ha declarado el concurso y las garantías de este sistema de inspección determina que no puedan determinarse ni tan siquiera de modo provisional los créditos pendientes – con sus correspondientes sanciones y recargos – durante la fase de insinuación. De un modo un tanto pragmático se ha planteado la posibilidad de que se insinúen como créditos contingentes pero lo cierto es que esa insinuación contingente es arriesgada. Parece más razonable que mientras exista activo en la concursada – es decir antes de la conclusión del concurso conforme al artículo 176 – se dé entrada en el procedimiento a aquellos créditos anteriores a la declaración de concurso y que, sin embargo, por causa justificada no se determinan sino tras la conclusión de la fase común. Los administradores concursales al actualizar la situación de la masa pasiva en fase de liquidación pueden introducir estas modificaciones con la debida justificación y someter la fiscalización de la misma al correspondiente incidente concursal.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 10

3.1 Interpretación amplia: actuación inspectora como mecanismos de comprobación

“SEGUNDO.- Se plantea en primer lugar si las cantidades correspondientes a la diferencia entre los 9.413,67 € de la liquidación comunicada el 10 de mayo de 2005, transcurrido ya el plazo de comunicación de créditos, y las 4.457,17 € de la liquidación comunicada el 11 de marzo de 2005, dentro de tal plazo, ha de ser reconocido a la actora incidental y, de aceptarse así, si ha de considerarse como un crédito subordinado por estar comunicado tardíamente.

De la documentación aportada resulta que tales cantidades corresponden a conceptos devengados hasta el día de la declaración del concurso (10 de enero de 2005). La mención que se hace en la certificación obrante al f. 14 de que tal es la deuda existente al día de la certificación, 29 de abril de 2005, es claramente un error material manifiesto derivado del uso de un impreso prerredactado, como se observa si se compara con el cuadro del f. 15 y la certificación y cuadro obrante a los f. 23 y 24.

Entiendo que las cuotas de la Seguridad Social en cuestión, o bien resultaba su adeudo de la propia documentación del deudor (o debía haber resultado si tal documentación contable, fiscal, laboral y tributaria hubiera sido llevada de modo regular), pues se trataba de devengos correspondientes a trabajadores en nómina del mismo, o bien, si no resultara su adeudo de tal documentación, es que era preciso la labor inspectora de la Administración para descubrir la procedencia de su adeudo.

Tanto en uno como en otro caso se está en las excepciones que el art. 92.1º de la Ley Concursal prevé respecto de la consideración como subordinados de los créditos

comunicados tardíamente. Por tanto, no procede considerar tales créditos como subordinados, pese a su comunicación tardía.”: Sentencia JM-1 Sevilla 22.09.2005 (Incidente Concursal 235/2005)

“TERCERO.-La siguiente impugnación que efectúa la Tesorería General de la Seguridad Social se basa en que la administración concursal ha tenido en cuenta para la elaboración de la lista de acreedores los créditos que constan en la primera certificación administrativa presentada por la Tesorería con fecha 24 de octubre de 2005, y no ha tendido en consideración la presentada en segundo lugar con fecha 28 de noviembre de 2005. La administración concursal se muestra conforme con este extremo. La concursada manifiesta que al haber sido comunicados transcurrido el plazo de comunicación de créditos deben tener la calificación de créditos subordinados.

El art. 86.2 LC, regula los supuestos de reconocimiento obligatorio y establece que han de ser incluidos necesariamente en la lista de acreedores, los créditos que consten en certificación administrativa. Por tanto, los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social que constan en la certificación administrativa de 28 de noviembre han de ser reconocidos. El informe de la administración concursal se presentó el 21 de noviembre de 2005, y por tanto la segunda certificación administrativa se ha presentado transcurrido el plazo de comunicación de créditos. La cuestión que se plantea es la de si, dada la comunicación tardía, los créditos que no figuraban en la certificación de 24 de octubre de 2005, han de ser postergados, conforme al art. 92.1º, y calificados como créditos subordinados, como pretende la administración concursal. Conforme al art. 92.1º LC, “Los créditos 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”. Por tanto según dicho precepto, han de ser reconocidos los créditos que consten en la certificación administrativa de 28 de noviembre de 2005, y como para su determinación es precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas, no se produce la postergación de los créditos, sino que han de tener la naturaleza que les corresponda. “:Sentencia JM-1 Sevilla 07.02.2006 (JUR 2006/150150)

“La administración concursal considera extemporáneamente comunicado el crédito de la TGSS, que tiene lugar no sólo superado el plazo de un mes que disponen los arts. 85.1 y 21.1.50 LC, sino incluso después de emitido el informe de la administración concursal, al que adjunta la lista de acreedores. Como el demandante esgrime el art. 92.1 LC, que autoriza a excluir de la calificación de subordinados a aquellos créditos que han sido comunicados tardíamente “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 le corresponda según su naturaleza”, la administración concursal opone que la comunicación realizada no es consecuencia de tal labor inspectora, sino del simple retraso en la comprobación de la existencia de saldos. No puede compartirse el parecer de la administración concursal. Aunque cierto es que se han superado notablemente los términos que dispone la LC, la norma establece una excepción derivada del tratamiento particular que merecen las deudas que afloran tras la actividad inspectora de ciertos organismos públicos. Aunque la administración concursal entienda que no hay inspección, sino un funcionamiento ordinario que seguramente deba modificarse, lo cierto es que precisamente la labor de comprobación de la TGSS es la que permite constatar, con algún retraso; la existencia del crédito. Esa labor de comprobación, como se califica por la demandada, no es más que la inspección propia de todo organismo recaudador, de manera que no puede hacerse una hermenéutica restrictiva de quien interviene en defensa de un interés público, y ha de considerarse que la excepción del art. 92.1 LC es de aplicación y no se ha comunicado de manera extemporánea la totalidad del crédito”: Sentencia JM-1 Bilbao 15.02.2006

“La administración concursal considera extemporáneamente comunicado el crédito de la TGSS, que tiene lugar no sólo superado el plazo de un mes que disponen los arts. 85.1 y 21.1.5º LC, sino incluso después de emitido el informe de la administración concursal, al que adjunta la lista de acreedores.

Como el demandante esgrime el art. 92.1 LC, que autoriza a excluir de la calificación de subordinados a aquellos créditos que han sido comunicados tardíamente «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 le corresponda según su naturaleza», la administración concursal opone que no hay tal, sino que se «encubre una comunicación tardía del crédito».

No puede compartirse el parecer de la administración concursal. Aunque cierto es que se han superado notablemente los términos que dispone la LC, la norma establece una excepción derivada del tratamiento particular que merecen las deudas que afloran tras la actividad inspectora de ciertos organismos públicos.

Aunque la administración concursal entienda que la comunicación se verifica fuera del plazo general para el resto de acreedores, lo cierto es que precisamente la labor de comprobación de la TGSS. es la que permite constatar, con algún retraso, la existencia del crédito. Esa labor de comprobación, como se califica por la demandada, no es más que la inspección propia de todo organismo recaudador, de manera que no puede hacerse una hermenéutica restrictiva de quien interviene en defensa de un interés público, y ha de considerarse que la excepción del art. 92.1 LC es de aplicación y no se ha comunicado de manera extemporánea la totalidad del crédito.

Pero además ha de insistirse, dado que es recurrente en los incontables procedimientos concursales que se tramitan y dan lugar a este tipo de incidentes, que no sólo corresponde al acreedor poner de manifiesto el importe y clase de su crédito, sino que es obligación principal y decisiva de la administración concursal incluirlos en la lista incluso si no hay comunicación.

La administración concursal, en efecto, se encuentra en mejor situación que nadie para determinar los créditos que procede incluir en la lista. No puede limitarse, porque la Ley se lo impide, abriendo incluso la posibilidad de exigencia de responsabilidad (art. 36 LC), a incluir aquéllos créditos que se comuniquen en la forma que previenen los arts. 85 y 21 LC.

El capítulo III del Título IV de la Ley Concursal regula esta materia y dispone en su art. 86 que corresponde a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión de los créditos en la lista de acreedores «puestos de manifiesto en el procedimiento». El crédito se pone de manifiesto, según el apartado 1 del art. 86 tanto mediante la comunicación personal de los acreedores «como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso».

Hay que recordar que es obligación del deudor tanto en el concurso voluntario como en el necesario, aportar la contabilidad (art. 6.3.1º y 21.1.3º LC), y comparecer, colaborar e informar en todo momento con la administración concursal (art. 42 LC). Por lo tanto, la administración concursal está obligada a indagar, a la vista de los libros y cuentas, e intimar si es preciso al deudor, en la situación patrimonial del mismo y, en consecuencia, en las obligaciones que ha adquirido.

Pero además en una materia como la que nos ocupa, créditos devengados por emplear a trabajadores, es bien escasa la dificultad que pueda encontrar. La administración concursal, con la colaboración del deudor, puede constatar con suma facilidad cuáles son los trabajadores empleados, los salarios que perciben, las retenciones que se practican y los retrasos o impagos que pudiera haber. Nadie, mejor que la administración concursal, está en disposición de concretarlas, máxime cuando ha recibido las sucesivas certificaciones, a cuyo fin es irrelevante que se hayan presentado en el juzgado o dirigido directamente a la administración.

Las excusas opuestas, esgrimiendo el mal funcionamiento de la Tesorería, que indudablemente agobia con el trasego de certificaciones que aporta, quedarían acalladas con proceder tan simple como el de constatar las retenciones practicadas, las no ingresadas, y la deuda que en definitiva mantiene la concursada y que conoce perfectamente, pues se ha aprovechado de su importe al no ingresarlo como estaba obligada.

La administración concursal no puede escudarse en el retraso en la comunicación de crédito, ciertamente importante pero en todo caso amparado por la especialidad del sujeto público y la excepción del art. 92.1 LC, para no incluir los recargos, con la calificación que proceda, la cuota obrera y los demás créditos del concursado. Su trabajo, al menos en ese apartado, es relativamente sencillo si cuenta con la deseable y en todo caso exigible cooperación del deudor.

En consecuencia, pese a la comunicación tardía de la TGSS, que indudablemente habrá de solucionar algún día la anormal multiplicación de certificaciones, la administración concursal debe también atender su obligación, que en éste y en otros significativos casos, como los del art. 86.2 (créditos derivados del expediente del art. 64 LC, los que resulten de los libros y documentos del deudor, los que por cualquier otra razón consten en el concurso.), deben ser integrados en la lista incluso sin comunicación de su titular.": Sentencia JM-1 Bilbao (Vizcaya) 03.03.2006 (AC 2006/460)

“PRIMERO.- La versión judicial de los hechos resulta incontrovertida entre las partes, toda vez que entre el Informe y los montos de los créditos iuspúblicos de la TGSS, en lo primitivamente reconocido, y lo certificado después de publicado el Informe, no existe divergencia. El punto de debate, con base en documentos, son las operaciones técnico jurídicas de reconocimiento y de graduación concursales de los créditos de la TGSS.

SEGUNDO.- La TGSS deduce su impugnación a los textos del Informe de la Administración Concursal, en una doble línea: el incremento de la cantidad adeudada y reconocida con fundamento en una certificación posterior a la elaboración del Informe, como se hace constar en el Informe, de un lado, y el itinerario de cálculo del privilegio general de art. 91.4° LECO, de otro.

La Administración Concursal se resiste, en cuanto a lo primero, considerando que el aumento de crédito reconocido procede, pero con la calificación de subordinado por morosidad de art. 92.1° LECO, en tanto que no ha habido actuación inspectora de la TGSS, de la que se haya proporcionado conocimiento a la Administración Concursal. Y en cuanto a lo segundo, corroborando la tesis interpretativa asignada de art. 91.4° LECO.

Como el Juzgador no conoce de decisión de segunda instancia, ni siquiera en otra Audiencia provincial de las de esta Comunidad, y por ello, no percibe razón contraria a la seguridad jurídica para alinearse con un razonar distinto al expresado con anterioridad como respuesta a ambos conflictos, ratificará los cálculos de la Administración Concursal en la lista de acreedores, bien que con arreglo a la última certificación de crédito de la TGSS, sin subordinar el aumento.

En cuanto a esto último, se rechaza la inteligencia combinada de arts. 86.2 y 92.1 ° LECO, como semeja postular la TGSS para las cantidades certificadas como resultado de la actuación inspectora de una Administración pública institucional, como no cabe dudar es dicho Servicio Común, en el sentido de que resulte indiscutible, y deban necesariamente reconocerse como créditos concursales, y ello en cualquier momento, de modo que, no obstante se certifiquen fuera del plazo común para reconocimiento de créditos, su calificación no puede padecer la subordinación por morosidad. Un punto justo parece más matizado.

El art. 86.2 LECO no puede significar nada más allá de lo que conceptualmente admite su mandato, de modo que no puede necesariamente tener que incluirse en la lista de acreedores un crédito de los que se reseñan en el precepto, si se ignora válidamente por la Administración Concursal para cuando, en tiempo y forma, presenta al Juzgado la lista de acreedores como parte de su Informe. Y el art. 92.1 ° LECO, al prever créditos no comunicados que sean incluidos en la lista de acreedores por la sentencia dimanante de la impugnación de aquélla, salvándoles de la morosidad sin embargo, tanto puede referirse a los comunicados tardíamente, como a los comunicados en su plazo o tardíamente que la Administración Concursal haya "agraviado" -es decir, no incluidos, o en cantidad deficitaria, o con clasificación deprimida-, como, en fin, a los que tuvo delante la Administración Concursal, por la documentación o contabilidad del deudor, o de cualquier otra forma de constancia, evidentemente antes de elaborar, suscribir, y llevar el Informe a la Secretaría del Juzgado, cuando ya no puede modificarse más que a través de las previsiones de art. 96 LECO.

No es dudoso que, se certifique cuando sea, haya de vincular indestructiblemente en cuanto a la clasificación del crédito a la Administración Concursal. Y aun puede dudarse que la certificación tempestiva de la TGSS suponga la inclusión exacta en la lista de acreedores por la Administración Concursal, sin poder discutirse el importe, dado que el art. 86.3 LECO impone una necesaria inclusión, y no la sujeción a una cuantía que eventualmente pueda discrepar de la documentación a la vista del Administrador, como por otro lado, corrobora la prácticamente inevitable secuencia de certificaciones que acostumbra proponer la TGSS, divergentes en detalles aritméticos por errores u omisiones. En todo caso, no es aquí lo que plantean las partes como problemático.

La certificación posterior a la exposición del Informe, cuando no se sostenga que represente datos que debían constar al Administrador Concursal por otras vías en el procedimiento o los papeles del concursado, y a medio de la cabal impugnación de la lista de acreedores, en puridad, así lo indicado, no se correspondería con un debate relativo a la labor de decantación de la masa pasiva en la lista de acreedores, puesto que lógicamente se censuraría una exclusión o mengua inimputable a quien confeccionó dicha lista de acuerdo con los hechos que le constaban.

En estos Juzgados de lo Mercantil, no obstante saberse de algunas resoluciones rigoristas de otras demarcaciones, se opta por interpretar el art. 92.1 ° LECO en sentido amplio, en su línea finalística, puesto que se atiende a la ineptitud de la Administración Pública para reaccionar con rapidez y ductilidad, por sus condicionantes burocráticos, lo cual no puede llevar al extremo de negar que deba haber un punto temporal en que se determinen definitivamente las masas, sin lo que las soluciones del procedimiento no pueden culminar.

Además, la interpretación más favorable "*pro actione*" es la que conviene a la presencia de los absurdos plazos paralelos de arts. 95.1 y 96.1 LECO -absurdos por razón de la simultaneidad de la presentación del Informe y la comunicación personal a acreedores "agraviados"-, en el sentido de llevar siempre el límite en los diez días hábiles siguientes a la última publicación oficial del Informe.

Así como en cuanto a la graduación crediticia el principio hermenéutico para las preferencias de los créditos iuspúblicos debe ser restrictivo, se entiende que, en la ideología legal, precisamente por el retardo sistémico de la cuantificación de créditos por las

Administraciones Públicas, derivado de sus mecanismos de adverbación complejos, en garantía de la presunción de legalidad que se les asigna, el correlativo principio para el reconocimiento de tales créditos debe ser extensivo.

Por ello mismo, cuando la norma se refiere a la actuación inspectora, se está refiriendo a estos mecanismos de adverbación respecto de créditos que, por definición, al ser concursales que preexistían al concurso, debían estar contabilizados en la empresa deudora, y ser reconocidos espontáneamente por la Administración Concursal.

Otro asunto es una genuina labor inspectora de la Recaudación, con relación a extremos en que se discrepe de hecho con la Administración Concursal. Si existiera, debe tenerse en consideración, y si no existiera, y esa fuera la pretensión de la TGSS, del debate del "quantum" por hechos ocultos o eludidos, habría de probarse cabalmente en el proceso.

De modo que se estima proceder el objeto de certificaciones administrativas en el trámite incidental de impugnación de la lista de acreedores, siempre que las certificaciones se causen dentro de los límites temporales para impugnar, y no se alegue que pertenece a una divergencia que justificara una real inspección, o necesitara prueba "ex professo": Sentencia JM-2 Bilbao 28.07.2006

3.2 Interpretación estricta del concepto de actuación inspectora

"PRIMERO.- Se impugna por la TGSS la calificación realizada por la Administración concursal y propone en su escrito de demanda la siguiente: crédito total 39.508.42 euros; crédito incluido en el 91.4 LC 19.754,21 euros (50% del anterior) cuota patronal; crédito incluido en el 91.2 LC: 5.851,68 euros cuota obrera; crédito ordinario del art. 89.3 LC 13.902,52 euros. Por la vigencia del principio dispositivo y de rogación, y a la vista de las alegaciones de la administración concursal, procede reconocer un montante total de deuda a la TGSS, de 40.797,57 euros, cantidad además que resulta casi coincidente con la propuesta por la concursada, existiendo una pequeña discrepancia entre las partes sobre los seguros sociales. Muy posteriormente, la TGSS presentó escrito donde solicitaba se le reconociera un crédito a su favor de 65.968,92 euros, crédito que en modo alguno puede tenerse en consideración por cuanto su alegación es absolutamente extemporánea, y rige, a pesar de ser un procedimiento concursal, el principio dispositivo y de rogación, además de el de preclusión de plazos. Por ello, no se entrará ni siquiera a examinar la solicitud extemporánea de la TGSS, no resultando admisible tampoco el argumento utilizado sobre el desconocimiento de la TGSS de la existencia de esa deuda ni la existencia de un procedimiento de inspección que no justifica en modo alguno": Sentencia JM-1 Logroño 28.03.2006

3.3 Este precepto no permite incluir créditos con posterioridad a la firmeza de la lista de acreedores

"PRIMERO: El objeto del presente recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, que aprueba el plan de liquidación de los bienes y derechos de la masa activa de la entidad concursada (...) radica en el pronunciamiento denegatorio relativo pretensión formulada por el Abogado del Estado, de que (...)se incluyan los créditos comunicados tardíamente, precisamente por ser consecuencia de la actuación inspectora de la Administración Tributaria. (...)

TERCERO.- Se plantea en último lugar si la comunicación a la administración concursal efectuada el día 2 de septiembre de 2005, con posterioridad a la fase común del concurso, de nuevas deudas, complementaria de la certificada y reconocida en el informe definitivo deben quedar dentro o fuera del concurso. La última solución es la adoptada por el Juzgador de instancia, que aceptamos, por cuanto si bien se trata de un crédito anterior a la declaración del concurso resulta de la actividad inspectora de la Administración tributaria, no estaríamos ante un caso de comunicación tardía del art. 92.1 LC.

Las consecuencias que el artículo 92.1 LC determina a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. No podemos desconocer que el artículo 86.1 LC impone a la administración concursal la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

Pero estamos ante la situación en la que el acreedor ha comunicado su crédito con posterioridad a la entrega por parte de la administración concursal del informe, y por ello

debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LCel cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. En definitiva consideramos que cuando el artículo 92.1 LC hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente -dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por la Administración concursal- pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos. Por ello, los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe, lógicamente no reconocidos como contingentes en la lista definitiva deben excluirse definitivamente del concurso, aun cuando sean consecuencia de la actividad inspectora de la administración.

De admitir lo contrario, ocurriría lo mismo que en el supuesto examinado en el fundamento anterior, sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volviendo a clasificar los créditos por la administración concursal, e iniciar a continuación la liquidación bajo esas nuevas premisas, lo que no parece lógico ni consecuente con los postulados de la Ley Concursal.": Sentencia AP La Coruña 26.06.2006 (JUR 2006/220414)

“TERCERO En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, nuestro criterio, coincidente con el del auto impugnado, lo hemos exteriorizado por primera vez en nuestro auto de 26 de junio del año en curso (AC 2006\ 1563) en el que señalábamos:

«Se plantea en último lugar si la comunicación a la administración concursal efectuada el 2 de septiembre de 2005, con posterioridad a la fase común del concurso, de nuevas deudas, complementaria de la certificada y reconocida en el informe definitivo deben quedar dentro o fuera del concurso. La última solución es la adoptada por el Juzgador de instancia, que aceptamos, por cuanto si bien se trata de un crédito anterior a la declaración del concurso resulta de la actividad inspectora de la Administración tributaria, no estaríamos ante un caso de comunicación tardía del art. 92.1 LC.

Las consecuencias que el artículo 92.1 LC determina a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. No podemos desconocer que el artículo 86.1 LC impone a la administración concursal la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que se le hayan comunicado expresamente, como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización del plazo para que la administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

Pero estamos ante la situación en la que el acreedor ha comunicado su crédito con posterioridad a la entrega por parte de la administración concursal del informe, y por ello debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso. En definitiva consideramos que cuando el artículo 92.1 LC hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la

Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente ?dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por la Administración concursal? pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos. Por ello, los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe, lógicamente no reconocidos como contingentes en la lista definitiva deben excluirse definitivamente del concurso, aun cuando sean consecuencia de la actividad inspectora de la administración.

De admitir lo contrario, ocurriría lo mismo que en el supuesto examinado en el fundamento anterior, sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volviendo a clasificar los créditos por la administración concursal, e iniciar a continuación la liquidación bajo esa nuevas premisas, lo que no parece lógico ni consecuente con los postulados de la Ley Concursal ».

Las modificaciones que procedan a las que se refiere el art. 96.4 de la LC son las derivadas de la sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil en el incidente concursal sobre la impugnación de créditos, y no se configura, cual pretende la parte apelante como una nueva oportunidad de inclusión cualesquiera otros, derivados de extemporáneas reclamaciones, lo que exigiría la apertura de una nueva e indefinida fase de impugnación, so pena de generar indefensión a las otras partes en el procedimiento.”: Sentencia AP La Coruña 24.11.2006 (AC 2006/2296)

“Y en cuanto al crédito anterior a la declaración de concurso que resulta de la actividad inspectora de la administración tributaria, no tiene encaje en el artículo 92. 1 de la Ley concursal, ha quedado definitivamente fuera del concurso y habrá de ser abonado por la deudora, en su caso, una vez concluso el concurso y satisfechos todos los créditos concursales, sin perjuicio de la responsabilidad tributaria de los administradores de la entidad concursada. La hipótesis de comunicación tardía del artículo 92. 1 de la Ley concursal es la de los créditos que, pese a son incluidos por los administradores concursales en la lista de acreedores, o por el Juez al resolver sobre la impugnación de la lista; se refiere pues a los créditos que se comunican en el periodo intermedio entre la finalización del plazo de insinuación y la elaboración del informe, o incluso -en una interpretación amplia- a los que se comunican por la vía irregular de la impugnación de la lista de acreedores. Quiere ello decir que finalizado el plazo de impugnación de la lista, presentado el informe definitivo y finalizada la fase común ya no es posible reconocer nuevos créditos concursales, anteriores a la declaración, aun en el caso de que hayan aflorado como consecuencia de la actuación inspectora de las administraciones públicas iniciada con ocasión de la declaración de concurso (a salvo la eventualidad de los que hayan sido reconocidos como contingentes en la lista definitiva, lo que no es el caso).”: Auto JM-1 La Coruña 12.12.2005 (Concurso 49/2004)

“Dada cuenta del anterior escrito del Letrado que representa a la TGSS y, de conformidad con el criterio de este Juzgado, en varias sentencias de impugnación de la lista de acreedores del Informe de la Administración Concursal, después de expirado el plazo para dicha impugnación, y siendo textos definitivos del Informe los que resultan de la sentencia que, en su caso, se dicta ex art. 96.4 LECO, no ha lugar a tramitar ningún ulterior reconocimiento de crédito concursal, y en cuanto a los créditos contra la masa, relacionados o no en la lista anexa al Informe, su régimen es el del art. 154 LECO, por lo que procede la devolución del escrito y documentos presentados a su presentante, con la notificación de esta resolución”: Providencia JM-2 Bilbao 01.09.2006

4. Créditos que consten en otro procedimiento judicial

“El artículo 92 de la Ley Concursal que relaciona una nueva categoría de créditos acuñada por la Ley, la de créditos subordinados, señala textualmente en su ordinal primero que son créditos subordinados “los créditos 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 la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultara de la documentación del deudor, contaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial...” (el subrayado es del Juzgado).

Pues bien, el crédito de 564'27€ esta reconocido judicialmente como hemos apuntado, motivo

por el cual es de aplicación la tercera de las excepciones señaladas a la regla general de postergación de los créditos comunicados tardíamente y, por tanto, ha de ser reconocido en la lista como crédito ordinario. ": Sentencia JM-1 Murcia 23.01.2007 (Incidente Concursal 237/2006)

- 2.º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de 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.

Art. 92.3º

1. El crédito por interés garantizado por hipoteca no es subordinado

“SEGUNDO.- Calificación del interés garantizado por hipoteca

El art. 96 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) establece que podrá impugnarse la cuantía y calificación de los créditos que la administración concursal haya reconocido en su informe. La administración concursal calificó parte del crédito como subordinado, porque entendió que el art. 92.3 LC le obligaba a ello.

Sin embargo tal precepto bien claramente dispone que el crédito por interés tiene carácter subordinado "salvo los correspondientes a créditos con garantía real, hasta donde alcance la respectiva garantía". La regla es coherente con lo dispuesto en el art. 59.1 LC que ordena la suspensión del devengo de interés desde la declaración de concurso "salvo los correspondientes a créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía".

De tales normas se desprende que es regla la subordinación del interés que devengue cualquier crédito contra el concursado, y excepción a ese régimen el interés garantizado con hipoteca, hasta donde alcance. Es decir, el tratamiento que algunos han llamado "antiprivilegiado" del crédito subordinado no alcanza, por disposición legal, al importe al que se extiende la garantía hipotecaria. Ese crédito, en su totalidad, es decir, en su principal, intereses moratorios o remuneratorios garantizados y costas, no se rige por la regla que sea aplicable según la naturaleza de cada concepto, sino por la especial del art. 90.1.1º LC. La norma ha excluido por lo tanto la aplicación de las reglas de calificación de principal, intereses remuneratorios, moratorios o sancionatorios, y costas, "hasta donde alcance", pues en ambos casos utiliza la misma expresión, la garantía hipotecaria.

Este régimen especial de la hipoteca era semejante en la derogada legislación concursal, pues también se excluía del efecto de suspensión del devengo de interés del art. 884 del Código de Comercio (CCom), el interés garantizado con hipoteca "hasta donde alcance la respectiva garantía", conforme a la redacción de los arts. 1.916 del Código Civil y del propio 884 CCom. Ahora se ha mantenido, al menos hasta donde llegue la garantía hipotecaria, lo que significa que sólo el exceso podría ser calificado de interés subordinado, pues no vendría amparado por la excepción del art. 93.2 LC, caso de que el devengo se hubiera producido antes de la declaración de concurso, pues a partir de éste, quedaría suspendido conforme al art. 59.1 sin perjuicio del tratamiento que se deriva, según finalice en convenio o liquidación, del art. 59.2 LC.

La expresión "hasta donde alcance la respectiva garantía" puede hacer dudar sobre si la norma concursal se refiere al límite del art. 114 de la Ley Hipotecaria (LH), es decir, intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. El precepto hipotecario comienza señalando "Salvo pacto en contrario", que es lo sucedido en este caso, en el que hay una previsión expresa de interés que además no supera el límite temporal de cinco años al que alude el art. 114 LH. No obstante hay un sector doctrinal que entiende que no puede superarse el límite que señala tal precepto, lo que en nuestro caso es irrelevante puesto que el término de un año pactado por las partes no lo supera.

En efecto, en la hipoteca del demandante consta que se garantiza una anualidad de interés del principal al 29 %. Por lo tanto hasta dicha cantidad, que no se supera con los pretendidos 5.370,58 euros, calificados como subordinados por la administración concursal, la hipoteca ampara el crédito y ni cesa el devengo de interés al declararse el concurso, ni puede calificarse como subordinado al menos hasta donde alcance la garantía. Debe por ello estimarse la demanda y calificarse el crédito como privilegiado del art. 90.1.1º LC. ": SJM-1 Bilbao 13.03.2007 (Incidente Concursal 376/2006)

1.1 Aunque haya una acción rescisoria en trámite

“Es irrelevante, por lo demás, que se haya instado por la administración concursal una

acción rescisoria, conforme al art. 71 LC, para declarar la nulidad de tal hipoteca. Si la administración concursal lo hubiera hecho antes de emitir su informe, podría haberlo hecho constar. Sin embargo la acción se plantea después, una vez calificado el crédito con garantía hipotecaria como crédito con privilegio especial con excepción de los intereses que se entendieron subordinados.

De prosperar la acción rescisoria habrá de tenerlo en cuenta el administrador concursal para atender el crédito como proceda, si es procedente la liquidación. Pero que haya instado tal acción no impide discutir la calificación a la que se acogió la propia administración concursal. ": SJM-1 Bilbao 13.03.2007 (Incidente Concursal 376/2006)

- 4.º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

Art. 92.4º

1. Recargos de las cuotas de la Seguridad Social: son crédito subordinado

"SEGUNDO: Clasificación del crédito por recargo.- La sentencia recurrida incluye el crédito por recargo dentro del nº 4º del art. 92 LC, según el cual "(S)on créditos subordinados: (...) 4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias". La TGSS niega que el recargo tenga esta naturaleza sancionadora, porque carece de la finalidad represora o de castigo, propia de la sanción, y persigue estimular el cumplimiento de las obligaciones en izo, o lo que es lo mismo, disuadir del incumplimiento.

Tiene razón la parte apelante en que la finalidad del recargo es estimular el cumplimiento puntual de la obligación, porque el art. 25 LGSS dispone la aplicación del recargo como una consecuencia de la falta de pago de la deuda con la Seguridad Social, junto con el devengo de los intereses de demora. También es cierto que el art. 27 LGSS modula el recargo en función de las obligaciones incumplidas (de pago y/o de presentación de los documentos de cotización) y del retraso en el ingreso, lo que ratifica la finalidad de la institución: estimular el cumplimiento de la obligación de pago con la Seguridad Social. Pero no existe ninguna contradicción entre esta finalidad de estímulo al cumplimiento de una obligación pecuniaria y el carácter sancionador del recargo, con independencia de que éste sea mayor en función del retraso. En derecho civil existe una figura afín, aunque de origen contractual y no legal, que también se asocia al incumplimiento (total o parcial, y dentro de éste se encuentra la mora) de la obligación: la denominada cláusula penal, regulada en los arts. 1152-1155 CC.

El recargo no deja de ser, como la pena de la cláusula penal, una obligación accesorio, en este caso de carácter pecuniario, a cargo del deudor y a favor del acreedor que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación. El recargo y la pena cumplen la misma finalidad, constituyen una garantía de la obligación principal porque su existencia sirve para asegurar al acreedor el cumplimiento y facilitar la exigibilidad del crédito. Del mismo modo que la pena no pierde esta consideración cuando no se pacta como prestación única, sino como prestaciones de progresiva agravación (en función del grado de incumplimiento o duración del retraso), el recargo tampoco varía su naturaleza sancionadora por el hecho de modularse en atención al retraso en el cumplimiento de la obligación garantizada.

Por lo tanto, el paralelismo con la cláusula penal muestra que la finalidad de la institución - garantizar el cumplimiento de la obligación- no contradice su naturaleza sancionadora. El hecho de que pretenda estimular el cumplimiento no impide que se configure como una sanción para el obligado que incumple, pues le depara un perjuicio, en cuanto agrava el importe de su deuda, al margen de que opere directamente y sin necesidad de un proceso administrativo sancionador.

Corno muy bien apunta la sentencia recurrida, la propia Ley asocia el recargo a la sanción pues, cuando enumera los distintos recursos de la Seguridad Social, incluye dentro del mismo apartado "las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga" [art. 86.1 c) LGSS], advirtiendo era ellos un común denominador que los diferencia de otros recursos que se configuran en apartados diferentes, sobre todo "(L)as cuotas de las personas obligadas" [art 86.1. b) LGSS] y "(L)os frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales" [art. 86.1 d) LGSS]. Ese común denominador es la naturaleza sancionadora, que permite, en caso de concurso, calificar el crédito por recargo como subordinado del art. 92.4º LC.

Este concepto de sanción, más amplio que el previsto en el art. 25 CE, justifica que -a los efectos de la clasificación de un crédito concursal- carezca de vinculación la jurisprudencia constitucional invocada en la impugnación y después en el recurso, pues, como muy bien argumenta el Juez mercantil, el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace

desde una concepción estricta de "sanción", como manifestación del ius puniendi del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador. En este sentido, y como ya hemos argumentado antes, el concepto de sanción utilizado por el art. 92.4º LC, al igual que el empleado por el art. 86.1.d) LGSS es mucho más amplio, y abarca también la "pena pecuniaria" derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación con la Seguridad Social, Por otra parte, una interpretación sistemática y teleológica del art. 91.4º LC, en relación con todos aquellos que regulan la clasificación de créditos concursales (arts. 89 a 93 LC), permite advertir la voluntad de la Ley de reducir los créditos privilegiados y discriminar, subordinándolos, aquéllos que sean accesorios a la obligación principal por ser una consecuencia de su falta de cumplimiento. El art. 92 LC subordina no solo las multas y demás sanciones pecuniarias, sino también los intereses de cualquier clase y por lo tanto, también los moratorios. La Ley marca una diferencia entre créditos principales u originales y los accesorios que derivan del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces, ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso." Sentencia AP Barcelona 19.01.2006 (Rollo 698/2005-Y)

“**TERCERO** Queda, por último, abordar el segundo de los motivos de apelación contra la sentencia de instancia, cual es el relativo a la clasificación de los créditos derivados de los recargos de la Seguridad Social, calificados como subordinados.

Pues bien, hemos de partir para ello de lo normado en el art. 92.3 y 4 de la LC conforme a dichos preceptos son subordinados: «los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía» y los «créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». Pues bien, de tales preceptos resulta que no ofrece duda que son créditos subordinados los correspondientes a intereses, multas y demás sanciones pecuniarias, y que no podemos limitar la expresión sanción pecuniaria a multa, pues sino la distinción del legislador carecería de todo sentido, incurriendo en una reduplicación absurda. Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995\ 164), ya puso de manifiesto que «para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo su nomen iuris que le dé la Administración o le asigne el Legislador».

Los recargos por ingreso extemporáneo son reputados como créditos subordinados, dada su naturaleza similar a los intereses de demora, pretendiendo indemnizar el retraso operado en la percepción de la cuota correspondiente, amén de que presenta un aspecto infractor y efecto disuasorio, que determina su equiparación a las sanciones, como luego veremos. Es innegable, no obstante, que conforman la deuda de la Seguridad Social, pero también se incluye en ella los intereses de demora, que figuran claramente con la calificación jurídica de créditos subordinados en el art. 92.3 LC.

A los efectos de calificación concursal, que es el cauce en el que nos movemos, no podemos descartar que los recargos participen de características propias de las sanciones, y así, en primer lugar, se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito social, en los arts. 22 y 23 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, al que remite el art. 96 de la LGSS, cual es «no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social», en relación con el art. 27 de la LGSS, que considera como causa de devengo del recargo que haya «transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas», es decir, tal y como sucede con las sanciones (SSTC 119/1991, de 3 de junio [RTC 1991\ 119], F. 3; y 61/1990, de 29 de marzo [RTC 1990\ 61], F. 5) el recargo se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma. En segundo lugar, también resulta palmario que la medida que enjuiciamos, en tanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas. En tercer lugar, como señala la STC 276/2000 (RTC 2000\ 276), «el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones». En cuarto lugar, igualmente encarna una función disuasoria mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable.

Por otra parte, si se pretende compensar la demora en la percepción de la cuota correspondiente, tiene una naturaleza similar a los intereses moratorios, pero en ambos casos entrarían los recargos dentro de la categoría concursal de los créditos subordinados (art. 92.3 y 4).

En este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 29 de marzo

de 2005, con cita de la STC 164/95 (RTC 1995\ 164), señala que si, «a efectos concursales, los recargos son una figura intermedia entre las medidas resarcitorias, esto es, los intereses y las sanciones en sentido propio, y ambas tienen la consideración de créditos subordinados en la Ley Concursal (artículo 8 92.3 y 4), no existe razón alguna para considerar a los créditos por recargo como ordinarios o privilegiados».

El art. 86 de la LGSS, regulador de los ingresos propios de la Seguridad Social, diferencia y, por otra parte, agrupa con una invocación a la analogía, por un lado, en su apartado b), a «las cuotas de las personas obligadas», y en el c) a «las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga».

Por último, la interpretación restrictiva de los privilegios es la que deriva de la propia finalidad perseguida por la nueva Ley Concursal, exteriorizada en su Exposición de Motivos, conforme a la cual: «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)».

Es decir que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: «A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso y C) reducir privilegios tradicionales como los de la Seguridad Social», siguiendo además los principios que se derivan del examen del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, que denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público en la regulación de dichos procesos de insolvencia.

En definitiva, no podemos considerar erróneo el criterio del Juzgado de lo Mercantil, en cuanto aplicando la Ley Concursal, incluye dentro de los créditos subordinados los recargos, que nacen de un incumplimiento del deudor, y, por ende, de un proceder antijurídico por su parte, so pena de gravar al resto de los acreedores postergando sus derechos, máxime dada la interpretación restrictiva que ha de imperar en la consideración de los privilegios, y sin perjuicio de que la su aplicación no exija las garantías de la sanción, lo que no afecta a su consideración concursal.": Sentencia AP La Coruña 10.04.2006 (AC 2006/496)

“CUARTO A continuación, analizaremos la cuestión relativa a la calificación de los recargos por falta de pago en plazo, como crédito subordinado. Se alega en el recurso que en primer lugar, los recargos no tienen la consideración ni de sanción ni de multa, y además que por sí solos carecen de entidad propia por lo que no pueden ser separados del crédito principal al que acompañan y en cuyo privilegio deben participar. En relación a este último argumento, simplemente diremos que lo mismo pudiera decirse de los intereses devengados, y sin embargo están considerados como créditos subordinados, a pesar de que forman parte de la deuda, de donde claramente se extrae que ese total que la integra no implica que sus partes, a efectos concursales, deban ser clasificadas idénticamente, sino que hay que estar a su naturaleza o significado concretos.

Sobre la naturaleza de los recargos, el artículo 92 al enumerar los créditos subordinados incluye en el apartado 3º los créditos por intereses de cualquier clase, incluido los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía especial hasta donde alcance la respectiva garantía, y en el apartado 4º los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias. En este sentido, la mayoría de las resoluciones consultadas, coinciden en aproximarlos a la sanción. Concretamente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander de fecha 3 de junio de 2005, ya citada, ofrece un razonamiento satisfactorio de la cuestión, el cual asumimos íntegramente, pues consideramos que efectivamente el recargo es la consecuencia directa de un incumplimiento (el impago en plazo), es decir, de alguna manera se está penalizando con el abono una cantidad a quienes no han pagado en período voluntario. Dice la mencionada sentencia: «Es preciso adentrar en la verdadera naturaleza y significado de los recargos de apremio al objeto de concretar la clasificación oportuna. En esta operación, no debe olvidarse la finalidad de la Ley Concursal, expresada en su propia Exposición de Motivos y que, cuanto menos en esta etapa inicial de vigencia, tiene notable incidencia en la resolución de las dudas interpretativas. En efecto, la Ley ha procedido a una reducción notabilísima de los privilegios con relación al sistema anterior, lo que ha dado lugar a la expresión «poda de

privilegios», y está presidida por el principio «par conditio creditorum» como conformador del sistema. Lo anterior no puede suponer otro significado diferente al de la necesaria interpretación restrictiva de cualquier privilegio concursal, evitando que al amparo de una interpretación amplia y excesivamente favorecedora se creen nuevos privilegios tácitamente o jurisprudencialmente que quiebren el sistema.

Sentado lo precedente, los recargos de apremio tanto de la Seguridad Social como tributarios deben ser considerados como créditos subordinados, incluidos en el apartado 4º del artículo 91 de la Ley Concursal. En este sentido, aún cuando los recargos tanto tributarios como de la Seguridad Social tienen una naturaleza discutida, puesto que no puede concluirse que haya una posición doctrinal y jurisprudencial que con carácter uniforme le atribuya una naturaleza concreta, analizando su virtualidad y significado, puede mantenerse, a los efectos meramente concursales, la consideración anterior. No debe olvidarse que, con independencia de lo que en términos puramente nominativos pueda señalarse, la verdadera virtualidad, significado y finalidad del crédito es la que debe aportar la solución sobre su calificación a efectos del concurso y por ello, sin dejar de conocer que su concreta naturaleza jurídica es una cuestión debatida por no corresponderse expresamente con el concepto de sanción, no debe olvidarse que, con independencia de la concreta denominación que se ha utilizado por el legislador, vienen caracterizados por tratarse de créditos que surgen o se anudan al incumplimiento de una obligación tributaria y como consecuencia de este, es decir, que son la respuesta legal a ese incumplimiento en tanto que ese es su origen y justificación y como tal, su función es idéntico al de una multa o sanción pecuniaria. En efecto, la Ley concursal subordina las multas y demás sanciones coercitivas, y sin perjuicio de lo que a efectos tributarios pueda sostenerse sobre su naturaleza concreta, lo cierto es que no cabe duda que los recargos de apremio tienen cuanto menos un carácter similar al de una sanción, o en términos tal vez más precisos, constituyen una penalización que se anuda a la falta de cumplimiento en forma y plazo, en este caso, de una obligación tributaria, tanto en el caso de los recargos por declaración extemporánea como en el de los recargos del período ejecutivo».

Además, continúa esta sentencia con un argumento que da respuesta a las alegaciones del recurso sobre la naturaleza que el Tribunal Constitucional otorga a los recargos: «Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional (Sentencia 164/1995 [RTC 1995\ 164]) con relación a los primeros ha efectuado un análisis de su naturaleza, lo ha realizado únicamente a los efectos de determinar la aplicación o no de las garantías para el ejercicio de la potestad sancionadora establecidas constitucionalmente (artículos 24 y 25 CE) y en ella se les ha caracterizado como una figura intermedia entre las sanciones y las medidas resarcitorias (que en todo caso serían calificadas como subordinados por la vía del 92.3 LC). En concreto, la referida sentencia establece la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con una finalidad muy precisa “obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo”. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha especificado que se trata de una especie de multa o penalización económica en caso de retraso». “: Sentencia AP Soria 12.05.2006 (AC 2006/966)

“QUINTO.- En lo que se refiere a la calificación, la primera disputa es la calificación que ha de ser otorgada a los créditos por recargos.

La recurrente sostiene que gozan del privilegio general del art. 91.4 LC mientras que el juez sostiene que son subordinados del art. 92.4 LC.

La naturaleza de los recargos ha sido objeto de un extenso análisis que se ha decantado claramente por su carácter accesorio, que rechaza su identificación con la deuda principal a efectos de incluirlos en los privilegios a ella reconocidos, y ello en razón de que ni responde a los principios que justifican el privilegio, ni debe ser “soportado” por los demás acreedores (SAP de esta Sala nº 14/2006), y tal es la opinión común expresada por la jurisdicción especializada en la que se ha destacado cómo los recargos, si bien no son una manifestación del ius puniendi, sí deben ser consideradas como sanciones o castigos a los efectos de su inclusión en el art. 92.4 LC, pues no hay razón para que sea interpretado en el sentido estricto de que sólo acoge las manifestaciones de aquél derecho.”: Sentencia AP Zaragoza 16.06.2006 (JUR 2006/183286)

“SEGUNDO Clasificación del Crédito por Recargo

La sentencia recurrida incluye el crédito por recargo dentro del núm. 4º del art. 92 LC, según el cual «(S)on créditos subordinados: (...) 4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». La TGSS niega que el recargo tenga esta naturaleza sancionadora, porque carece de la finalidad represora o de castigo, propia de la sanción, y persigue estimular el cumplimiento de las obligaciones en plazo, o lo que es lo mismo, disuadir del incumplimiento.

La finalidad del recargo es estimular el cumplimiento puntual de la obligación, porque el art. 25 LGSS dispone la aplicación del recargo como una consecuencia de la falta de pago de la deuda con la Seguridad Social, junto con el devengo de los intereses de demora. También

es cierto que el art. 27 LGSS. modula el recargo en función de las obligaciones incumplidas (de pago y/o de presentación de los documentos de cotización) y del retraso en el ingreso, lo que ratifica la finalidad de la institución: estimular el cumplimiento de la obligación de pago con la Seguridad Social. Pero no existe ninguna contradicción entre esta finalidad de estímulo al cumplimiento de una obligación pecuniaria y el carácter sancionador del recargo, con independencia de que éste sea mayor en función del retraso. En derecho civil existe una figura afín, aunque de origen contractual y no legal, que también se asocia al incumplimiento (total o parcial, y dentro de éste se encuentra la mora) de la obligación: la denominada cláusula penal, regulada en los arts. 1152-1155 CC.

El recargo no deja de ser, como la pena de la cláusula penal, una obligación accesoria, en este caso de carácter pecuniario, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación. El recargo y la pena cumplen la misma finalidad, constituyen una garantía de la obligación principal porque su existencia sirve para asegurar al acreedor el cumplimiento y facilitar la exigibilidad del crédito. Del mismo modo que la pena no pierde esta consideración cuando no se pacta como prestación única, sino como prestaciones escalonadas de progresiva agravación (en función del grado de incumplimiento o duración del retraso), el recargo tampoco varía su naturaleza sancionadora por el hecho de modularse en atención al retraso en el cumplimiento de la obligación garantizada.

Por lo tanto, el paralelismo con la cláusula penal muestra que la finalidad de la institución ¿garantizar el cumplimiento de la obligación? no contradice su naturaleza sancionadora. El hecho de que pretenda estimular el cumplimiento no impide que se configure como una sanción para el obligado que incumple, pues le depara un perjuicio, en cuanto agrava el importe de su deuda, al margen de que opere directamente y sin necesidad de un proceso administrativo sancionador.

Como muy bien apunta la sentencia recurrida, la propia Ley asocia el recargo a la sanción pues, cuando enumera los distintos recursos de la Seguridad Social, incluye dentro del mismo apartado «las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga» [art. 86.1 c) LGSS], advirtiendo en ellos un común denominador que los diferencia de otros recursos que se configuran en apartados diferentes, sobre todo «(L)as cuotas de las personas obligadas» [art. 86.1. b) LGSS] y «(L)os frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales» [art. 86.1 d) LGSS]. Ese común denominador es la naturaleza sancionadora, que permite, en caso de concurso, calificar el crédito por recargo como subordinado del art. 92.4º LC.

Este concepto de sanción, más amplio que el previsto en el art. 25 CE, justifica que ¿a los efectos de la clasificación de un crédito concursal? carezca de vinculación la jurisprudencia constitucional invocada en la impugnación y después en el recurso, pues, como muy bien argumenta el Juez mercantil, el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace desde una concepción estricta de «sanción», como manifestación del ius puniendi del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador. En este sentido, y como ya hemos argumentado antes, el concepto de sanción utilizado por el art. 92.4º LC, al igual que el empleado por el art. 86.1.d) LGSS. es mucho más amplio, y abarca también la «pena pecuniaria» derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación con la Seguridad Social.

Por otra parte, una interpretación sistemática y teleológica del art. 91.4º LC, en relación con todos aquellos que regulan la clasificación de créditos concursales (arts. 89 a 93 LC), permite advertir la voluntad de la Ley de reducir los créditos privilegiados y discriminar, subordinándolos, aquéllos que sean accesorios a la obligación principal por ser una consecuencia de su falta de cumplimiento. El art. 92 LC subordina no sólo las multas y demás sanciones pecuniarias, sino también los intereses de cualquier clase y, por lo tanto, también los moratorios. La Ley marca una diferencia entre los créditos principales u originales y los accesorios que derivan del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces, ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso.": SAP Barcelona 10.07.2006 (Sección 15) (AC 2007/495)

“**SEGUNDO** Comenzando por esta última pretensión, una primera aproximación a la cuestión debatida obliga a recordar que esta Sala ya se ha pronunciado sobre la misma, calificación del crédito por recargo, y así en Auto de 11 de septiembre de 2006, recaído en Rollo de Sala 325/06 en el que actuaba como apelante la AEAT se afirma que los recargos por declaración extemporánea y los del período ejecutivo tienen a efectos concursales la calificación de créditos subordinados, lo que en virtud del principio de vinculación del propio antecedente obligaría a mantener la solución adoptada.

La argumentación de la TGSS. descansa muy principalmente en la doctrina constitucional sustentada en la S. 164/1995 (RTC 1995\ 164), resaltando que los recargos carecen de una

naturaleza puramente sancionadora. Ha de decirse que el prisma que impregna la doctrina constitucional reflejada en la mencionada sentencia lo indica la propia resolución cuando dice «que en distintas ocasiones hemos advertido ya de la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado». Se trata en definitiva de abordar, desde la perspectiva procedimental, las garantías que han de adoptarse en la aplicación de los recargos y desde tal consideración cierto es que el TC establece que los recargos no tienen un verdadero sentido sancionador, pero igualmente lo es que la Sentencia del pleno del TC 276/2000 de 16 de noviembre (RTC 2000\ 276), seguida entre otras por las de 29 de enero de 2001 (RTC 2001\ 23), 2 de abril de 2001 (RTC 2001\ 93) o 23 de mayo de 2002 (RTC 2002\ 127), que analiza el recargo de la LGT viene a concluir que tiene una función resarcitoria en tanto que abarca los intereses de demora, pero además cumple una función disuasoria o de estímulo positivo que no excluye el carácter sancionador de la medida, en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo tan solo justificada constitucionalmente como sanción. El art. 25 de la LGSS en su redacción dada por la Ley 52/2003 de 10 de diciembre establece que la aplicación del embargo y el devengo de intereses se producirá en los supuestos de falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso, es decir, anuda el recargo al incumplimiento de la obligación de pago en el plazo establecido en la Ley, lo que participa de la naturaleza sancionadora de que habla el TC y que en vía concursal obliga a clasificar tales recargos como créditos subordinados de los contemplados en el art. 92.4 de la LC. La propia exposición de motivos de la norma concursal apunta como subordinados a aquellos créditos que merecen quedar postergados tras los ordinarios por diversas razones tales como su carácter accesorio (intereses) o su naturaleza sancionadora (multas) y sí tal como se ha indicado el recargo tiene naturaleza sancionadora, carece de sentido que el perjuicio que supone el cobro de la sanción se haga recaer sobre los acreedores ordinarios clasificando la sanción como crédito ordinario, pues éstos se verían perjudicados por un acto sancionable del deudor insolvente.": S AP Cantabria 20.09.2006 (AC 2006/1711) y en idénticos términos, S AP Cantabria 4.10.2006 (AC 2006/1823)

“**PRIMERO** La Tesorería General de la Seguridad Social plantea con ocasión de este recurso de apelación, diversas cuestiones en torno al cálculo del privilegio establecido en el art. 91.4 de la Ley concursal y a la calificación que en ese ámbito del ordenamiento merecen los recargos de apremio.

Sobre todas estas cuestiones ya se ha pronunciado esta sección, reiterada y recientemente (así, rollos 255/06, 279/06 (AC 2006\ 1711), 325/06 ó 366/06 (AC 2006\ 1708). (...)

TERCERO Es también objeto de este recurso la calificación de los recargos, siendo esta cuestión resuelta en los rollos mencionados. De acuerdo con esos antecedentes cuyos razonamientos se reiteran, los créditos por recargos sólo pueden calificarse como subordinados. Esta conclusión se alcanza tras advertir, con la mayoría de los órganos judiciales que han resuelto esta cuestión, que por un lado estos recargos que se configuran legalmente como una obligación accesorio (arts. 27 LGSS. ó 25 LGT), son una figura intermedia entre los intereses y las sanciones y, por otro, que la voluntad del legislador concursal ha sido la de limitar los privilegios de unos acreedores sobre otros, privilegios que, además, han de interpretarse restrictivamente.": S AP Cantabria 26.09.2006 (AC 2006/1703) y en idénticos términos, S AP Cantabria 26.09.2006 (AC 2006/1704)

“**PRIMERO.-** A través de su recurso de apelación, la Tesorería General, de la Seguridad Social plantea a debate dos cuestiones que ya han dado mucho que escribir en la exégesis de la Ley Concursal. La primera de ellas es la calificación del crédito constituido por los recargos debidos a la Seguridad Social y su inclusión o no en el ámbito del artículo 92-4º, es decir, si pueden considerarse como "multas y demás sanciones pecuniarias" y son por ello créditos de naturaleza subordinada. Comenzaremos por centrar este concepto.

A fin de aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, algunos créditos se califican legalmente de subordinados o postergados y disfrutan de peor condición que los restantes créditos concursales. Algún autor los ha denominado como créditos "antiprivilegiados", y no es para menos: en caso de convenio, carecen de derecho de voto (art. 122-1-1º), se someten a las mismas quitas que los ordinarios y sufren una espera mayor (art. 134.1); en caso de liquidación, el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que no hayan sido íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (art. 158-1) y se llevará a cabo por el orden establecido en la ley y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (arts. 92 y 153-2).

Entre los tipos de créditos subordinados están los devengados "por multas y demás

sanciones pecuniarias"; aquí se encuadran los créditos nacidos del ejercicio de las potestades sancionadoras administrativas y del "*ius puniendi*" aplicado por la Administración de Justicia. Ante la perspectiva de la insuficiencia patrimonial del deudor, en beneficio de los demás acreedores y en línea con la tendencia de favorecer a los acreedores "privados" en detrimento de los "públicos", estos créditos se postergan, se consideran menos dignos de tutela- La TGSS entiende que no caben entre ellos los recargos debidos por demora en el pago de la obligación principal e invoca en apoyo de su tesis la identidad de naturaleza de unos y otras, que dice consagrada por la regulación legal sobre la materia. Pero la normativa aludida se refiere a la manera de actuar en el cumplimiento de la obligación de pago, es de carácter procedimental, y no cabe extraer de la misma deducciones sobre la naturaleza del crédito.

Continúa la apelante alegando la imposibilidad de equiparar el recargo a una sanción, argumento que sostiene con extensa cita de jurisprudencia constitucional. Sin embargo, las sentencias transcritas ratonan por qué los recargos no son manifestación de la potestad administrativa sancionadora, sino ejercicio de la autotutela ejecutiva de La Administración, a los efectos de excluir su imposición del ámbito de garantías constitucionales del "*ius puniendi*", y no otra es su finalidad doctrinal. Buena muestra de ello es que los mismos razonamientos que el Tribunal Constitucional aplica a los recargos, los predica de las multas coercitivas, y ninguna duda cabe que la misma literalidad del artículo 92-3º abarca a éstas. Si a jurisprudencia citada sobre recargos y multas coercitivas no impide que las segundas puedan calificarse de créditos subordinados, claro parece que nada determina sobre los primeros.

La inclusión de los recargos en el artículo 92-4º L.C. no supone una interpretación extensiva, ni tratar el precepto como simple lista enunciativa, sino aquilatar el concepto de "multas y demás sanciones pecuniarias". La justificación de incluir ahí todo tipo de multas y sanciones, sea cual fuere la causa y el sujeto sancionador, es la misma que la ofrecida por la doctrina alemana al interpretar el parágrafo 39 de la "Insolvenzordnung" (Ordenanza de la Insolvencia) de 1994; de no ser así, si tales créditos no se postergasen, el perjuicio económico derivado de la sanción se proyectaría directamente sobre los acreedores ordinarios, que serían quienes lo soportasen, convirtiéndose de esta manera en responsables reflejos de las conductas infractoras de deudor, sin culpa alguna que pudiera reprochárseles, lo que debe ser rechazado por manifiestamente injusto": SAP ALAVA 3.10.2006 (sección 2ª) (Rollo 198/2006)

"SEGUNDO Por lo que se refiere a la clasificación como créditos subordinados de los recargos de apremio de la Seguridad Social, no cabe, asimismo, sino respaldar plenamente la decisión de la Juez «a qua». En efecto, la finalidad de esta clase de recargos abarca objetivos de signo sancionador, como se extrae sin mayor dificultad de la propia LGSS cuando, en su art.86-1 ?c, viene a amalgamar en un mismo apartado «las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga», de suerte que esta caracterización halla natural subsunción, a su vez, dentro del concepto de sanción del art. 92-4 de la Ley Concursal («créditos por multas y demás sanciones pecuniarias»), todo ello cual con todo acierto expresa la juzgadora de primer grado y parece ser opinión jurisprudencial predominante (cf., por ejemplo, la S. AP Barcelona 15ª de 19-I-06, ya citada, o el Auto AP Madrid 10ª de 26-I-06 [PROV 2006\ 155583]).": Sentencia AP Badajoz 06.10.2006 (AC 2006/1862)

** El primer motivo de apelación se refiere a la naturaleza jurídica de los recargos incluidos dentro del crédito total reconocido a favor de la T.G.S.S., concepto al que el juzgador otorga un carácter punitivo asimilable a la sanción, y que en consecuencia debe ser considerado al igual que ésta, como uno de los créditos subordinados previstos en el art. 92.4º de la L.Concursal. Para rebatir dicho pronunciamiento, alega la Tesorería que en el ámbito de la seguridad social, los recargos forman parte de la deuda como un todo, deuda que debe hacerse efectiva sin posibilidad de distinción entre principal y recargo.

Y analizando lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por R.D.1415/2004, se observa que aunque efectivamente los recargos una vez devengados por las razones previstas en el art. 10.1, se liquidan e ingresan conjuntamente con el principal de las deudas sobre las que recaen (art. 10.5), tal obligación de liquidación e ingreso conjunto, no transforma la naturaleza del recargo, ni la asimila al principal, sino que viene a avalar su carácter sancionador y disuasorio, dirigido a evitar los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos responsables del pago de cuotas a la Seguridad Social. El art. 10 establece los correspondientes recargos para el caso de retraso en el pago de cuotas, incrementando los correspondientes porcentajes en función del tiempo transcurrido sin que las mismas se abonen, lo que evidencia que el recargo equivale a una sanción o castigo que se impone a quien incumple, y además expresa un aviso para que los obligados no demoren el pago que les incumbe. Lo que confirma el carácter punitivo de dicha imposición, sin posibilidad de equipararlo a los

intereses de demora resarcitorios, diferenciados en el propio Reglamento de Recaudación mediante una distinta regulación. Naturaleza sancionadora que se desprende también de la regulación de los recargos previstos en otras normas de carácter recaudador y tributario. Y finalmente, tampoco el hecho de que los recargos no figuren expresamente mencionados en el art. 92 de la Ley Concursal, permite equiparlos a la deuda principal a los efectos de su clasificación. Para integrar dicha laguna solo cabe acudir a aquellos conceptos jurídicos similares, y resulta evidente que el recargo se asemeja más a una sanción que a una deuda por principal, por lo que el concepto de sanción pecuniaria contemplado en la ley, debe comprender todo tipo de sanciones económicas, como las multas, las multas coercitivas y los recargos, que pueden ser definidos como sancionatorios y no indemnizatorios. Así los recargos de apremio, incluso los recargos por demora, en la parte en que los intereses vayan más allá de lo que pueda justificarse como daño por impago (tal y como acontece con los incrementos previstos en el art. 10 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social), deben quedar comprendidos dentro de la causa de subordinación prevista en el art. 92.4º de la Ley Concursal.”: Auto AP Guipúzcoa 13.10.2006 (Sección 2) (JUR 2007/103475)

“El art. 92 LC establece que "Son créditos subordinados: 4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias"

La Tesorería General de la Seguridad Social certifica bajo el epígrafe de "recargos" un crédito por importe de 67.238,16 euros, que es calificado como crédito subordinado en la sentencia impugnada.

La cuestión que se suscita ya ha sido resuelta con anterioridad por esta Sección de la Audiencia Provincial en otros dos incidentes concursales promovidos por la Tesorería General de la Seguridad Social (sentencias de 23 de junio y 28 de julio del presente año) sin que los argumentos alegados por la parte apelante en su escrito de recurso justifiquen que se dé en este caso una respuesta distinta a la controversia planteada.

Y en este sentido, como ya se indica en las resoluciones citadas, aunque efectivamente los recargos una vez devengados por las razones previstas en el art. 10.1 del R.D. 1415/2004, se liquidan e ingresan conjuntamente con el principal de las deudas sobre las que recaen (art. 10.5), tal obligación de liquidación e ingreso conjunto, no transforma la naturaleza del recargo, ni la asimila al principal, sino que viene a avalar su carácter sancionador y disuasorio, dirigido a evitar los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos responsables del pago de cuotas a la Seguridad Social. El artículo 10 establece los correspondientes recargos para el caso de retraso en el pago de cuotas, incrementando los correspondientes porcentajes en función del tiempo transcurrido sin que las mismas se abonen. Se caracterizan por tratarse de créditos que surgen o se anudan al incumplimiento de una obligación y como consecuencia de éste, constituyendo la respuesta legal a dicho incumplimiento. Ese es su origen y justificación y como tal, su función es idéntica a la de una multa o sanción pecuniaria, sin que proceda equiparlo a los intereses de demora resarcitorios, diferenciados en el propio Reglamento de Recaudación mediante una regulación distinta en el art. 11. Igualmente, vienen claramente diferenciados recargos e intereses de demora en la Ley General de la Seguridad Social (art. 27 recargos y art. 28 intereses de demora), siendo irrelevante a efectos meramente concursales y de calificación del crédito que en el ámbito de la Seguridad Social (RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto) el recargo no se califique como sanción, puesto que lo determinante no es la denominación que pueda darle el legislador, sino la naturaleza del mismo.

A mayor abundamiento cabe decir que calificar como privilegiado un crédito de dicha naturaleza supondría perjudicar a los restantes acreedores y hacer recaer sobre ellos las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones frente a la Seguridad Social por parte de la mercantil concursada, mientras que aquélla no se vería perjudicada por su mayor o menor dilación en adoptar medidas contra la incumplidora.”: SAP Guipúzcoa 17.10.2006 (Sección 2) (JUR 2007/103452)

“ (...) la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 19 de enero de 2006 (PROV 2006\ 193959), la sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en sus sentencias de 7 de abril de 2006 (AC 2006\ 495) y 10 de abril de 2006 (AC 2006\ 496), la Audiencia Provincial de Soria en su sentencia de 12 de mayo de 2006 (AC 2006\ 966), la sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 16 de mayo de 2006 (PROV 2006\ 187932), la sección quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia de 16 de junio de 2006 (PROV 2006\ 183286) y la sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 26 de junio de 2006 (AC 2006\ 1563).

Del mismo modo, todas las sentencias citadas, salvo las que no llegan a abordar la cuestión, concluyen que los citados recargos, tanto tributarios como de Seguridad Social, aunque no sean una manifestación del ius puniendi del Estado que precise de las garantías

de un procedimiento sancionador, sí son una sanción a los efectos del artículo 92.4 de la Ley Concursal, valoración que es compartida por este tribunal, por lo que ningún reproche puede hacerse al juzgado por considerar créditos subordinados a los repetidos recargos, tanto tributarios como de la Seguridad Social. Es de resaltar que cuando un recargo no tiene una función sancionadora es porque desarrolla un papel similar a los intereses, que también son créditos subordinados conforme al artículo 92.3 sin que tal previsión deba entenderse referida a los postconcursoales, como aboga algún autor como el citado en el recurso pues, tal y como ha sido puesto de manifiesto por otros autores, el artículo 92.3 se está refiriendo a los intereses anteriores al concurso, los concursales, pues los posteriores se encuentran sometidos al régimen del artículo 59 de la Ley. Por otra parte, las mismas recurrentes, cuando invocan la STC 164/1995 (RTC 1995\ 164), califican los recargos como «una penalidad económica por el retraso» pues tienen «un cierto matiz sancionatorio» lo cual hace que, tal y como lo tiene dicho el Juzgado, deban ser subsumidos dentro de «las demás sanciones pecuniarias» a las que se refiere el artículo 92.4, por más que no se consideren sanciones a otros efectos.”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

“PRIMERO La interpretación que de los artículos 92.4º y 91.4º de la Ley Concursal razona el Sr. Magistrado en su Sentencia, al resolver la impugnación de la calificación de su crédito que formuló la Tesorería General de la Seguridad Social, es la que finalmente ha sido acogida por esta Sala, en particular y en relación con la misma impugnante, en nuestra Sentencia de 19 de enero de 2006 (JUR 2006, 193959).

Al igual que en aquel caso, se discute en este (a) la calificación como crédito subordinado del recargo de demora, aplicado por la TGSS. sobre la deuda principal a consecuencia de su falta de ingreso en período voluntario, y (b) la correcta interpretación del privilegio general previsto por el apartado 4º del art. 91, concretamente la base de cálculo para determinar el importe privilegiado.

SEGUNDO Sobre la primera cuestión, como razonábamos en aquella resolución, es procedente acomodar el recargo de demora en la categoría prevista por el apartado 4º del art. 92 LC, por tratarse de una obligación accesoria de naturaleza pecuniaria que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal, asimilable a una sanción, pues agrava el importe de la deuda, con independencia de que opere ex lege, directamente y sin necesidad de un proceso administrativo sancionador. Y la interpretación sistemática y teleológica del art. 92.4º LC descubre el designio legal de relegar, subordinándolos, aquellos créditos que sean accesorios de la obligación principal, por ser consecuencia de su falta de cumplimiento puntual, y de ahí que subordine no sólo los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias (apartado 4º), sino también los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios (apartado 3º), estableciendo así la Ley -decíamos- "una diferencia entre los créditos principales u originales y los accesorios que derivan del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces, ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso".

TERCERO No existe ninguna contradicción entre la finalidad de estímulo al puntual cumplimiento de una obligación pecuniaria, que es la propia del recargo, y el carácter sancionador que cabe predicar del mismo, con independencia de que éste sea mayor en función del retraso (al igual que la denominada cláusula penal en el ámbito civil, bien que origen contractual -arts. 1152-1155 CC -, que no deja de ser una obligación accesoria de carácter pecuniario que sanciona el incumplimiento, y que puede modularse en atención al grado de cumplimiento).

Y la propia Ley asocia el recargo a la sanción pues, cuando enumera los distintos recursos de la Seguridad Social, incluye dentro del mismo apartado "las cantidades recaudadas en concepto de recargos" y las "sanciones u otras de naturaleza análoga" [art. 86.1 c) LGSS.], advirtiendo en ellos un común denominador que los diferencia de otros recursos que se configuran en apartados diferentes, sobre todo "(L)as cuotas de las personas obligadas" [art. 86.1. b) LGSS.] y "(L)os frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales" [art. 86.1 d) LGSS.]. Ese común denominador es la naturaleza sancionadora, que permite, en caso de concurso, calificar el crédito por recargo como subordinado del art. 92.4º LC.

Se trata en todo caso de un concepto de sanción más amplio que el previsto en el art. 25 CE, lo que justifica que, a los efectos de la clasificación de un crédito concursal, no sea determinante la jurisprudencia constitucional invocada pues en ella el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace desde una concepción estricta de "sanción", como manifestación del ius puniendi del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador. En este sentido, el concepto de sanción utilizado por el art. 92.4º LC, al igual que el empleado por el art.

86.1.d) LGSS. es mucho más amplio, y abarca también la "pena pecuniaria" derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación con la Seguridad Social.": SAP Barcelona (sección 15) 12.12.2006 (JUR 2007/122832)) y, en términos prácticamente idénticos, SAP Barcelona 11.12.2006 (Sección 15) (JUR 2007/122886)

"TERCERO.- Por cuanto se refiere a la calificación que merecen los recargos hemos de volver a recordar la necesidad de efectuar la calificación con arreglo a la propia Ley Concursal para evitar que se introduzcan criterios extraconcursales que pueden no obedecer a la finalidad de la ley y resultar contrarios a una interpretación sistemática de sus preceptos. La impugnación se basa en la ausencia del carácter sancionador del recargo de apremio y cita a tal efecto la STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2002 y la sentencia de la Sala Contencioso Administrativo, Sec 7º, de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2004. Lo cierto es que aunque se manifiesta que el recargo carece de "la finalidad represiva, retributiva o. de castigo" también se reconoce que pueda tener una "finalidad disuasoria", aunque no se explica cual es la naturaleza del recargo. No deja de resultar paradójico que uno de los fundamentos legitimadores del castigo se halle en la prevención. Este alcance disuasorio precisamente justifica que en la calificación tengan adecuado tratamiento en la Ley Concursal como crédito subordinado y no sólo por estar contempladas en la misma las sanciones sino porque también ostentan los recargos igual justificación para la calificación de subordinados que los intereses. El tratamiento conjunto de ambos conceptos es habitual y no sólo en el procedimiento de ejecución en el que tanto el recargo de apremio como los intereses de demora son efecto legales del inicio del período ejecutivo sino que también en el ámbito de recaudación de recursos del sistema de la Seguridad Social se configuran como créditos de la Seguridad social, conjuntamente, "el importe de los recargos e intereses que procedan" sobre los conceptos enumerados en su Reglamento. Atendiendo por lo tanto especialmente a una interpretación integradora basada en el alcance que otorga la propia Ley Concursal a los créditos subordinados, al carácter disuasorio del recargo, a la idéntica justificación para dicha calificación que la que tienen los intereses y las opiniones de la doctrina (GUILARTE GUTIÉRREZ, ALONSO LEDESMA) podemos atribuir a los recargos la calificación de crédito subordinado.": Sentencia JM-3 Madrid 04.03.2005 (Sentencia 65/2005)

"En lo que a los recargos se refiere, en línea con lo expuesto por la Administración Concursal, han de calificarse como crédito subordinado, conforme a lo previsto en el artículo 92.4º. Ley Concursal es una norma global, aplicable a todo tipo de créditos, que contempla conceptos generales. No puede exigirse, por ello, que delimite las distintas categorías de créditos de igual modo que lo hacen otras Leyes Especiales. Se incurriría, en tal caso, en un casuismo exagerado que difícilmente podría abarcar todas las situaciones previstas en nuestro Ordenamiento. Pues bien, partiendo de tales premisas, el hecho de que el recargo se ingrese conjuntamente con el concepto del que trae causa (artículo 27 del TRLGSS) y, en definitiva, el carácter inescindible del recargo que defiende la impugnante no puede ser acogido en situaciones concursales. Cuando la Ley Concursal habla de «multas y sanciones pecuniarias» está considerando a todo aquello que excede de la obligación principal y que viene motivado por atrasos u otros incumplimientos. Por ello los recargos, dada su naturaleza sancionadora, deben incluirse dentro del ámbito del artículo 92, cualquiera que sea su ubicación sistemática en la Ley Especial que los regula y al margen del mecanismo legal para hacerlos efectivos. En definitiva, debe estimarse sólo parcialmente la impugnación, incluyendo el crédito de la Seguridad Social en los términos indicados por la Administración Concursal en su escrito de contestación a la impugnación. ": Sentencia JM-2 Barcelona 11.04.2005 (AC 2005/816)

"PRIMERO.- La cuestión discutida en el presente incidente concursal es la relativa a la calificación de los créditos de la TGSS que, hasta la fecha, junto a la impugnación de los créditos de la AEAT parece situarse como uno de los temas que más incidencias está ocasionando desde la reciente entrada en vigor de la Ley Concursal.

Con carácter previo a resolver la cuestión conviene precisar dos notas a tener en cuenta en la resolución de todas las cuestiones que se susciten dentro del concurso. La primera es la configuración de la Ley Concursal como una ley de carácter especial que obliga a acudir a ella con preferencia frente a cualesquiera otras normas generales. Por ello, siempre que la cuestión se encuentre resulta por la LC, por la preferencia de la ley especial sobre la ley general, ha de estarse a ella. Igualmente, siempre que sea necesario integrar la norma, en primero lugar ha de acudirse al articulado de la propia ley concursal y, únicamente cuando por esta vía no pueda resolverse la cuestión, acudir a otras normas, salvo en el caso de que se efectúen remisiones directas.

La segunda cuestión fundamental y que ha de establecerse como premisa y punto de partida a la hora de resolver cualquier cuestión relativa a la impugnación de la clasificación de los créditos, es la relativa a que la ley concursal utiliza el sistema de numerus clausus a

la hora de clasificar los créditos concursales privilegiados, como se extrae claramente del tenor literal del artículo 89 punto 2º en cuyo inciso final establece que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en "esta ley", de modo que únicamente los artículos 90 y 91 establecen el catálogo cerrado de los mismos. El propio tenor literal de la norma justifica esta interpretación y los propios principios inspiradores recogidos en la Exposición de Motivos refrendan esta posición. En efecto, en el apartado V de ésta se establece que reconoce que en esta materia es donde se ha producido una de las novedades más importantes, al haberse reducido drásticamente los privilegios y preferencias "a efectos del concurso", lo que se ha denominado poda de privilegios. Añade además que el principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que sus excepciones han de ser contadas y siempre justificadas. La conjugación de lo anterior impide acudir a cualquier norma ajena o exterior a la ley concursal para clasificar los créditos, y exige además, que en la interpretación de los privilegios de los artículos 90 y 91 haya de ser especialmente celoso, impidiendo, cuanto menos, cualquier interpretación extensiva de los mismos.

SEGUNDO.- La TGSS proponía la siguiente clasificación de sus créditos:

con privilegio general del 91.4 LC17.420,02 euros

ordinarios: 117.420.01 euros

total: 234.840,03 euros, de los cuales, 194.315,71 se corresponde con cuotas, 40.228,54 con recargos y 295,78 con costas.

Por su parte, la administración concursal clasificó los referidos créditos del modo que sigue:

con privilegio general del 91.4: 97.157,86 euros

ordinarios: 97.157,86 euros

subordinados: 40.524,32 euros

Es su contestación, la administración concursal introdujo modificaciones en los créditos de la TGSS recogidos en su informe, pasando a desglosarlos del siguiente modo:

privilegio general: 104.981,65 euros

ordinario: 104.981,65 euros

subordinados: 40.524,32 euros (recargos y apremios).

TERCERO.- El Letrado de la Seguridad Social ha impugnado la clasificación como subordinados de los recargos de apremio y las costas. Se alega que los recargos forman parte de la deuda de la seguridad social como un todo, que nacen por ministerio de la ley, que no se encuentra incluido en el listado del artículo 92 LC y que carecen de naturaleza sancionadora.

Por su parte, tanto la Administración concursal como la propia concursada se opusieron a la impugnación efectuada por considerar que ambos han de ser considerados como créditos subordinados.

CUARTO.- Conviene precisar que el hecho de que el apartado segundo del artículo 86 de la Ley Concursal disponga que se incluirán necesariamente en la lista de acreedores los créditos reconocidos por certificación administrativa, no significa que la Administración Concursal no pueda hacer una revisión de su clasificación, puesto que únicamente viene referido a su existencia, siendo la labor de clasificación propia de la Administración Concursal a través de su informe. En consecuencia, la clasificación efectuada no resulta vinculante y ha de estarse a la naturaleza del crédito en cuestión.

QUINTO.- La primera cuestión que se plantea es la de la clasificación de los recargos de apremio.

Para la resolución de la cuestión ha de partirse, en todo caso, de las premisas fijadas en el fundamento primero en tanto que de las mismas se extrae la clave para la interpretación de los artículos 89 a 92 LC. En el artículo 91.2 se clasifican como créditos con privilegio general las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. Junto a ello, en el apartado 4 se clasifican igualmente como créditos privilegiados, los créditos tributarios y demás de derecho público, así como los créditos de la seguridad social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número dos del propio artículo 91, precisando a continuación que este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la hacienda Pública para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Por otro lado, el artículo 92 al enumerar los créditos subordinados incluye en el apartado 3º los créditos por intereses de cualquier clase, incluido los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía especial hasta donde alcance la respectiva garantía, y en el apartado 4º los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

A pesar de que es cierto que los recargos forman parte de la deuda frente a la Seguridad Social, constituyéndose ésta como una deuda compleja, conviene añadir que ese complejo no sólo se conforma por el principal y el recargo de apremio, sino que del mismo forman parte los intereses sin que, sin embargo, con relación se plantee ninguna cuestión respecto

a su clasificación como créditos subordinados (art. 91.2) a pesar de que forman parte de la deuda, de donde claramente se extrae que ese totum que la integra no implica que sus partes, a efectos concursales, deban ser clasificadas idénticamente, sino que haya de estarse a su naturaleza o significado.

Lo anterior no supone, en modo alguno una quiebra del sistema. En efecto, el carácter complejo de la deuda tributaria o de la seguridad social determina que esté integrada por conceptos de diferente naturaleza (según se extrae, entre otros, de los artículos 10 y 25 de la LGSS) y si bien es cierto que de conformidad con el artículo 29 de la LGSS, lo cobrado se imputa, en primer término a las costas y después a los títulos más antiguos, distribuyéndose proporcionalmente entre el principal, recargos e intereses, esto no es óbice a la anterior consideración puesto que a pesar de distribuirse proporcionalmente incluyendo los intereses, estos se clasifican como créditos subordinados. Además, en el concurso, el pago de los diferentes créditos se realiza, no del modo previsto en la LGSS o cualesquiera otras normas, sino según se recoge en la Ley Concursal, esto es, en los términos convenidos, en caso de que se aprueba judicialmente un convenio que haya obtenido adhesiones o votos a favor suficientes, o en la forma prevista en los artículos 154 y siguientes en relación con los artículos 89 y siguientes en el supuesto de que se abra la fase de liquidación. Por lo tanto, estos argumentos sostenidos por la impugnante no son justificables de la no calificación como créditos subordinados de los recargos de apremio.

En consecuencia, es preciso adentrar en la verdadera naturaleza y significado de los recargos de apremio al objeto de concretar la clasificación oportuna. En esta operación, no debe olvidarse la finalidad de la Ley Concursal, expresada en su propia Exposición de Motivos y que, cuanto menos en esta etapa inicial de vigencia, tiene notable incidencia en la resolución de las dudas interpretativas. En efecto, la ley ha procedido a una reducción notabilísima de los privilegios con relación al sistema anterior, lo que ha dado lugar a la expresión "poda de privilegios", y está presidida por el principio "par conditio creditorum" como conformador del sistema. Lo anterior no puede suponer otro significado diferente al de la necesaria interpretación restrictiva de cualquier privilegio concursal, evitando que al amparo de una interpretación amplia y excesivamente favorecedora se creen nuevos privilegios tácitamente o jurisprudencialmente que quiebren el sistema.

Sentado lo precedente, los recargos de apremio tanto de la Seguridad Social como tributarios deben ser considerados como créditos subordinados, incluidos en el apartado 4º del artículo 91 de la ley Concursal. En este sentido, aún cuando los recargos tanto tributarios como de la Seguridad Social tienen una naturaleza discutida, puesto que no puede concluirse que haya una posición doctrinal y jurisprudencial que con carácter uniforme le atribuya una naturaleza concreta, analizando su virtualidad y significado, puede mantenerse, a los efectos meramente concursales, la consideración anterior. No debe olvidarse que, con independencia de lo que en términos puramente nominativos pueda señalarse, la verdadera virtualidad, significado y finalidad del crédito es la que debe aportar la solución sobre su calificación a efectos del concurso y por ello, sin dejar de conocer que su concreta naturaleza jurídica es una cuestión debatida por no corresponderse expresamente con el concepto de sanción, no debe olvidarse que, con independencia de la concreta denominación que se ha utilizado por el legislador, vienen caracterizados por tratarse de créditos que surgen o se anudan al incumplimiento de una obligación tributaria y como consecuencia de este, es decir que son la respuesta legal a ese incumplimiento en tanto que ese es su origen y justificación y como tal, su función es idéntico al de una multa o sanción pecuniaria. En efecto, la ley concursal subordina las multas y demás sanciones coercitivas, y sin perjuicio de lo que a efectos tributarios pueda sostenerse sobre su naturaleza concreta, lo cierto es que no cabe duda que los recargos de apremio tienen cuanto menos un carácter similar al de una sanción, o en términos tal vez más precisos, constituyen una penalización que se anuda a la falta de cumplimiento en forma y plazo, en este caso, de una obligación tributaria, tanto en el caso de los recargos por declaración extemporánea como en el de los recargos del periodo ejecutivo. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional (Sentencia 164/1995) con relación a los primeros ha efectuado un análisis de su naturaleza, lo ha realizado únicamente a los efectos de determinar la aplicación o no de las garantías para el ejercicio de la potestad sancionadora establecidas constitucionalmente (artículos 24 y 25 CE) y en ella se les ha caracterizado como una figura intermedia entre las sanciones y las medidas resarcitorias (que en todo caso serían calificadas como subordinados por la vía del 92.3 LC). En concreto, la referida sentencia establece la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con una finalidad muy precisa "obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo". Igualmente, el Tribunal Constitucional ha especificado que se trata de una especie de multa o penalización económica en caso de retraso.

Lo anterior resulta aún más claro en el supuesto de los recargos de apremio en periodo ejecutivo donde escasa o nula finalidad incentivadora o de estímulo de pago puede considerarse que tienen. Además, teniendo en cuenta que su origen, el incumplimiento del concursado, si se optase por su calificación como créditos privilegiados se estaría

perjudicando al resto de los acreedores de modo que las consecuencias negativas del incumplimiento vendrían a recaer fundamentalmente sobre estos que soportarían los efectos del incumplimiento de las obligaciones frente a la Seguridad Social por parte del concursado crea un crédito preferente.

Estas razones justifican que a efectos meramente concursales deban ser incluidos en el apartado 4º del artículo 91 LC puesto que a pesar de que el legislador no se ha referido expresamente a esos recargos, no se le puede exigir un grado de concreción tal que especifique todos y cada uno de los diferentes créditos que pueden presentarse en la vida económica y jurídica, teniendo en cuenta el carácter universal del concurso que afecta a la totalidad de estos órdenes, sin sustracción de ninguno de ellos. Esa falta de concreción, lógica por otro lado, puesto que descender al detalle nominal de los créditos hubiese abocado inmediatamente a la Ley Concursal a la pérdida de su carácter universal y a su necesaria adaptación a los cambios de denominación o nuevos créditos nominales so pena de incurrir en un no deseado anacronismo, se ve sustituida por una cláusula que no ha de considerarse como general sino como descriptiva de modo preciso de los créditos a incluir en ella, es decir, las multas y demás sanciones pecuniarias, lo que exige que haya de estar al concreto significado del crédito y no a su denominación.

Cierto es que el informe de la administración concursal no se debe limitar a calificar como ordinario, privilegiado especial o general y subordinado cada crédito sino que ha de especificar el tipo concreto del que se trata y en el supuesto que nos ocupa, el crédito subordinado por recargo de apremio debe incluirse en el tipo del 92.4 sin que sea suficiente ni correcta su mera clasificación como subordinado sin mayores especificaciones. “: Sentencia JM-1 Santander 3.06.2005 (Incidente Concursal 170/2005)

“SEGUNDO.- Difieren igualmente las partes en calificación que ha de hacerse a los recargos, y que suman 96,99 euros.

La letrada de la T.G.S.S. argumenta que los recargos han de ser calificados como privilegio general del art. 91.2 de la LC alegando básicamente que su calificación ha de ir unida al crédito principal al que acompaña y que no pueden ser identificadas ni con la sanción ni con los intereses.

La naturaleza jurídica del recargo no es unívoca ni siquiera entre los propios administrativistas. En la nueva Ley Concursal no hay ninguna referencia expresa al recargo, ni en su Exposición de Motivos ni en sus artículos 91 y 92, pero la reducción del elenco de privilegios que lleva a cabo el legislador y el efecto degradador de algunos créditos responde a la necesidad de garantizar la igualdad entre los acreedores. Y ello lleva a otorgar los recargos, a efectos concursales, el carácter sancionador que defiende gran parte de la jurisprudencia tanto social como Contencioso-Administrativo, y en consecuencia al ser calificado como crédito subordinado, por cuanto que el recargo incorpora una función resarcitoria propia del interés junto a una función disuasoria próxima a la sanción. Esta posición es la adoptada por el Magistrado de la sala Social del T.S. Sr. Desdentado Bonete, en su trabajo la declaración del concurso y la Seguridad Social que tras reseñar la dudosa calificación del recargo, pues por una parte, opera como un interés de mora de carácter resarcitoria, pero en la medida en que excede el interés legal aplicable puede considerarse también como una sanción indirecta, en contra de lo mantenido en la STC 164/1995, que considera que la parte del recargo que supera el interés legal no es una sanción administrativa, concluye que en cualquier caso ha de ser excluido el recargo de la calificación de privilegio general, por que la medida disuasoria o interés por mora entra dentro del ámbito de los créditos subordinados por la vía nºero tres (intereses) o por la vía número cuatro (sanciones).”: Sentencia JM-1 Murcia 29.07.2005 (Incidente Concursal 171/2005)

“SEGUNDO. Se plantea, en primer lugar, la cuestión relativa a la calificación que merecen en el concurso las sumas devengadas por el concepto de recargos por ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo, pretendiendo a tal respecto la Tesorería General de la Seguridad Social que se les conceda el mismo tratamiento que a las propias retenciones, es decir el privilegio general del artículo 91-2º de la Ley Concursal, en aplicación de la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, mientras que la Administración Concursal entiende que tales recargos entran en la clasificación residual del privilegio general del artículo 92-4º de la Ley Concursal.

La naturaleza jurídica del recargo por pago fuera de plazo sin requerimiento, como el que ahora nos ocupa, ha sido objeto de análisis por nuestro Tribunal Constitucional en varias resoluciones, y así, entre otras, la STC 164/1995 de 13 noviembre se ocupó de la figura prevista en el artículo 61-2 Ley General Tributaria conforme a la redacción dada por la Ley 46/85, indicando que el recargo tiene una finalidad resarcitoria al comprender también un porcentaje de intereses sobre la deuda tributaria, teniendo además una función disuasoria, coercitiva o de estímulo, favoreciendo el pago puntual de la deuda, en lo que excede de la

cifra alcanzada por el interés de demora, pero descartando en cualquier caso su naturaleza de sanción al carecer de finalidad represiva.

La así proclamada naturaleza de los recargos por declaración extemporánea, como figura intermedia entre los intereses y las sanciones, aparece también recogida de este modo en la vigente Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria en la que se contemplan como parte integrante de la deuda tributaria (artículo 58-2 b) si bien su aplicación excluye la de las sanciones y en determinada medida la de los intereses de demora (artículo 27).

Delimitados en tales términos los contornos a que obedecen estos recargos la conclusión sólo puede ser la de catalogarlos como genuinos créditos subordinados al responder al patrón común de la clasificación contenida en los nº 3º y 4º del artículo 92 de la Ley Concursal para los créditos por intereses y por sanciones, a lo que contribuye además las siguientes consideraciones:

a) Aún cuando efectivamente la Ley General Tributaria describe los recargos como obligaciones tributarias accesorias de la principal (artículo 25-1) no es menos cierto que tampoco son tributos (como recuerda la STC 276/2000 de 16 noviembre).

b) La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal declara en su apartado V que una de las razones para la postergación de determinados créditos es precisamente la de su carácter accesorio, como ocurre con los créditos por intereses, los cuales serán calificados como subordinados aún cuando también formen parte integrante de la obligación tributaria (artículo 25-2 L.G.T.).

c) Merecen los recargos ser relegados a la postergación legal de la subordinación al no resultar merecedores, por su origen, del nivel de protección que el legislador concede al resto de créditos, teniendo presente que una solución contraria haría recaer sobre estos últimos las consecuencias de un incumplimiento legal que no les resulta a ellos imputable.

d) Cabe finalmente añadir que la calificación de los recargos como créditos subordinados ha sido mayoritariamente acogida por los Juzgados de lo Mercantil (así la Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº 5 Madrid de 29 marzo 2005, S.J.M. nº 3 Madrid de 4 marzo 2005, S.J.M. nº 4 Barcelona de 4 abril 2005, S.J.M. nº 2 Barcelona de 29 marzo 2005, S.J.M. nº 1 Barcelona de 22 abril 2005, S.J.M. nº 3 Barcelona de 6 abril 2005).

Procede, en consecuencia, estimar la postura defendida por la Administración concursal en el presente incidente y, en consecuencia, acordar correctamente calificados por aquélla los créditos en este extremo.”: Sentencia JM-1 Las Palmas 15.09.2005 (Incidente Concursal 18/2005)

“TERCERO.- La TGSS deduce su impugnación a los textos del Informe de la Administración Concursal, en el sentido de debatir que su crédito por recargo sea subordinado, como se hace constar en el Informe, de un lado, y el itinerario de cálculo del privilegio general de art. 91.4º LECO.

Ya se ha explicitado en anteriores sentencias de este Juzgado su respuesta en el asunto, que se inclina por la exégesis menos favorecedora de las ventajas de la fiscalidad, o de la parafiscalidad, que en definitiva es la Seguridad Social, puesto que cotizaciones y tributos son créditos públicos cuya protección aventajada no obedece a su recaudación en sí misma, sino que es funcional, en atención de los servicios a que subviene la Seguridad Social o los Presupuestos Generales, puesto que funcionales son cotizaciones y tributos, sin que tenga sentido exclusivamente por mera praxis acrecentadora del éxito de determinada recaudación ejecutiva. Y si en las situaciones de solvencia, la preferencia de estos créditos del Erario no tiene razón se obste, en las de insolvencia formalizada, como igualmente funcional es la tendencia al “concurso sin clases”, la proclamada poda de privilegios, y la instauración del instituto de la subordinación crediticia (punto V de la Exposición de Motivos de LECO), sí debe obstar la interpretación extensiva de tales preferencias esa otra funcionalidad legal, con arreglo a canon hermeneútico sociológico y progresivo de art. 3.1 CCiv, de modo que se constriñan las ventajas o beneficios materiales y procesales de la Recaudación. La disciplina de mercado que supone la información amplia del deudor-empresario para la TGSS, y el apunte legislativo ex art. 2.4.4º LECO, del presupuesto objetivo del concurso por impago de un periodo de cotizaciones, apunta que este acreedor público, el más indicado para “socializar” la comunidad de pérdidas que supone el concurso, y para abrigar soluciones estratégicas de mantenimiento de tejido industrial y empleo, debe optar por el apremio singular sin acumular grandes créditos eventualmente concursales, o resignarse, ante el concurso, a no ser, por tan grande crédito, árbitro de un convenio, o recipiario exagerado de los fondos para una liquidación, siempre magros en un procedimiento escorado por la alternativa de continuidad, que se lastra por las deudas de la masa.

Además que al procedimiento administrativo de la Recaudación se le permite una autonomía para la ejecución ya iniciada previamente a la apertura del concurso, tomando como referente el dictado de la providencia de apremio, anterior a la fecha de declaración del concurso, con embargo de bien que no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1.pfo.2º LECO), en excepción

específica del principio de “vis atractiva” del procedimiento concursal, en las operaciones de conformación de la masa pasiva, dicha Recaudación cuenta con beneficios, tanto para el reconocimiento, puesto que necesariamente se incluyen en la lista de acreedores en certificación administrativa (art. 86.2 LECO), como en la clasificación de los de Derecho público recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, pues se reputan sometidos a condición resolutoria y no litigiosos contingentes (art. 87.2 LECO), y en fin, en la graduación, que ahora nos interesa.

No se comparte, pues, la idea de que la inteligencia aplicativa de LECO deba ajustarse a la consideración histórica de los privilegios de los créditos iuspúblicos, en un panorama que cambia en profundidad, según queda resumido, y formula dicotomía entre prelación concursal y extraconcursal, de la ejecución singular.

Se han mantenido los privilegios en sentido estricto de la prelación, lo cual conlleva facultad de abstenerse en la vía convencional y preferencia de cobro en la liquidación. Pero para la graduación concursal se prevén variadas posiciones: las garantías reales -hipoteca legal tácita de arts. 90.1.1º LECO y 78 LGT-, que abonan privilegio especial; el privilegio general sólo supeditado al laboral de art. 91.2º LECO por las cantidades correspondientes a retenciones; el privilegio general de art. 91.4º LECO por los créditos de Derecho público, excluidos los anteriores, y que carezcan de privilegio especial, hasta el cincuenta por ciento de su importe; la condición de créditos subordinados o antiprivilegiados, tanto de los intereses de mora (art. 92.2º LECO), como de las sanciones (art. 92.4º LECO).

La limitación del privilegio general “común” -el de art. 91.2º LECO procede de la adecuación legal de lo que antes se consideraba derecho separable de la masa, al socaire del depósito ficticio de numerario de la TGSS por las retenciones anotadas en las cuentas del deudor-, y la aparición de la subordinación de los conceptos correspondientes al retraso en el pago o los sancionatorios, puesto que una vez constituida la masa activa, no reprimen al deudor sino a sus acreedores colectivizados en el procedimiento, y discrimina entre éstos.

Si se arranca de una indefinición en LECO para el recargo en el apremio, lo que es claro y admitido por todos, del principio en favor de la mayor paridad y poda de privilegios, a través de la vía indirecta de la subordinación, y sin que el concepto en norma de Seguridad Social de art. 25 LGSS (como el de art. 27 LGT en norma tributaria) resulte trasladable al ámbito concursal, no es absoluto bastante para combatir la subordinación considerar que el recargo se liquida e ingresa conjuntamente con el principal, ni tampoco que opera de manera automática, sin valoración subjetiva, ni en fin, que se imputa proporcionalmente con el principal, según art. 29 LGSS, ya que la imputación regula las condiciones de los créditos de un sujeto en orden al cobro, mientras que la prelación las condiciones de los créditos de varios sujetos que concurren en un patrimonio insuficiente.

Dos son los rasgos innegables del recargo, que le hacen discernible de la deuda de Seguridad Social o del tributo, y les abonan como créditos subordinados, equiparables a sanciones pecuniarias de art. 92.4º LECO: su carácter accesorio, y la ausencia de una contextura plena o esencialmente resarcitoria. El recargo no tiene más vida que la anclar de la deuda principal, una vez que no se produce su ingreso en plazo reglamentario, y además, su cuantía es fija, y no conforme a parámetros temporales de mayor retardo culpable, o de cuantificación de un envilecimiento del signo monetario.

No hay necesidad de negar el contenido descriptivo del recargo en la STC 276/2000 -más moderna que la específica de recargos de Seguridad Social, STC 164/1995, alegada por la TGSS-, puesto que se halla vertido en otro campo, a fin de acceder a la conclusión de que los recargos son de carácter sancionador al efecto de la graduación concursal. Utilizar fintas terminológicas para reputar “sólo” disuasorio o acicateador, lo que es una penalidad administrativa por incumplimiento objetivo -semejante a ejemplos comparados de la ejecución civil, como las “astreintes” del Derecho francés-, no debe mover a que castigue al resto de acreedores en la masa, aparte la responsabilidad que derive de la calificación concursal para el deudor. ¿Qué es la sanción sino prevención, partiendo de que retribuye una conducta de impago con otro pago adicional porcentualmente fijo? Los requisitos de la potestad sancionadora administrativa: tipicidad, proporcionalidad, etc., amén de que son formales, no tienen por qué predicarse de un concepto que no es sanción, sino que asimila al objeto de la graduación concursal, a lo que nada estorba que, además del recargo, por el impago pueda producirse una sanción en sentido propio. El aducir que la deuda parafiscal es una, y a partir de cierto punto temporal otra, sumado el recargo, sirve para el sujeto obligado, el concursado, pero la perspectiva aquí es diferente, ya que nos fijamos en los acreedores como colectivo, para quienes, por la insolvencia, el punto temporal relevante debe ser la declaración de concurso, y la deuda parafiscal una única.

No se tiene noticia, por otra parte, de resolución de otro Juzgado de lo Mercantil que, en este trance de incidente concursal impugnatorio, haya salvado al recargo de su condición de hipocrédito o crédito antiprivilegiado, y de suyo, no es algo que discutan las Haciendas Forales, y parece que tampoco la AEAT en territorio tributario “común”.

Por ello, tanto recargo como costas, a los efectos de la clasificación concursal, son créditos subordinados, y cierto que el Informe no especifica de qué nivel, según es forzoso, se tiene

que decretar que se encajan en el ordinal 4º del art. 92 LECO, como sancionatorios, en sustancia.”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria) 23.09.2005 (JUR 2006/113973)

“La limitación del privilegio general «común» -el de art. 91.2º LECO procede de la adecuación legal de lo que antes se consideraba derecho separable de la masa, al socaire del depósito ficticio de numerario de la TGSS por las retenciones anotadas en las cuentas del deudor-, y la aparición de la subordinación de los conceptos correspondientes al retraso en el pago o los sancionatorios, puesto que una vez constituida la masa activa, no reprimen al deudor sino a sus acreedores colectivizados en el procedimiento, y discrimina entre éstos.

Si se arranca de la predicha indefinición en LECO para el recargo en el apremio, lo que es claro y admitido por todos, del principio en favor de la mayor paridad y poda de privilegios, a través de la vía indirecta de la subordinación, y sin que el concepto en norma de Seguridad Social de art. 25 LGSS (como el de art. 27 LGT en norma tributaria) resulte trasladable al ámbito concursal, no es en absoluto bastante para combatir la subordinación considerar que el recargo se liquida e ingresa conjuntamente con el principal, ni tampoco que opera de manera automática, sin valoración subjetiva, ni en fin, que se imputa proporcionalmente con el principal, según art. 29 LGSS, ya que la imputación regula las condiciones de los créditos de un sujeto en orden al cobro, mientras que la prelación las condiciones de los créditos de varios sujetos que concurren en un patrimonio insuficiente.

Dos son los rasgos innegables del recargo, que le hacen discernible de la deuda de Seguridad Social o del tributo, y les abonan como créditos subordinados, equiparables a sanciones pecuniarias de art. 92.4º LECO : su carácter accesorio, y la ausencia de una contextura plena o esencialmente resarcitoria. El recargo no tiene más vida que la ancilar de la deuda principal, una vez que no se produce su ingreso en plazo reglamentario, y además, su cuantía es fija, y no conforme a parámetros temporales de mayor retardo culpable, o de cuantificación de un envejecimiento del signo monetario.

No hay necesidad de negar el contenido descriptivo del recargo en la STC 276/2000 (RTC 2000, 276) -más moderna que la específica de recargos de Seguridad Social, STC 164/1995 (RTC 1995, 164), alegada por la TGSS-, puesto que se halla vertido en otro campo, a fin de acceder a la conclusión de que los recargos son de carácter sancionador al efecto de la graduación concursal. Utilizar fintas terminológicas para reputar «sólo» disuasorio o acicateador, lo que es una penalidad administrativa por incumplimiento objetivo -semejante a ejemplos comparados de la ejecución civil, como las «astreintes» del Derecho francés-, no debe mover a que castigue al resto de acreedores en la masa, aparte la responsabilidad que derive de la calificación concursal para el deudor. ¿Qué es la sanción sino prevención, partiendo de que retribuye una conducta de impago con otro pago adicional porcentualmente fijo? Los requisitos de la potestad sancionadora administrativa: tipicidad, proporcionalidad, etc., amén de que son formales, no tienen por qué predicarse de un concepto que no es sanción, sino que asimila al objeto de la graduación concursal, a lo que nada estorba que, además del recargo, por el impago pueda producirse una sanción en sentido propio. El aducir que la deuda parafiscal es una, y a partir de cierto punto temporal otra, sumado el recargo, sirve para el sujeto obligado, el concursado, pero la perspectiva aquí es diferente, ya que nos fijamos en los acreedores como colectivo, para quienes, por la insolvencia, el punto temporal relevante debe ser la declaración de concurso, y la deuda parafiscal una única.

Se sigue sin tener noticia, por otra parte, de resolución de otro Juzgado de lo Mercantil - menos de Audiencia Provincial en vía de apelación- que, en este trance de incidente concursal impugnatorio, haya salvado al recargo de su condición de hipocrédito o crédito antiprivilegiado, y de suyo, no es algo que discutan las Haciendas Forales, y parece que tampoco la AEAT en territorio tributario «común».

Por ello, tanto recargo como costas, a los efectos de la clasificación concursal, son créditos subordinados, y cierto que el Informe no especifica de qué nivel, se tiene que decretar que se encajan en el ordinal 4º del art. 92 LECO, como sancionatorios, en sustancia. ”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria-Gasteiz) 17.10.2005 (AC 2005/2277)

“CUARTO.- La siguiente cuestión debatida es la relativa a la calificación que haya de darse a los recargos, que la administración concursal considera que son créditos con privilegio general, y la administración concursal y la concursada los consideran créditos subordinados.

La clasificación que tienen los recargos de mora y apremio resulta una cuestión discutida doctrinalmente, ya que la LC no se refiere expresamente a ellos. Existen tres posturas en orden a su clasificación. La primera, mantenida por el promotor del incidente, que los configura como créditos con privilegio general, ya que el art. 91.2 LC se refiere a las cantidades debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. Un segundo sector considera que han de configurarse como créditos ordinarios, dado el carácter residual de los mismos. Una tercera postura, entre las que se incluye esta Juzgadora, los

configura como créditos subordinados, si bien resulta a su vez discutible su inclusión en los apartados 3º y 4º del art. 92 LC.

No puede admitirse la configuración de los recargos de mora y apremio como créditos con privilegio general pues dicha interpretación pugna con lo dispuesto en el art. 89.2 in fine de la Ley Concursal, que establece: "No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley". No estando expresamente previstos como créditos con privilegio general, ha de negárseles dicha calificación en aplicación del citado precepto, ya que dada su naturaleza específica, no pueden entenderse incluidos en la expresión "conjunto de créditos de la Hacienda Pública", como tampoco se incluyen los intereses. De otra parte, siendo los créditos ordinarios una categoría residual, se trata de determinar si los recargos de mora y apremio se configuran como alguno de los créditos subordinados previstos en el art. 92 Ley Concursal, y más concretamente en sus apartados 3º y 4º. El art. 92.3 califica como créditos subordinados, "los créditos por intereses de cualquier clase incluidos los moratorios"; y el apartado 4º, "los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias".

Llegados a este punto, se ha de analizar cuál sea la naturaleza de los recargos de mora y apremio, atendiendo a la doctrina constitucional y jurisprudencia contencioso administrativa. El Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de 12 de diciembre de 1995, reiterando lo expuesto en su sentencia 164/95, en cuanto a la naturaleza jurídica del recargo previsto en el art. 61.2 de la LGT (entonces vigente), declaró que no es reconducible al campo de las sanciones, dada la ausencia de finalidad represiva. Con anterioridad la Sentencia 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional, consagró la naturaleza compensatoria o indemnizatoria de los intereses de demora. De otra parte, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2002, analizando el artículo 27 de la Ley General de la Seguridad Social afirma que los recargos son "unos intereses compensatorios de devengo automático por el retraso en el cumplimiento de la obligación, después de transcurrir el plazo reglamentario para el pago de las cuotas". Y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003, recoge la doctrina constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre, 198/1995, de 21 de diciembre, 44/1996, de 14 de marzo, y 141/1996, de 16 de septiembre, en las que se declaró que el recargo del citado artículo 61.2 LGT no tenía naturaleza sancionadora, si bien dicha sentencia puntualiza que el Tribunal Constitucional analizaba el precepto tributario reseñado en la redacción de la Ley 46/1985, en la que sólo se preveía un recargo del 10%, añadiendo el Tribunal Supremo que "si, pese al nomen iuris utilizado por el legislador, la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones tributarias, entonces podría concluirse que se trata de una sanción". Y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2004, señala que los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda.

La citada STC 164/1995, argumenta sobre la naturaleza jurídica del recargo en los siguientes términos:

"Importa advertir ante todo que las cuestiones planteadas a propósito del art. 61,2 LGT contemplan únicamente la alternativa sanción/medida resarcitoria, que constituyen tipos de medidas con unas finalidades en principio bien diferenciadas, en la medida en que la primera persigue la disuasión y el castigo de una conducta ilícita y la segunda la reparación de un daño. Sin embargo, ni desde una perspectiva general superior al tipo de problemas que nos ocupan, ni en relación con nuestra problemática actual, puede aceptarse este reduccionismo que invita a pensar que lo que no es sanción se transforma automáticamente en indemnización, o, a la inversa, que lo que no es indemnización ha de ser necesariamente una sanción, es decir, que excluye la posibilidad de que entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos. En efecto, en términos generales, la reconducción de las conductas a las pautas deseadas por el legislador admite distintas técnicas, en la elección de las cuales goza en principio el legislador de libertad configurativa.

Así las cosas, ha de recordarse que en distintas ocasiones hemos advertido ya de la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del ius puniendi del Estado. Así, en la STC 239/88, dijimos que "los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/82, 69/83 y 96/88, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador".

Se trata, pues, de averiguar si el recargo cuestionado tiene o no "un verdadero sentido

sancionador". En esta línea, hay que dejar constancia, como primer dato relevante que es, aunque no decisivo, de la clara voluntad del legislador de excluir el recargo que contemplamos del ámbito de las sanciones. En efecto, cuando el art. 61,2 LGT contempla el supuesto de ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo, y le anuda la consecuencia que ya conocemos, expresamente excluye la imposición "de las sanciones que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas", con lo que claramente está excluyendo la aplicación del ius puniendi del Estado en estos casos. Puesto en relación este precepto con el art. 79 a) LGT, que tipifica como infracción grave la conducta consistente en dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria, el art. 61,2 constituye técnicamente, como ha señalado la doctrina, una especie de excusa absoluta.

Ahora bien, también es cierto que para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el nomen iuris que le dé la Administración (STC 239/88) o le asigne el legislador. Algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora, en la medida en que constituye la respuesta a una conducta en principio tipificada como ilícito tributario y que consiste en una especie de multa o penalización económica. Efectivamente, como se sostiene en alguna de las cuestiones planteadas, el recargo del 10% de la deuda tributaria, en la medida en que exceda de la cantidad resultante de aplicar el interés de demora ordinario marcado por el art. 58,2 LGT (que es la que tiene en principio asignada la función indemnizatoria del perjuicio económico que representa para la Administración el retraso en el pago de los tributos), podría ser visto como una multa atenuada por la circunstancia de la espontaneidad del pago. De hecho, el cumplimiento espontáneo está previsto en la LGT como una de las circunstancias a tener en cuenta en la graduación de las sanciones (art. 82 e, LGT, en la redacción vigente a la sazón). En este sentido podría pensarse que, más que una verdadera excusa absoluta o causa de no punibilidad, lo que la voluntariedad del ingreso fuera de plazo representa realmente es una atenuación de la sanción.

Sin embargo, este argumento basado en la existencia de ciertos rasgos comunes del recargo con la sanción no puede ser aceptado. El recargo no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/88. En efecto, al negar la naturaleza sancionadora de las multas coercitivas (además de señalar su verdadera naturaleza como medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, esto es, como manifestación de la autotutela administrativa) dijimos que carecían de carácter sancionador por cuanto mediante ellas "no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita", "no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica".

Y en el caso del recargo del art. 61,2 LGT no se aprecia una finalidad represiva o punitiva: en el sistema global de garantías del pago puntual de las deudas tributarias aparecen en primer término las sanciones cuya cuantía supera en mucho el importe de la figura aquí controvertida. Ciertamente, no es este un argumento definitivo, pero no puede desconocerse su valor indiciario. Si pese al nomen iuris utilizado por el legislador la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones, podría concluirse que se trataba de una sanción. En sentido opuesto, cabe pensar que la imposición del pago de una suma de dinero cuya cuantía se aleja muy destacadamente, y por debajo, de las multas, no tiene una finalidad represiva, especialmente cuando se trata de una cifra descendente a medida que el tiempo transcurre y que en último término llega a desaparecer cuando el interés de demora alcanza el 10% de la deuda tributaria.

Por otro lado, el hecho de que el recargo impugnado pueda tener una finalidad disuasoria del pago impuntual de las deudas tributarias no lo convierte en una sanción. Una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción. Así lo ha reconocido este Tribunal expresamente en el caso de las multas coercitivas (STC 239/88) e indirectamente respecto de otras figuras jurídicas como son los tributos con función extrafiscal: la STC 37/87, estudiando el Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas regulado en la Ley andaluza 8/84, declara que "la intentio legis del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra que la propia Ley define".

En definitiva, resulta claro que la función disuasoria de una figura jurídica no determina sin más su naturaleza sancionadora".

De la anterior argumentación jurídica no puede sino colegirse la calificación como subordinado del crédito, si bien pueda resultar discutible, la inclusión en los apartados 3º y 4º Ley Concursal, lo que en interpretación strictu sensu podría incluso llevarnos a analizar en cada caso el importe del recargo para determinar si participa en cierta forma de una

naturaleza sancionadora. No obstante, dado que con carácter general se incide en la naturaleza indemnizatoria o reparadora del recargo, a pesar de su evidente finalidad disuasoria, se considera que el mismo debe ser incluido en el apartado 3º de art. 92 Ley Concursal, que se refiere a los intereses “incluidos los moratorios”.

A mayor abundamiento es criterio mayoritario de los Jueces de lo Mercantil la calificación de los recargos por mora y apremio como créditos subordinados (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 29 de marzo de 2005, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 4 de marzo de 2005, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 4 de abril de 2005, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 29 de marzo de 2005, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 6 de abril de 2005); si bien algunas resoluciones los incluyen en el apartado 3º (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 27 de mayo de 2005), mientras que otras los incluyen en el apartado 4º (Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia y de lo Mercantil de Santander de 3 de junio de 2005, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 11 de abril de 2005 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 23 de junio de 2005). “:Sentencia JM-1 Sevilla 07.02.2006 (JUR 2006/150150)

“Respecto de la determinación de la naturaleza de los recargos de la seguridad social hemos de partir de que el origen de los recargos puede localizarse en el derecho Europeo comunitario y más concretamente en la figura del «steuerliche Nebenleistung» recogido en la Ordenanza Tributaria Alemana cuya figura jurídica es la «verspätungszuschlag «como figura que no es ni sanción ni indemnización sino una nueva categoría jurídica con rasgos propios que el Tribunal Constitucional intentó definir en su resolución 164/1995.

Sin embargo la finalidad disuasoria ha sido destacada, por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 76/1990 (RTC 1990\ 76), respecto de los intereses de demora, específicamente, lo que nos llevaría a determinar que aunque se encuentra también en materia de recargos no necesariamente se identifica con los primeros. El carácter sancionador, cada día mas negado por la doctrina, se discrimina en función de la comparación de cada recargo con las infracciones recogidas en la normativa correspondiente y ello nos lleva a entender que, a pesar del nomen iuris, cuando legislador habla de recargos y estos ? comparativamente hablando? se acercan o son similares a las sanciones, en realidad nos encontramos no con recargos sino con manifestaciones encubiertas de la facultad sancionadora de la administración.

En relación a su clasificación dentro de los diferentes supuestos de clasificación de créditos que nos permite la normativa concursal es lógico y razonable que se defienda tanto su posición como créditos ordinarios o como subordinados y, dentro de estos últimos, dentro del grupo tercero referido a créditos por intereses como de los del grupo cuarto referidos a créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

Lo que palmariamente ?salvo algún supuesto doctrinal? parece derivarse de los diferentes estudios es que no se trata de una sanción o al menos que no cumple con todos los requisitos para ser considerada como tal y que cuando así ha sido declarada por el Tribunal Constitucional se ha debido a que el legislador ha establecido tipos muy cercanos a los de la infracción cuyo estudio en conjunto nos permite referirnos a supuestos sancionadores y no a verdaderos recargos. También parece comúnmente admitido que en la naturaleza del recargo se incluye su carácter resarcitorio que se contradice en los supuestos en que también se exige o convive con intereses moratorios. La idea del tertium genus, de su carácter híbrido o mixto pulula entonces ante esta «prestación accesoria «que forma parte de la deuda tributaria como categoría jurídica con rasgos propios y que bien podrían encuadrarse a partir de una concepción amplia de intereses como subordinados del grupo tercero de la Ley concursal (intereses de cualquier clase) o bien como «créditos tributarios» ordinarios. Pero también, como veremos, a efectos concursales como sanciones en sentido amplio.

Quizás es coherente al sistema partir de que el que no paga en tiempo y lo hace tardíamente antes de que se le requiera o posterior a dicho requerimiento, o incluso en período ejecutivo, se beneficia de un dinero que no es suyo y perjudica el haber común público y ello conlleva un mayor gravamen en su deuda que no es ni sancionatorio ni resarcitorio en sí mismo sino constitutivo de una nueva determinación de la deuda tributaria pero que hemos de referir no en cuanto a su naturaleza recaudatoria sino a la que tenga respecto de la norma concursal. El hecho de que en función de determinadas circunstancias se apliquen o no intereses moratorios es una medida de política legislativa que la administración establece a partir de considerar que el resarcimiento no es tan importante como el abono de la deuda y al mismo tiempo incentiva al pago voluntario. El criterio de subordinación, mantenido por la sentencia señalada de Madrid, es también compartido por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de fecha 6 de abril de 2005, en donde señala que «no tendría sentido concursal que un interés o sanción aplicado en un recargo gozara de un beneficio y preferencia determinado y que, sin

embargo, en otro crédito público fuera relegado al pelotón de los subordinados» y concluye diciendo que «a los solos efectos concursales recargos y sanciones deben considerarse conceptos equivalentes y, en ambos casos, subordinados en función de su naturaleza intrínseca y no del nombre que haya querido darle el legislador». Es importante señalar que esta sentencia viene a delimitar un argumento que hemos tratado de deslindar más arriba partiendo de que el recargo pudiera constituir en sí un crédito a tanto alzado en donde se diferencien conceptos a efectos concursales. Señala la misma que «parece evidente que el legislador permite a los administradores del concurso «desmenuzar» los créditos que se le insinúan y deslindar de ese desbroce los distintos elementos que integran ese crédito pero que, desde una perspectiva concursal, no hacen sino ensamblar créditos de naturaleza distinta». En cualquier caso la referida sentencia no desbroza el «recargo» o «los recargos» sino que los agrupa a los efectos concursales sin distinguir su naturaleza individualmente. La posición subordinada también ha sido defendida en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Alicante de 5 de mayo de 2005; aunque señala que se puede discutir su ubicación dentro de los subordinados, utiliza las sentencias del Tribunal Constitucional para señalar naturaleza de «multa o penalización económica». La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, de fecha 22 de abril de 2005 utiliza un criterio interesante ¿al que nos referimos al principio? al referirse a que «el concepto de sanciones establecido en el artículo 92.4º LC no es equivalente al concepto estricto de sanciones que se maneja en el derecho administrativo sino que incluye otras que sin ostentar tal carácter se le pueden asimilar. Entre ellas se encuentran los diversos tipos de recargos». Todo ello se justifica en función de un análisis de la exposición de motivos de la Ley Concursal y el carácter amplio del concepto «demás sanciones» que recoge el precepto en cuestión. Todo lo anterior nos lleva a considerar que el análisis en conjunto de los recargos difumina la verdadera naturaleza de cada uno de ellos considerados individualmente y que en todos puede verse el componente accesorio (que en la exposición de motivos de la Ley concursal se identifica con los intereses) a cuyos efectos concursales también puede verse en el régimen de créditos subordinados y, dentro de este, en el carácter disuasorio de toda sanción en el término concursal en que se ha recogido en el artículo 92.4 LC precisamente porque en su naturaleza puede verse también la naturaleza sancionadora junto a la de resarcimiento y estímulo.

En virtud de todo lo anterior procede estar a la clasificación realizada por la impugnante estimando su pretensión al respecto.": S JM-1 Málaga 29.03.2006 (AC 2006/1474)

“ (...) las cuestiones que quedan por resolver son las relativas al tratamiento que debe hacerse de los recargos ¿que en la tesis de la TGSS debe el mismo que el del crédito a que se refieren y gravan? y en el alcance del privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal. Sobre estas dos cuestiones ya se ha pronunciado el Juzgado en varias ocasiones anteriores en los términos que se expondrán en los dos fundamentos siguientes. CUARTO Para resolver la cuestión relativa a la correcta ubicación concursal de los recargos ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la finalidad de la regulación legal sobre la clasificación de los créditos es la de reducir al máximo los privilegios en cuanto que excepciones al principio de igualdad de trato de los acreedores, y que las excepciones negativas que constituyen los créditos subordinados se justifican, entre otros motivos, por el carácter accesorio del crédito (intereses) o por su naturaleza sancionadora (multas), según se explica en la Exposición de Motivos de la Ley, V, párrafos primero y tercero. Para cumplir esa finalidad ¿que se materializa con la tajante declaración del artículo 89.2 según la cual no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley? han de agotarse las posibilidades de autointegración de la Ley Concursal antes de acudir a calificaciones que si en otro ámbito, como el del derecho administrativo sancionador, pueden tener plena virtualidad, en el campo del concurso implican trastocar la regla de la paridad y extender injustificadamente los privilegios. Por eso no cabe trasladar automáticamente a este ámbito la doctrina de la STC plasmada en la sentencia de 13 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 164), a propósito de la naturaleza jurídica del recargo, pues lo que en esa resolución descartó el Tribunal Constitucional fue la necesidad de seguir el procedimiento sancionador para la imposición del recargo, sin negar la función resarcitoria en unos casos, o coercitiva o sancionadora en otros, que la figura puede cumplir. Es la misma función que en ocasiones cumplen los intereses moratorios y las sanciones pecuniarias en sentido amplio, incluso algunas modalidades de cláusulas penales o multas coercitivas que puedan haberse pactado para incentivar el cumplimiento de un contrato. Se trata en todo caso de una obligación accesoria de la principal ¿y en derecho concursal lo accesorio no sigue a la obligación principal, sino que como regla general se posterga? y es, en esencia, una penalidad por el incumplimiento puntual de esa obligación principal, aunque no participe de la naturaleza de las sanciones administrativas y no sea necesario, por ello, observar para su imposición las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador. Por eso, a falta de mención expresa en la Ley concursal, la clasificación que mejor conviene a los recargos es la de créditos subordinados del artículo 92. 4º, asimilados

a las sanciones pecuniarias. Esta calificación no es, por cierto, del todo extraña a la legislación en materia de Seguridad Social, como lo demuestra el artículo 86 de la LGSS que al enunciar los recursos generales para la financiación de la Seguridad Social distingue entre cuotas de las personas obligadas (letra b)?, y «cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga» (letra c)?.

En consecuencia, el criterio de la administración concursal de clasificar como subordinado la parte del crédito de la TGSS constituido por recargos debe ser considerado correcto y la demanda ha de ser desestimada en cuanto a este extremo.”: SJM-1 La Coruña 26.04.2006 (AC 2007/205)

“**CUARTO** Por lo que se refiere a la clasificación que merecen los recargos previstos en el art. 25 Ley General Seguridad Social cabe señalar que, por más que el art. 10-5 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 junio, disponga que los recargos se liquidarán e ingresarán conjuntamente con el principal de las deudas sobre las que recaigan, su naturaleza es diferente a la que reviste la obligación principal, naciendo aquellos recargos por la circunstancia de la morosidad en el pago de la deuda, todo lo cual viene a situar el crédito por el concepto que nos ocupa en la categoría de los créditos subordinados por incardinación en el apartado 4º art. 92 LC, sin que quepa argüir en contra que la norma habla únicamente de «multas y demás sanciones pecuniarias», pues lo cierto es que no puede exigirse a una norma que trata de conceptos generales el descender al detallado casuismo que se puede derivar de la aplicación de tan complejo ordenamiento (siguiendo en este punto a la, SAP Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de 11 abril 2005), procediendo en consecuencia desestimar la impugnación en este punto. “:S JM-1 Oviedo (Asturias) 10.05.2006 (AC 2006/867)

“Discuten esencialmente los litigantes sobre la consideración del recargo, que el demandante considera crédito privilegiado, mientras que administración concursal entiende merece la calificación de subordinado. Este juzgado ha resuelto sobre idéntica cuestión en numerosas ocasiones. En ellas se decía que el fundamento de la primera tesis se sostenía en «los arts. 25 y 27 del RDL 1/1994, de 20 de junio , que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y el Reglamento General de Recaudación , se liquidan e ingresan al tiempo que el crédito principal, que tal devengo es automático y además forma un todo con el principal por disposición de la Ley, sin necesidad de un ánimo subjetivo concreto, que se calcula proporcionalmente al principal según el art. 29 LGSS».

También se afirmaba que «Sin embargo esos argumentos parten de una visión no concursal de la figura. Sin duda todo cuanto se dice se puede predicar de aquellos casos en que la TGSS se dirige a un obligado, y su relación se entiende exclusivamente entre ambos. Pero en el concurso hay numerosos acreedores, que conviven con el hoy demandante y cuyos intereses son igualmente susceptible de protección. Tales acreedores también pueden esgrimir cláusulas penales, intereses moratorios y otros recargos que merecen un tratamiento semejante a los de la entidad pública, que ya tiene algunos privilegios específicos, como la posibilidad de comunicación tardía a la que hace referencia el anterior fundamento, o la ejecución separada en procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso sobre bienes no necesarios para mantener la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1 LC)».

Las resoluciones citadas decían que «Se trata de que el tratamiento jurídico de cada clase de créditos sea diferente, dada la finalidad del concurso. Los créditos frente a la masa serán satisfechos al margen de los concursales y con carácter previo, los demás concurrirán con el privilegio que proceda para tratar de alcanzar el convenio, y precisamente por tal finalidad, los de recargos, intereses, multas y sanciones son postergados convirtiéndose en subordinados. La dificultad de cobro que en general ocasiona cualquier procedimiento concursal aconseja que el cobro de estos últimos se supedita a la satisfacción de los demás».

También se ha afirmado por este juzgado que «En el caso de los recargos de la Seguridad Social esa doctrina se contiene en las STC 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995\ 164), 198/1995, de 21 de diciembre (RTC 1995\ 198), 141/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996\ 141), y los autos AATC 57/1998, de 3 de marzo (RTC 1998\ 57 AUTO) y 237/1998, de 10 de noviembre (RTC 1998\ 237 AUTO). En este último se admite que «algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora».

A ello se añade que otras resoluciones como, la STC 276/2000 (RTC 2000\ 276) proclama sin ambages que «el recargo del 50 por 100 establecido en el art. 61.2 LGT se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario en el ordenamiento positivo, concretamente, en el art. 79 a) LGT» (F. 3º). Eso supone que «el recargo cuestionado se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma». También sostiene que «el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de

morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones». Y termina «En fin, puede reforzar la imagen sancionadora del recargo la circunstancia de que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en su art. 4.3, haya señalado que las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, «así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado»».

Todos esos razonamientos conducen a concluir que, «En definitiva, el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 LGT, en su redacción dada por la Ley 18/1991, en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción» (F. 6º). La misma línea interpretativa siguen las STC 201/1996, de 29 de enero de 2001 SIC, 93/2001, de 2 de abril (RTC 2001\93) y 127/2002, de 23 de mayo (RTC 2002\127).

La conclusión que se alcanza, en consecuencia, es que ese aspecto sancionador que puede percibirse del recargo permite acudir al art. 92.4 LC, como ha hecho la administración concursal, para calificar como subordinado su importe, lo que determina la desestimación de la impugnación. “: Sentencia JM-1 Bilbao 19.05.2006 (JUR 2006/183441)

“TERCERO.- La calificación del recargo.- Es recurrente la cuestión de la calificación del recargo. La administración concursal los incluye, en todos los casos, como crédito subordinado. Ese criterio se comparte por el juzgado, que lo ha reiterado en numerosos pronunciamientos (Sentencias de 3, 6, 7, 8 y 15 de marzo, 16 y 19 de mayo, 22, 23, 27 y 28 de junio, 7 y 10 de julio, 11 de septiembre, 3 de octubre, 16 de noviembre y 28 de diciembre de 2006).

Los argumentos son conocidos, y se sostienen en la naturaleza sancionatoria de la figura que se desprende, por ejemplo, de la STC 276/200 (RTC 2000\276). Esta indica que *"el recargo del 50 por 100 establecido en el art. 61.2 LGT se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario en el ordenamiento positivo, concretamente, en el art. 79 a) LGT"* (FJ 3º). Por ello entiende que *"el recargo cuestionado se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma"*.

La mencionada sentencia mantiene que *"el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones"*. Concluye así: *"En fin, puede reforzar la imagen sancionadora del recargo la circunstancia de que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en su art. 4.3, haya señalado que las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, «así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado»"*.

Por todo lo dicho la resolución citada considera que *"En definitiva, el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 LGT, en su redacción dada por la Ley 18/1991, en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción"* (FJ 6º). La misma línea interpretativa siguen las STC 201/1996, de 29 de enero de 2001 (RTC 2001\26), 93/2001, de 2 de abril (RTC 2001\93) y 127/2002, de 23 de mayo (RTC 2002\127).

Además las SAP A Coruña de 10 de abril de 2006, AC 2006\496 o SAP Soria de 12 de mayo 2006, AC 2006\966, han mantenido semejante posición, calificando los recargos como crédito subordinado. Por lo tanto los recargos se incardinan en los supuestos del art. 92.3 y 4 LC, y han de abandonar su calificación de privilegiados, de cualquier clase, y ordinarios. Los recargos suponen una sanción y por lo tanto se incluyen en las previsiones del art. 92. 3º y 4º LC, lo que supone su calificación como crédito subordinado, tal y como ha entendido la administración concursal.

Esto significa que, atendiendo a la última certificación aportada, la de tres de octubre, el importe de los recargos del crédito que se pretendía sobre la base del art. 91.1 (folio 67 de los autos), que asciende a 75.001,24 euros, tendrá la consideración de crédito subordinado. El crédito del art. 91.2 LC, por cuota obrera, que se pretende en la página 68, de 216,21 euros, se verá reducido por el importe del recargo, es decir, 56,06 euros, que tienen la consideración de crédito subordinado. El crédito del art. 91.2 LC será, por lo tanto, de 160,15 euros.

Otro tanto acontece con el recargo que la TGSS pretende por el crédito con privilegio general del art. 91.4 LC y ordinario, folio 69 del incidente, que supone 48.672,80 euros. Por lo tanto el crédito subordinado asciende a la suma de 75.001,24 euros, 56,06 euros, 48.672,80 euros y lo recogido en la propia certificación (folio 65), 5.141,17 euros, todo lo cual importa 128.871,21 euros. “: Sentencia JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Incidente Concursal 307/2006-C)

2. ¿Son crédito subordinado las costas del procedimiento administrativo de apremio?

2.1 No lo son

“SEXTO.- La segunda cuestión que plantea la impugnante es la relativa a la clasificación como créditos subordinados de las costas. Teniendo en cuenta los principios señalados en el primer fundamento de derecho y atendiendo al propio artículo 92 LC, debe estimarse la impugnación. Efectivamente, y a diferencia de lo que sucede en cuanto a los recargos de apremio en los que es perfectamente visible su naturaleza y función idéntica al de una sanción, en el caso de las costas la solución es completamente diferente. No es posible apreciar ningún atisbo de sanción en la naturaleza de las costas que justifique su subordinación sino que representan únicamente los costes necesarios para la tramitación, en este caso, de un expediente sancionador, y que ope legis, se imponen al que finalmente es sancionado estableciéndose en la propia ley el principio de vencimiento, es decir, se trata de un crédito derivado de los gastos ocasionados en la tramitación de un procedimiento, en este caso de apremio, de naturaleza semejante a las costas de los procedimientos judiciales. Esta consideración obliga a estimar la impugnación en cuanto a los referidos créditos, debiéndose incluir para el cómputo del 50% del apartado 4º del artículo 91 y como crédito general.”: **Sentencia JM-1 Santander 3.06.2005 (Incidente Concursal 170/2005)**

2.2 Sí lo son

“Igual calificación ha de darse a las costas, dado su carácter accesorio respecto del principal, por lo que ha de reconocerse como crédito subordinado la suma total de 109,98 euros (96,99 euros de recargo más 12,99 euros de costas).” Sentencia JM-1 Murcia 29.07.2005 (Incidente Concursal 171/2005)

3. Recargos fiscales en periodo voluntario y de apremio: son créditos subordinados

“**CUARTO** Queda, por último, abordar el tercero de los motivos de apelación contra la sentencia de instancia, cual es el relativo a la clasificación de los créditos derivados de los recargos tributarios, y en este concreto caso del recargo de apremio del 20%.

Pues bien, hemos de partir para ello de lo normado en el art. 92.3 y 4 de la LC conforme a dichos preceptos son créditos subordinados: «los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía» y los «créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». Pues bien, de tales preceptos resulta que no ofrece duda que son créditos subordinados los correspondientes a intereses, multas y demás sanciones pecuniarias, y que no podemos limitar la expresión sanción pecuniaria a multa, pues sino la distinción del legislador carecería de todo sentido, incurriendo en una reduplicación absurda. Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995\164), ya puso de manifiesto que «para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo su nomen iuris que le dé la Administración o le asigne el Legislador».

Hoy en día las primeras resoluciones judiciales dictadas en esta materia por los juzgados de lo mercantil se muestran proclives a la clasificación de los mentados créditos como subordinados. Siendo manifestación de lo expuesto las sentencias de los Juzgado de tal clase núm. 5 Madrid de 29 marzo 2005; núm. 3 Madrid de 4 marzo 2005; núm. 4 Barcelona de 4 abril 2005; núm. 2 Barcelona de 29 marzo 2005; núm. 1 Barcelona de 22 abril 2005; núm. 3 Barcelona de 6 abril 2005; Oviedo de 27 de mayo de 2005; num. 10 Primera Instancia (mercantil) de Santander de 3 de junio de 2005; num. 1 de Valencia, de 1 de junio de 2005; num. 1 de Málaga de 21 de julio de 2005 entre otras).

En definitiva, la cuestión que se somete a consideración judicial deriva si el privilegio del art. 91, en cuanto se refiere a créditos tributarios sólo comprende la cuota tributaria, es decir, la obligación tributaria principal (arts. 19 y 58.1 LGT) o abarca igualmente las denominadas obligaciones accesorias (art. 25), entre las que se encuentran los recargos (art. 58.2), excluidos la multa y los intereses dada su condición de créditos subordinados, como resulta de lo normado en el art. 92.3 y 4 de la L.C., extremo éste no cuestionado por la parte recurrente. Pues bien, dejando al margen la cuestión de los denominados tributos parásitos constituidos por «los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos», la problemática se suscita con respecto a los otros recargos previstos en la Ley, cuales son los recargos por ingreso extemporáneo (art. 27 LGT) y los recargos del período ejecutivo del art. 28 que, a su vez admiten tres modalidades: ejecutivo, de apremio reducido y de apremio ordinario.

Los recargos por declaración extemporánea son reputados como créditos subordinados, dada su naturaleza similar a los intereses de demora a los que sustituyen, siendo incompatibles con los mismos en los términos del art. 27.2 de la LGT, pretendiendo indemnizar al fisco por la demora en la percepción del impuesto, amen de que presenta un cierto efecto disuasorio, que determina su equiparación a las sanciones, y así a los efectos de su retroactividad, el art. 10.2 II de la mentada Disposición General establece que «no obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado», dándoles un similar tratamiento jurídico y haciéndoles partícipes de uno de los principios fundamentales en los que se asienta el derecho sancionador, cual es el de la retroactividad de la norma más favorable. No se trata, pues, de verdaderos tributos, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000 (RTC 2000\ 276). Es innegable, no obstante, que conforman la deuda tributaria, pero también se incluye en ella los intereses de demora, que figuran claramente con la calificación jurídica de créditos subordinados en el art. 92.3 LC Por otra parte, en esta última normativa, la accesoriedad es uno de los criterios legales de postergación de los créditos y el propio art. 25 de la LGT califica a los recargos como prestaciones accesorias, conjuntamente con los intereses.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 29 de marzo de 2005, con cita de la STC 164/95 (RTC 1995\ 164), señala que si, «a efectos concursales, los recargos son una figura intermedia entre las medidas resarcitorias, esto es, los intereses y las sanciones en sentido propio, y ambas tienen la consideración de créditos subordinados en la Ley Concursal (artículo 8 92.3 y 4), no existe razón alguna para considerar a los créditos por recargo como ordinarios o privilegiados».

En el caso que enjuicamos, y a tenor de la certificación de la AEAT, nos hallamos ante el recargo de apremio ordinario, el cual es compatible con los intereses de demora, como resulta de lo normado en el art. 28.5 LGT, y cuya naturaleza a nivel tributario ha sido discutida, desde quienes le atribuyen un carácter resarcitorio, lo incluyen dentro de las multas coercitivas del art. 99 de la LRJ-PAC, hasta los que lo consideran como una simple sanción, como así lo entiende órgano tan prestigioso como el Consejo de Estado que, en su informe sobre el Anteproyecto de la LGT, señalaba «no parece justificado que la retroactividad de las normas más favorables sólo se aplique a los recargos por declaración extemporánea y no a los demás recargos que tenga un matiz sancionador, como ocurre en el caso del recargo de apremio», máxime si carecen de carácter resarcitorio al ser compatibles con los intereses de demora como hemos visto.

A los efectos de calificación concursal, que es el cauce en el que nos movemos, no podemos descartar que los recargos participen de características propias de las sanciones, y así, en primer lugar, se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario, concretamente, dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria, es decir, tal y como sucede con las sanciones (SSTC 119/1991, de 3 de junio [RTC 1991\ 119], F. 3; y 61/1990, de 29 de marzo [RTC 1990\ 61], F. 5) el recargo se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma. En segundo lugar, también resulta palmario que la medida que enjuicamos, en tanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas. En tercer lugar, como señala la STC 276/2000 (RTC 2000\ 276), «el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones». En cuarto lugar, igualmente encarna una función disuasoria mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable. Por último, su parificación a las sanciones tributarias en sus efectos retroactivos, en cuanto favorezcan al contribuyente, conforme al art. 10.2 de la LGT, como así ya lo hacía el art. 4.3 Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, como antes hemos señalado.

Por último, con respecto a la invocación por parte de la Abogacía del Estado del art. 31.1 de la CE, señalar la doctrina sentada por el Tribunal máxime intérprete de la Carta Magna que, en su sentencia 276/2000 (RTC 2000\ 276), señala: «Resulta así evidente que el plus sobre la deuda tributaria inicialmente prevista en las normas reguladoras de los impuestos que implica el recargo no tiene como función el sostenimiento de los gastos públicos mediante la exigencia de un tributo a quienes realicen un determinado hecho, acto o negocio -esto es un hecho imponible- revelador de riqueza y, por tanto, susceptible de gravamen. Efectivamente; resulta claro que el ingreso adicional en la Hacienda Pública que el contribuyente moroso debe efectuar, además de la deuda tributaria no ingresada en plazo, no es consecuencia de la realización de un nuevo hecho imponible revelador de una nueva capacidad económica. El hecho imponible realizado es, en principio, aquel que ha dado lugar a la obligación de ingresar la deuda tributaria. Lo que hace el art. 61.2 LGT (en su anterior redacción) no es reclamar un tributo por la existencia de un nuevo hecho imponible,

sino que, simplemente, exige un plus por haber incumplido el deber de ingreso en plazo que la normativa tributaria establece, razón por la cual la medida enjuiciada no es encuadrable en el art. 31.1 CE».

En definitiva no podemos considerar erróneo el criterio del Juzgado de lo Mercantil, en cuanto aplicando la Ley Concursal, incluye dentro de los créditos subordinados unas prestaciones accesorias, que nacen de un incumplimiento del obligado tributario, y, por ende, de un proceder antijurídico por su parte, so pena de gravar al resto de los acreedores postergando sus derechos, máxime dada la interpretación restrictiva que ha de imperar en la consideración de los privilegios, y sin perjuicio de que su aplicación no exija las garantías de la sanción tributaria, lo que no afecta a su consideración concursal. “: Sentencia AP La Coruña 07.04.2006 (AC 2006/495)

“QUINTO.- Queda, por último, abordar el motivo de apelación relativo a la clasificación de los créditos derivados de los recargos tributarios, y en concreto del recargo de apremio, calificado de subordinado por el administrador concursal lo mismo que en la sentencia apelada. Recordemos que, según el artículo 92 de la Ley, son créditos subordinados: “3º Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”; y “4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”. La parte apelante construye su tesis en la distinta naturaleza de los recargos que no encajarían en ninguno de tales supuestos legales. Se rechaza el alegato por los mismos motivos que expusimos en nuestra citada sentencia [*Sentencia AP La Coruña 07.04.2006, número 168/2006*].

<< Pues bien, de tales preceptos resulta que no ofrece duda que son créditos subordinados los correspondientes a intereses, multas y demás sanciones pecuniarias, y que no podemos limitar la expresión sanción pecuniaria a multa, pues sino la distinción del legislador carecería de todo sentido, incurriendo en una reduplicación absurda. Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 164/1995, de 13 de noviembre, ya puso de manifiesto que “para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo su nomen iuris que le dé la Administración o le asigne el Legislador”.

Hoy en día las primeras resoluciones judiciales dictadas en esta materia por los Juzgados de lo Mercantil se muestran proclives a la clasificación de los mentados créditos como subordinados. Siendo manifestación de lo expuesto las sentencias de los Juzgado de tal clase núm. 5 Madrid de 29 marzo 2005; núm. 3 Madrid de 4 marzo 2005; núm. 4 Barcelona de 4 abril 2005; núm. 2 Barcelona de 29 marzo 2005; núm. 1 Barcelona de 22 abril 2005; núm. 3 Barcelona de 6 abril 2005; Oviedo de 27 de mayo de 2005; num. 10 Primera Instancia (mercantil) de Santander de 3 de junio de 2005; num. 1 de Valencia, de 1 de junio de 2005; num. 1 de Málaga de 21 de julio de 2005 entre otras).

En definitiva, la cuestión que se somete a consideración judicial deriva si el privilegio del artº 91, en cuanto se refiere a créditos tributarios sólo comprende la cuota tributaria, es decir la obligación tributaria principal (art. 19 y 58.1 L.G.T.) o abarca igualmente las denominadas obligaciones accesorias (art. 25), entre las que se encuentran los recargos (art. 58.2), excluidos la multa y los intereses dada su condición de créditos subordinados, como resulta de lo normado en el art. 92.3 y 4 de la L.C., extremo éste no cuestionado por la parte recurrente. Pues bien, dejando al margen la cuestión de los denominados tributos parásitos constituidos por “los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos”, la problemática se suscita con respecto a los otros recargos previstos en la Ley, cuales son los recargos por ingreso extemporáneo (art. 27 L.G.T.) y los recargos del periodo ejecutivo del art. 28 que, a su vez, admiten tres modalidades: ejecutivo, de apremio reducido y de apremio ordinario.

Los recargos por declaración extemporánea son reputados como créditos subordinados, dada su naturaleza similar a los intereses de demora a los que sustituyen, siendo incompatibles con los mismos en los términos del art. 27.2 de la LGT, pretendiendo indemnizar al fisco por la demora en la percepción del impuesto, amen de que presenta un cierto efecto disuasorio, que determina su equiparación a las sanciones, y así a los efectos de su retroactividad, el art. 10.2 II de la mentada Disposición General establece que “no obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado”, dándoles un similar tratamiento jurídico y haciéndoles partícipes de uno de los principios fundamentales en los que se asienta el derecho sancionador, cual es el de la retroactividad de la norma más favorable. No se trata, pues, de verdaderos tributos, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000. Es innegable, no obstante, que conforman la deuda tributaria, pero también se incluye en ella los intereses de demora, que figuran claramente con la calificación jurídica de créditos subordinados en el art. 92.3 L.C. Por otra parte, en esta última normativa, la accesoriadad es uno de los criterios legales de postergación de los créditos y el propio art. 25 de la L.G.T. califica a los recargos como prestaciones accesorias, conjuntamente con los intereses.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 29 de marzo de 2005, con cita de la STC 164/95, señala que si, “a efectos concursales, los recargos son una figura intermedia entre las medidas resarcitorias, esto es, los intereses y las sanciones en sentido propio, y ambas tienen la consideración de créditos subordinados en la Ley Concursal (artículo 8 92.3 y 4), no existe razón alguna para considerar a los créditos por recargo como ordinarios o privilegiados”.

En el caso que enjuiciamos, y a tenor de la certificación de la A.E.A.T., nos hallamos ante el recargo de apremio ordinario, el cual es compatible con los intereses de demora, como resulta de lo normado en el art. 28.5 L.G.T., y cuya naturaleza a nivel tributario ha sido discutida, desde quienes le atribuyen un carácter resarcitorio, lo incluyen dentro de las multas coercitivas del art. 99 de la LRJAPPAC, hasta los que lo consideran como una simple sanción, como así lo entiende órgano tan prestigioso como el Consejo de Estado que, en su informe sobre el Anteproyecto de la L.G.T., señalaba “no parece justificado que la retroactividad de las normas más favorables sólo se aplique a los recargos por declaración extemporánea y no a los demás recargos que tenga un matiz sancionador, como ocurre en el caso del recargo de apremio”, máxime si carecen de carácter resarcitorio al ser compatibles con los intereses de demora como hemos visto.

A los efectos de calificación concursal, que es el cauce en el que nos movemos, no podemos descartar que los recargos participen de características propias de las sanciones, y así, en primer lugar, se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario, concretamente, dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria, es decir, tal y como sucede con las sanciones (SSTC 119/1991, de 3 de junio, FJ 3; y 61/1990, de 29 de marzo, FJ 5) el recargo se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma. En segundo lugar, también resulta palmario que la medida que enjuiciamos, en tanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas. En tercer lugar, como señala la STC 276/2000, “el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones”. En cuarto lugar, igualmente encarna una función disuasoria mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable. Por último, su parificación a las sanciones tributarias en sus efectos retroactivos, en cuanto favorezcan al contribuyente, conforme al art. 10.2 de la LGT, como así ya lo hacía el art. 4.3 Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, como antes hemos señalado.

Por último, con respecto a la invocación por parte de la Abogacía del Estado del art. 31.1 de la CE, señalar la doctrina sentada por el Tribunal máxime intérprete de la Carta Magna que, en su sentencia 276/2000, señala: “Resulta así evidente que el plus sobre la deuda tributaria inicialmente prevista en las normas reguladoras de los impuestos que implica el recargo no tiene como función el sostenimiento de los gastos públicos mediante la exigencia de un tributo a quienes realicen un determinado hecho, acto o negocio -esto es un hecho imponible- revelador de riqueza y, por tanto, susceptible de gravamen. Efectivamente; resulta claro que el ingreso adicional en la Hacienda Pública que el contribuyente moroso debe efectuar, además de la deuda tributaria no ingresada en plazo, no es consecuencia de la realización de un nuevo hecho imponible revelador de una nueva capacidad económica. El hecho imponible realizado es, en principio, aquel que ha dado lugar a la obligación de ingresar la deuda tributaria. Lo que hace el art. 61.2 LGT (en su anterior redacción) no es reclamar un tributo por la existencia de un nuevo hecho imponible, sino que, simplemente, exige un plus por haber incumplido el deber de ingreso en plazo que la normativa tributaria establece, razón por la cual la medida enjuiciada no es encuadrable en el art. 31.1 CE”.

En definitiva no podemos considerar erróneo el criterio del Juzgado de lo Mercantil, en cuanto aplicando la Ley Concursal, incluye dentro de los créditos subordinados unas prestaciones accesorias, que nacen de un incumplimiento del obligado tributario, y, por ende, de un proceder antijurídico por su parte, so pena de gravar al resto de los acreedores postergando sus derechos, máxime dada la interpretación restrictiva que ha de imperar en la consideración de los privilegios, y sin perjuicio de que su aplicación no exija las garantías de la sanción tributaria, lo que no afecta a su consideración concursal >>.”: Sentencia AP La Coruña 16.05.2006 (JUR 2006/187932)

“PRIMERO La Abogacía del Estado en representación de la AEAT plantea con ocasión de este recurso de apelación, diversas cuestiones en torno a la aplicación de la legislación concursal a los créditos públicos en supuestos de concurso en liquidación y a la calificación concursal de los recargos de apremio.

Sobre todas ellas ya se ha pronunciado esta sección, reiterada y recientemente (así autos de 05-09-06 (rollo 255/06), de 11-09-06 (rollo 325/06) ó sentencia de 20-09-06 (AC 2006\

1711) (rollo 279/06).

TERCERO Es también objeto de este recurso la calificación del recargo, siendo esta cuestión resuelta en los mencionados recursos suscitados por la AEAT o por la TGSS. De acuerdo con esos antecedentes cuyos razonamientos se reiteran, los créditos por recargos sólo pueden calificarse como subordinados. Esta conclusión se alcanza tras advertir, con la mayoría de los órganos judiciales que han resuelto esta cuestión, que por un lado estos recargos que se configuran legalmente como obligaciones accesorias (arts. 25 LGT ó 27 LGSS.), son una figura intermedia entre los intereses y las sanciones y, por otro, que la voluntad del legislador concursal ha sido la de limitar los privilegios de unos acreedores sobre otros, privilegios que, además, han de interpretarse restrictivamente. Por ser, la conclusión solo puede ser que procede relegar a la condición de crédito subordinado lo que no pasa de ser una obligación accesoria, participe de la condición de interés de demora y de la de sanción pecuniaria.": S AP Cantabria 26.09.2006 (AC 2006/1708)

"SEGUNDO Es cierto que la Ley Concursal no se refiere expresamente a los "recargos" al enumerar los créditos subordinados, sino que utiliza la expresión, en el apartado 4º, "multas y demás sanciones pecuniarias", sin mencionarlos tampoco en el apartado 3º, referido a los "intereses de cualquier clase", pero no por ello -estimamos- está excluyendo necesariamente la calificación de los "recargos" como crédito subordinado. De hecho, la norma no emplea al inicio de la enumeración término alguno que imponga una interpretación estrictamente literal y excluyente y, por contra, en los mencionados apartados utiliza expresiones de contenido indeterminado, que reclaman una integración por el intérprete ("demás sanciones pecuniarias", que no sean "multas" propiamente dichas; y "de cualquier clase", con referencia a los intereses). Esa labor interpretativa no puede obviar el cánón teleológico, de singular importancia cuando se trata de concretar el supuesto al que alcanza la previsión legal, expresada en términos de deliberada indefinición singular o concreta.

De otro lado, la Ley Concursal no adopta los conceptos y terminología que utiliza la LGT, y prueba de ello es que no emplea la expresión "deuda tributaria" que describe el art. 58 LGT. Así mismo, pese a que el art. 25.2 de esa Ley dispone que las sanciones no tienen la consideración de obligación accesoria de la obligación tributaria principal, no por ello, en el ámbito concursal, dejan de ser créditos subordinados, pues se acomodan sin dificultad a la previsión del apartado 4º del art. 92 LC. De ahí que la extrapolación del concepto y tratamiento de la deuda tributaria, tal como se describe y configura por la LGT, al ámbito concursal, no pueda ser aceptada para resolver la cuestión suscitada (pese a que pueda ser significativo, a estos efectos, que el art. 25 LGT califique los recargos como "obligaciones tributarias accesorias"), en particular porque a efectos del concurso los créditos se calificarán en la forma que determina la propia Ley Concursal, tal como resulta del art. 89.1 (y para corroborarlo es significativa reforma del art. 71 de la anterior LGT, operada por la disposición final undécima de la LC).

En el art. 92 de la LC descubrimos (decíamos en nuestra Sentencia de 19 de enero de 2006 [JUR 2006, 193959]), de acuerdo con un criterio de interpretación que atiende a su finalidad y espíritu, el designio legal de relegar, subordinándolos, aquellos créditos que sean accesorios de la obligación principal, por ser consecuencia de su falta de cumplimiento puntual, y de ahí que subordine no sólo los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias (apartado 4º), sino también los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios (apartado 3º), estableciendo así la Ley "una diferencia entre los créditos principales u originales y los accesorios que derivan del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces, ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso".

Lo que se subordina, con un carácter de excepción negativa, responde, según la Exposición de Motivos de la Ley, y según los casos, bien al carácter accesorio del crédito (y aquí indica los intereses), bien por razón de su naturaleza sancionadora (las multas), señalando expresamente que dentro de esta categoría de créditos se incluyen los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos. Es cierto que la distinción entre recargo e interés puede resultar con cierta nitidez, pero la contraposición y diferencia entre los recargos, sean los previstos en el art. 27 o en el 28 de la LGT, y las sanciones se difumina o diluye, pues es difícilmente concebible el recargo, en atención a su naturaleza y finalidad, si no es en posición muy próxima o análoga a la pena o sanción, por más que opere ex lege, directamente y sin necesidad de un proceso administrativo sancionador, siendo indiscutible, por lo demás, su naturaleza accesoria respecto de una obligación pecuniaria principal.

Así es, al igual que la cláusula penal en el ámbito civil, porque su existencia deriva del incumplimiento o irregular cumplimiento de una obligación principal y su finalidad no es otra

que procurar o asegurar su puntual cumplimiento. De este modo se penaliza la conducta incumplidora del sujeto obligado, imponiéndole una obligación pecuniaria derivada o accesoria que se modula o agrava en función del grado de incumplimiento o retraso. Entendemos por ello que el concepto de "sanción" a que se refiere el art. 92.4º LC es un concepto más amplio que el previsto en el art. 25 CE, lo que justifica que, a los efectos de la clasificación de un crédito concursal, no sea determinante la jurisprudencia constitucional invocada pues en ella el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace desde una concepción estricta de "sanción", como manifestación del ius puniendi del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador.": SAP Barcelona 28.09.2006 (Sección 15) (JUR 2007/123982)

"**TERCERO:** Es también objeto de este recurso la calificación del recargo tributario. El recurrente se opone a la decisión judicial de incluir los recargos por falta de retención de ingresos a cuenta del IRPF y por falta de ingresos de otros créditos como créditos subordinados del art. 92.4º LC ("Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias"). Lo que la administración pretende es que tales recargos sean contemplados como créditos con privilegio general dentro de la categoría segunda del art. 91 LC ("Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal") o subsidiariamente dentro de la categoría cuarta con los límites que allí se establecen ("Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe"). La naturaleza jurídica de los recargos que nos ocupan, de acuerdo con jurisprudencia constitucional (p.e. STC 164/1995 de 13 noviembre) es la de una figura intermedia entre los intereses y las sanciones. Delimitados así los contornos de estos recargos y teniendo muy presente que la nueva ley pretende una limitación de los privilegios que además y por constituir un régimen excepcional deben interpretarse restrictivamente, la conclusión sólo puede ser la de catalogar los recargos por declaración extemporánea y los del período ejecutivo como genuinos créditos subordinados. Justifican además tal conclusión las siguientes consideraciones:

- a) El proclamado carácter de obligación tributaria accesoria (art. 25 LGT), obliga a igualar el tratamiento concursal a otras obligaciones, como son los créditos por intereses, que por razón de su accesoriadad según explica la exposición de motivos de la Ley Concursal, merecen la consideración de créditos subordinados.
- b) Porque al ser el hecho generador de estos recargos la falta de exacto y puntual cumplimiento de obligaciones tributarias, de no subordinarse este crédito, se haría recaer sobre los demás acreedores las consecuencias de un incumplimiento legal que no les resulta a ellos imputable, solución rechazada por el legislador que ha calificado también los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias, como subordinados.
- c) Porque ese concepto de "multas y demás sanciones pecuniarias", debe interpretarse en sentido amplio comprensivo de los recargos que de alguna manera y como ha señalado el propio Tribunal Constitucional "una especie de multa o penalización económica".
- d) Cabe finalmente añadir que la calificación de los recargos como créditos subordinados ha sido mayoritariamente acogida por los Juzgados de lo Mercantil (así la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 17 de octubre 2005, S.J.M. núm. 1 de Madrid de 5 julio 2005, S.J.M. núm. 1 de Oviedo de 27 mayo 2002, S.J.M. 5 de Madrid de 29 marzo 2005, S.J.M. núm. 3 de Madrid de 4 marzo 2005, S.J.M. núm. 4 de Barcelona de 4 abril 2005, S.J.M. núm. 2 de Barcelona de 29 marzo 2005, S.J.M. núm. 1 de Barcelona de 22 abril 2005, A.J.M. 4 de Madrid de 21 abril 2005, S.J.M. núm. 3 de Barcelona de 6 abril 2005). "Auto AP Cantabria 11.10.2006 (16.10.2006) (JUR 2006/251209)

"**CUARTO** Queda, por último, abordar el motivo de apelación relativo a la clasificación de los créditos derivados de los recargos tributarios, y en concreto del recargo de apremio, calificado de subordinado por el administrador concursal lo mismo que en la sentencia apelada. Recordemos que, según el artículo 92 de la Ley, son créditos subordinados: «3º Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía»; y «4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». La parte apelante construye su tesis en la distinta naturaleza de los recargos que no encajarían en ninguno de tales supuestos legales. Se rechaza el alegato por los mismos motivos que expusimos en nuestra citada sentencia:

«Pues bien, de tales preceptos resulta que no ofrece duda que son créditos subordinados los correspondientes a intereses, multas y demás sanciones pecuniarias, y que no podemos limitar la expresión sanción pecuniaria a multa, pues sino la distinción del legislador carecería de todo sentido, incurriendo en una reduplicación absurda. Por otra

parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995\164), ya puso de manifiesto que “para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo su nomen iuris que le dé la Administración o le asigne el Legislador”.

Hoy en día las primeras resoluciones judiciales dictadas en esta materia por los Juzgados de lo Mercantil se muestran proclives a la clasificación de los mentados créditos como subordinados. Siendo manifestación de lo expuesto las sentencias de los Juzgado de tal clase núm. 5 Madrid de 29 marzo 2005; núm. 3 Madrid de 4 marzo 2005; núm. 4 Barcelona de 4 abril 2005; núm. 2 Barcelona de 29 marzo 2005; núm. 1 Barcelona de 22 abril 2005; núm. 3 Barcelona de 6 abril 2005; Oviedo de 27 de mayo de 2005; num. 10 Primera Instancia (mercantil) de Santander de 3 de junio de 2005; num. 1 de Valencia, de 1 de junio de 2005; num. 1 de Málaga de 21 de julio de 2005 entre otras).

En definitiva, la cuestión que se somete a consideración judicial deriva si el privilegio del art. 91, en cuanto se refiere a créditos tributarios sólo comprende la cuota tributaria, es decir, la obligación tributaria principal (art. 19 y 58.1 LGT) o abarca igualmente las denominadas obligaciones accesorias (art. 25), entre las que se encuentran los recargos (art. 58.2), excluidos la multa y los intereses dada su condición de créditos subordinados, como resulta de lo normado en el art. 92.3 y 4 de la LC, extremo éste no cuestionado por la parte recurrente. Pues bien, dejando al margen la cuestión de los denominados tributos parásitos constituidos por “los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos”, la problemática se suscita con respecto a los otros recargos previstos en la Ley, cuales son los recargos por ingreso extemporáneo (art. 27 L.G.T) y los recargos del período ejecutivo del art. 28 que, a su vez, admiten tres modalidades: ejecutivo, de apremio reducido y de apremio ordinario.

Los recargos por declaración extemporánea son reputados como créditos subordinados, dada su naturaleza similar a los intereses de demora a los que sustituyen, siendo incompatibles con los mismos en los términos del art. 27.2 de la LGT, pretendiendo indemnizar al fisco por la demora en la percepción del impuesto, amen de que presenta un cierto efecto disuasorio, que determina su equiparación a las sanciones, y así a los efectos de su retroactividad, el art. 10.2 II de la mentada Disposición General establece que “no obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado”, dándoles un similar tratamiento jurídico y haciéndoles partícipes de uno de los principios fundamentales en los que se asienta el derecho sancionador, cual es el de la retroactividad de la norma más favorable. No se trata, pues, de verdaderos tributos, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000 (RTC 2000\276). Es innegable, no obstante, que conforman la deuda tributaria, pero también se incluye en ella los intereses de demora, que figuran claramente con la calificación jurídica de créditos subordinados en el art. 92.3 LC Por otra parte, en esta última normativa, la accesoriedad es uno de los criterios legales de postergación de los créditos y el propio art. 25 de la LGT califica a los recargos como prestaciones accesorias, conjuntamente con los intereses.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 29 de marzo de 2005, con cita de la STC 164/95 (RTC 1995\164), señala que si, “a efectos concursales, los recargos son una figura intermedia entre las medidas resarcitorias, esto es, los intereses y las sanciones en sentido propio, y ambas tienen la consideración de créditos subordinados en la Ley Concursal (artículo 8 92.3 y 4), no existe razón alguna para considerar a los créditos por recargo como ordinarios o privilegiados”.

En el caso que enjuicamos, y a tenor de la certificación de la AEAT, nos hallamos ante el recargo de apremio ordinario, el cual es compatible con los intereses de demora, como resulta de lo normado en el art. 28.5 LGT, y cuya naturaleza a nivel tributario ha sido discutida, desde quienes le atribuyen un carácter resarcitorio, lo incluyen dentro de las multas coercitivas del art. 99 de la LRJA-PAC, hasta los que lo consideran como una simple sanción, como así lo entiende órgano tan prestigioso como el Consejo de Estado que, en su informe sobre el Anteproyecto de la LGT, señalaba “no parece justificado que la retroactividad de las normas más favorables sólo se aplique a los recargos por declaración extemporánea y no a los demás recargos que tenga un matiz sancionador, como ocurre en el caso del recargo de apremio”, máxime si carecen de carácter resarcitorio al ser compatibles con los intereses de demora como hemos visto.

A los efectos de calificación concursal, que es el cauce en el que nos movemos, no podemos descartar que los recargos participen de características propias de las sanciones, y así, en primer lugar, se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario, concretamente, dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria, es decir, tal y como sucede con las sanciones (SSTC 119/1991, de 3 de junio [RTC 1991\119], F. 3; y 61/1990, de 29 de marzo [RTC 1990\61], F. 5) el recargo se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma. En segundo lugar, también resulta palmario que la medida que enjuicamos, en

tanto que consiste en la imposición del pago de una cantidad incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas. En tercer lugar, como señala la STC 276/2000 (RTC 2000\ 276), "el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones". En cuarto lugar, igualmente encarna una función disuasoria mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable. Por último, su parificación a las sanciones tributarias en sus efectos retroactivos, en cuanto favorezcan al contribuyente, conforme al art. 10.2 de la LGT, como así ya lo hacía el art. 4.3 Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, como antes hemos señalado.

Por último, con respecto a la invocación por parte de la Abogacía del Estado del art. 31.1 de la CE, señalar la doctrina sentada por el Tribunal máxime intérprete de la Carta Magna que, en su sentencia 276/2000 (RTC 2000\ 276), señala: "Resulta así evidente que el plus sobre la deuda tributaria inicialmente prevista en las normas reguladoras de los impuestos que implica el recargo no tiene como función el sostenimiento de los gastos públicos mediante la exigencia de un tributo a quienes realicen un determinado hecho, acto o negocio ¿esto es un hecho imponible? revelador de riqueza y, por tanto, susceptible de gravamen. Efectivamente; resulta claro que el ingreso adicional en la Hacienda Pública que el contribuyente moroso debe efectuar, además de la deuda tributaria no ingresada en plazo, no es consecuencia de la realización de un nuevo hecho imponible revelador de una nueva capacidad económica. El hecho imponible realizado es, en principio, aquel que ha dado lugar a la obligación de ingresar la deuda tributaria. Lo que hace el art. 61.2 LGT (en su anterior redacción) no es reclamar un tributo por la existencia de un nuevo hecho imponible, sino que, simplemente, exige un plus por haber incumplido el deber de ingreso en plazo que la normativa tributaria establece, razón por la cual la medida enjuiciada no es encuadrable en el art. 31.1 CE".

En definitiva no podemos considerar erróneo el criterio del Juzgado de lo Mercantil, en cuanto aplicando la Ley Concursal, incluye dentro de los créditos subordinados unas prestaciones accesorias, que nacen de un incumplimiento del obligado tributario, y, por ende, de un proceder antijurídico por su parte, so pena de gravar al resto de los acreedores postergando sus derechos, máxime dada la interpretación restrictiva que ha de imperar en la consideración de los privilegios, y sin perjuicio de que su aplicación no exija las garantías de la sanción tributaria, lo que no afecta a su consideración concursal».": Sentencia AP La Coruña 19.12.2006 (AC 2007/158)

"TERCERO.- En cuanto a la impugnación de la consideración de los recargos como créditos subordinados se apoya en que no figuran recogidos en el art. 92 de la LC, tratándose de una figura que introduce esta ley, como señala la exposición de motivos, y su consecuencia habrá de ser la no extensión interpretativa al tratarse de una norma que excepciona el régimen general de prelación.

También sobre esta cuestión existen numerosas resoluciones que apoyan el criterio opuesto a la AEAT, como las del Jº de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 4-3-2005, Madrid, nº 5, de 29-3-2005, Barcelona, nº 4, de 4-4-2005, Barcelona nº 2, de 11-4-2005, Alicante, nº 1, de 5-5-2005, el propio de Oviedo, de 27-5-2005, Santander, nº 10, de 3-6-2005, Vitoria, nº 1, de 23-9-2005, o Bilbao, nº 1, de 17-5-2006.

Pero es que además, pueden citarse en este punto las conclusiones del Congreso de Derecho Mercantil, celebrado en Valencia en diciembre de 2005, en el que a partir de la sentencia del TC 164/1995, de 13 de noviembre, se llegaba a la misma conclusión que adopta la de instancia. En aquella resolución se decía que el recargo no puede considerarse como sanción "en sentido propio", y al recoger por tercera vez esta expresión en el fundamento de derecho sexto, termina señalando: "puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ¿ius puniendi? del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988) las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionadora establecen los arts. 25. 1 y 24. 2 CE". Lo cual viene a manifestar que no se rechaza en absoluto la dimensión sancionadora, sino la aplicación de tales garantías. Pero es que además, si el recargo tiene función coercitiva, disuasoria o de estímulo, como señala el fundamento quinto de la misma resolución, su dimensión mantiene el matiz sancionador suficiente como para ser incluido en el apartado 4 del artículo 92 LC. Termina aquella conclusión haciendo uso del Diccionario de la Real Academia para apuntar que la tercera y cuarta acepción del término "sanción" dice que es "la pena que la ley establece para el que la infringe; y el "mal dimanado de una culpa o yerro, y que es como su castigo o pena", encajando tales acepciones con lo dispuesto en los arts. 27 y 161. 4 de la Ley General Tributaria (LGT). Es decir, el recargo es una pena o castigo que impone la autoridad legítima. En definitiva, una sanción no derivada de la manifestación del ¿ius puniendi? del Estado.

Por último, la AEAT suele apoyarse en textos ajenos a la Ley Concursal, como la General Tributaria (para este motivo de su impugnación, aparecen citados los arts. 25 y 58, 27 y 28).

Pues bien, frente a ello, ha de insistirse una vez más en que el artículo 89. 2 de la LCno admite en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esa Ley, no pudiendo ser un texto ajeno a lo concursal el que determine una calificación de un crédito, y la Ley General Tributaria lo es.”: SAP Asturias 19.12.2006 (JUR 2007/38044)

“SEGUNDO.- El siguiente motivo se refiere a la calificación de los recargos de apremio, que la administración concursal ha considerado como créditos subordinados, de lo que discrepa la apelante al entender que ello supone una interpretación extensiva de una excepción al principio de la *pars conditio creditorum*. Lo que en definitiva afirma la apelante es que distinguiéndose en la Ley (art. 89) entre créditos privilegiados, ordinarios y subordinados y señalarse expresamente cuales se incluyen en la primera y la tercera categoría, en los arts. 90, 91 y 92, no cabe calificar como subordinado a uno que no se encuentre expresamente catalogado como tal en el último de los preceptos antes citados. Esa interpretación literal de la Ley no puede ser compartida y, por el contrario, esta Sala considera plenamente acertados los razonamientos del Juzgador de Primera Instancia ya que la propia Ley General Tributaria, en el art. 25.1, atribuye a los recargos una naturaleza accesoria a la obligación principal y la Exposición de motivos de la Ley Concursal expresamente señala, al hablar de los créditos subordinados, que en esa categoría se han de clasificar "aquellos que merecen ser postergados tras los ordinarios---- por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) " añadiendo que "incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la _Seguridad Social". A esta conclusión han llegado la mayoría de los Juzgadores de lo Mercantil de España, como demuestra la cita de sentencia que se contiene en la recurrida. Es cierto que existen dificultades para calificar estos créditos en una de las categorías del precepto, por no estar expresamente contempladas, pero ello no es razón para modificar su naturaleza.”: SAP Asturias 13.02.2007 (sección 1) (JUR 2007/80789)

“5. ¿Deben calificarse los recargos tributarios como créditos subordinados?

La Agencia Tributaria defiende que los recargos tributarios no deben ser calificados como créditos subordinados, sino con la calificación que le corresponda en función de aquel del que difaman. Para sustentar esta tesis alega tres razones fundamentales:

- a) en la literalidad del artículo 92 LC que no incluye dentro de los créditos que relaciona, los recargos;
- b) que la jurisprudencia constitucional y tributaria jamás han afirmado que los recargos tengan la naturaleza de “sanción”;
- c) que el artículo 58 LGT incluye dentro de la “deuda tributaria” los recargos, y no los diferenciar del resto de conceptos que la integran.

Frente a ello cabe afirmar:

a) Que la Ley General Tributaria distingue entre deuda por principal -la cuota tributaria (ex artículo 19 LGT)-, y la deuda derivada de los recargos que se devengan por el impago puntual de aquella -que el artículo 25 LGT califica como obligaciones tributarias accesorias-. Esto nos pone de manifiesto que al calificarse por el artículo 25.1 LGT los recargos de apremio como prestaciones accesorias, existe soporte suficiente como para mantener la clasificación de los mismos como créditos subordinados sobre la base de la Ley Concursal puesto que ésta se apoya en el carácter accesorio de los créditos para atribuirles la calificación de subordinados (Exposición de Motivos apartado V).

b) Aludiendo la Agencia Tributaria a la jurisprudencia como soporte de que los recargos carecen de la naturaleza de sanción y que, por ello, no pueden ser incluidos en el ámbito del artículo 92.4º LC (*“los créditos por multas y DEMÁS sanciones pecuniarias”*) debe traerse a colación la STC 164/1995, de 13 de noviembre, que en su fundamento jurídico quinto dispone que *“el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionador) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento”*.

Debe ponerse de relieve que dicha Sentencia dice que el recargo no puede considerarse sanción “en sentido propio”. Y esta última locución no puede considerarse casual en la redacción de la Sentencia porque se repite en tres ocasiones diferentes cuando se refiere a la naturaleza jurídica del recargo. Dos veces se repite en el quinto fundamento jurídico, y otra en el fundamento jurídico sexto. Y es precisamente en este último dónde se nos indica lo que el Tribunal Constitucional quiere expresar con la mención “en sentido propio”. En efecto, en el fundamento jurídico sexto de la resolución que estamos glosando se dice “puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, es

decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988), las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionadora establecen los arts. 25.1 y 24.2 CE”.

Por tanto el Tribunal Constitucional no está negando la naturaleza sancionadora de los recargos sino que se limita a expresar que no se trata de una manifestación del *ius puniendi* del Estado a los efectos de determinar la aplicabilidad de las garantías de la potestad sancionadora.

Además, no podemos dejar de resaltar que en el fundamento jurídico quinto de la referida Sentencia se dice que el hecho de que los recargos tengan una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, les da un cierto matiz sancionador.

Como hemos señalado, el artículo 92.4º LC se limita a calificar como subordinados “los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”. Como puede advertirse, no dice que se considerarán subordinados los créditos por multas y sólo las sanciones derivadas del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello debe aplicarse aquí el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* [Ss. TS 21 de marzo de 1882 y 12 de julio de 1905, y más recientemente STC núm. 174/2004 (Sala Segunda) de 18 de octubre]. Partiendo de que el artículo 92.4º LC no dice que sean créditos subordinados sólo los derivados de sanciones en sentido propio, sino los derivados de multas y demás sanciones pecuniarias, acudiremos al Diccionario de la Real Academia Española que en la tercera y cuarta acepción de “sanción” dice que se corresponde con la “pena que la ley establece para el que la infringe; y mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena”. Tales acepciones encajan exactamente con lo dispuesto en los artículos 27 y 161.4 LGT. Esto es, el recargo es una pena –en el sentido de “castigo impuesto por autoridad legítima” (Diccionario de la Real Academia Española)- al que infringe la ley. En el caso de los recargos por ingreso extemporáneo estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de presentar la declaración y consiguiente ingreso tributario dentro de plazo, que conllevaría el “castigo” de abonarlo. Y en el caso de los recargos de apremio, el supuesto de hecho consiste en la falta de ingreso de la cantidad a que asciende la cuota tributaria (artículo 19 LGT), que conlleva el “castigo” de satisfacer una cantidad adicional resultante de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 28 LGT sobre la cantidad a ingresar. Y, precisamente tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, bien estimular el pago dentro del periodo previsto, bien estimular el pago pura y simplemente. Función que –dicho sea de paso- es la que imprime el carácter sancionador al recargo según se expresa en la STC 164/1995, de 13 de noviembre.

c) La Agencia Tributaria mantiene su postura sobre la base de que el artículo 58 LGT incluye dentro del concepto de deuda tributaria los recargos. Sin embargo, se olvida la Agencia Tributaria de que a los efectos de clasificación de los créditos la norma a tener en cuenta es la Ley Concursal. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Y el criterio para subsumir cualquier crédito en alguna de las clases previstas en la Ley Concursal, no puede ser la calificación que de tal crédito se haga en una norma extravagante a la legislación concursal, sino que debe ser el de la verdadera naturaleza del crédito. Sobre este punto puede ser esclarecedor el trato que merecen las cantidades adeudadas en concepto de “interés de demora” devengado por el impago de un tributo. Tales intereses también tienen el tratamiento de deuda tributaria [artículo 58.2 a) LGT]. Y no parece que la Agencia Tributaria discuta su clasificación como crédito subordinado en virtud de la interpretación que de tal crédito hace el artículo 58 LGT. Por el contrario, procede la aplicación del artículo 92.3º LC que entiende que son subordinados “los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance las respectiva garantía”. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 5

“**TERCERO** En cuanto a los recargos, la AEAT considera que forman parte de la deuda tributaria y que deben clasificarse como crédito con privilegio general del núm. 4 del artículo 91 de la LC y, en su caso, como crédito ordinario, mientras que la concursada y la administración concursal al contestar a la demanda, entienden que deben clasificarse como créditos subordinados, al participar de una naturaleza sancionatoria y resarcitoria.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la naturaleza jurídica de los recargos tributarios, si bien la aproximación a dicha doctrina debe hacerse con cierta cautela por dos razones. En primer lugar, porque todas las sentencias del Tribunal Constitucional analizan exclusivamente uno de los tipos de recargo, concretamente el recargo por pago fuera de plazo sin requerimiento previo regulado en el artículo 61.2 de la derogada Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en las sucesivas redacciones dadas al precepto por la disposición adicional 31ª de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre y la disposición adicional 14ª de la Ley 18/1991, de 6 de

junio, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, precepto modificado por la Ley 25/1995, de 20 de julio y actualmente derogado por la vigente Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003; y en segundo término, porque esta doctrina analiza la cuestión a los efectos de determinar o rechazar la aplicabilidad de las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los artículos 24.2 y 25 de la Constitución.

La paradigmática sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 164/1995 de 13 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 164) (Pte: Delgado Barrio), seguida por otras posteriores como la de 21 de diciembre de 1995 (RTC 1995, 164) y 16 de septiembre de 1996 (RTC 1996, 141), analiza el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria en su redacción dada por la Ley 46/85, cuyo tenor literal era el siguiente: «Los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo, comportarán asimismo el abono de interés de demora, con exclusión de las sanciones que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas. En estos casos, el resultado de aplicar el interés de demora no podrá ser inferior al 10% de la deuda tributaria». Como señala la sentencia, se trataba de un recargo específico para los pagos tardíos espontáneos de las deudas tributarias objeto de autoliquidación que operaba como un recargo único del 10% de la deuda tributaria (esto es, sin intereses de demora, absorbiendo los mismos) desde la finalización del plazo de ingreso de la deuda en período voluntario hasta el momento en que, por la duración del retraso, el cálculo de los intereses de demora alcanzaba dicha cifra y del que se prescindía a partir de ese momento, exigiéndose tan sólo los intereses de demora.

Partiendo de esta configuración el Tribunal Constitucional rechaza que se trate de una sanción en sentido propio porque carece de finalidad represiva, retributiva o de castigo, afirmando su finalidad resarcitoria en tanto comprende los intereses hasta alcanzar el 10% de la deuda tributaria y además, en cuanto excede de la cifra alcanzada por el interés de demora, tiene una función eminentemente disuasoria, coercitiva o de estímulo, favoreciendo el pago puntual de la deuda. Dicha calificación se alcanza teniendo en cuenta que el importe de las sanciones supera con mucho el porcentaje del recargo y que éste excluye la imposición de sanciones. Se parte de la base de que el tributo no se ha pagado dentro de plazo y se trata de mitigar el retraso estimulando un pago anterior al requerimiento y para ello aparta las sanciones.

La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 276/2000, de 16 de noviembre de 2000 (RTC 2000, 276) (Pte: Vives Antón), seguida entre otras por las sentencias de 29 de enero de 2001 (RTC 2001, 26), 2 de abril de 2001 (RTC 2001, 93) y 23 de mayo de 2002 (RTC 2002, 127), analiza el recargo, también por ingreso fuera de plazo sin requerimiento previo, previsto en el artículo 61.2 de la Ley Tributaria del 1963, en la redacción dada por la Ley 18/1991. Dicho precepto establecía que «Los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrirán un recargo único del 50 por 100, con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles. No obstante, el recargo será del 10 por 100 si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas sin solicitar expresamente el aplazamiento o el fraccionamiento del pago, se les exigirá en vía de apremio con un recargo único del 100 por 100».

Concretamente, el Tribunal Constitucional sólo examina el recargo del 50% y llega a la conclusión de que el recargo tiene una función resarcitoria en tanto que uno de sus ingredientes es el importe de los intereses de demora y además cumple esa función disuasoria o de estímulo positivo que no excluye, en este caso, el carácter sancionador de la medida en tanto que su importe coincide con la cuantía de la sanción mínima, indicando que el recargo en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción.

La vigente Ley General Tributaria regula los recargos por declaración extemporánea fuera de plazo en el artículo 27 en los siguientes términos «1. Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria

SEGUNDO Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los tres, seis o 12 meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del cinco, 10 ó 15 por ciento, respectivamente. Dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa una vez transcurridos 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 20 por 100 y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse. En estos casos, se exigirán los intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado.

En las liquidaciones derivadas de declaraciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo no se exigirán intereses de demora por el tiempo transcurrido desde la presentación de la declaración hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario correspondiente a la liquidación que se practique, sin perjuicio de los recargos e intereses que corresponda exigir por la presentación extemporánea»

A la vista de la actual regulación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo, que excluyen las sanciones y en todo o en parte los intereses de demora, no se aprecian razones para separarse de la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la sentencia de 13 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 164), que atribuyen a este tipo del recargo un función indemnizatoria o resarcitoria y de estímulo para el pago de la deuda.

Ahora bien, el hecho de que estos recargos no sean sanciones en sentido propio por carecer de finalidad represiva y cuya imposición no exige las garantías del proceso sancionatorio, no impide su subordinación a los efectos de la Ley Concursal por las siguientes razones:

1) El propio Tribunal Constitucional en la sentencia 164/95 (RTC 1995, 164), destaca que se trata de una figura intermedia entre las medidas resarcitorias y la sanción propiamente dicha, con finalidades características, que aunque en parte coincidentes, no lo son por entero con las propias de aquellos tipos, rechazando el reduccionismo que invita a pensar que lo que no es sanción se convierte en indemnización y viceversa, es decir, que lo que no es indemnización ha de ser necesariamente una sanción. En definitiva, a efectos concursales, si los recargos son una figura intermedia entre las medidas resarcitorias, esto es, los intereses y las sanciones en sentido propio, y ambas tienen la consideración de créditos subordinados en la Ley Concursal (artículo 92.3º y 4º), no existe razón alguna para considerar a los créditos por recargo como ordinarios o privilegiados.

2) El concepto de «multas y demás sanciones pecuniarias», que se califican de subordinados por el artículo 93.4º de la Ley Concursal debe interpretarse en sentido amplio comprensivo de los recargos que constituyen, como señala el propio Tribunal Constitucional en las sentencias indicadas, «una especie de multa o penalización económica». De otra forma, se podrían alcanzar conclusiones absurdas como excluir no sólo los recargos sino también, por ejemplo, las multas coercitivas previstas en el artículo 99 la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, respecto de las que el Tribunal Constitucional también ha rechazado su naturaleza sancionadora a propósito de los artículos 104.c y 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (sentencia 239/88, de 14 de diciembre [RTC 1988, 239]).

3) La consideración de los recargos como una especie de multa, penalización económica e incluso de sanción pecuniaria en sentido amplio, aunque carezcan de una finalidad represiva o de castigo, se pone aún más claramente de manifiesto a la vista del artículo 10.2 de la Ley General Tributaria, que como antes el artículo 4.3 de la Ley 1/1998 de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, establece que «... las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado».

4) La finalidad de la consideración como créditos subordinados de los intereses y de las multas y demás sanciones pecuniarias, es también aplicable a los recargos. Efectivamente, la subordinación de los créditos por intereses obedece a su carácter accesorio como destaca la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Por otro lado, la razón de la subordinación de las sanciones se encuentra en que, de otra forma, se haría recaer sobre el resto de los acreedores las consecuencias del incumplimiento o infracción determinante de la sanción. Ambas circunstancias concurren simultáneamente en los recargos, en tanto que la propia Ley General Tributaria, considera a los recargos tanto por declaración extemporánea como los del período ejecutivo como obligaciones tributarias accesorias (artículo 25) y, además, dado su carácter de multa o penalización económica por incumplimiento de una obligación tributaria, sus consecuencias lejos de operar ya como estímulo para el pago del tributo, recaerían sobre el resto de los acreedores.

Tampoco es obstáculo para la clasificación de los recargos como créditos subordinados el hecho de que los mismos formen parte de la deuda tributaria, según el artículo 58 de la Ley General Tributaria, porque de esta naturaleza participan los intereses y también forman parte de la deuda tributaria según el precepto reseñado.

En definitiva, los recargos forman parte de la deuda tributaria pero no son tributos, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000 (RTC 2000, 276), y no se aprecia razón alguna por la que los recargos deban ser satisfechos con anterioridad o junto con los créditos ordinarios y, en todo caso, en detrimento de los mismos.

5) Por último, debe tenerse especialmente en cuenta, desde el punto de vista de la interpretación sistemática del artículo 92 de la Ley Concursal, que la nueva Ley pretende una limitación de los privilegios y así lo expresa incluso en la Exposición de Motivos al señalar que «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso,... Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas». Además, los privilegios en cuanto que constituyen un régimen excepcional deben interpretarse restrictivamente, sin que se comparta la tesis de la Abogacía del Estado de que por esta misma razón deban interpretarse de forma restrictiva la excepciones negativas por contraposición a los privilegios y preferencias que constituyen excepciones positivas al principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, pues en la medida en que la exclusión de su calificación como créditos subordinados puede suponer, en todo o en parte, su consideración de créditos con privilegio general, por alcanzarles el límite del 50% del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, debe prevalecer la excepción negativa, pues no se trata de optar entre ordinarios y subordinados sino entre privilegiados o subordinados, sin que tal cuestión pueda ni deba resolverse atendiendo al caso concreto en atención a la composición del crédito en cada concurso.

Si todos estos argumentos son aplicables a los recargos por declaración extemporánea con mayor razón lo serán a los recargos del período ejecutivo y, concretamente a los recargos de apremio ordinario, que son realmente el objeto de este incidente, por lo que debe declararse su carácter de créditos subordinados.

En la nueva Ley General Tributaria, los recargos del período ejecutivo están regulados en el artículo 28, distinguiendo entre recargo ejecutivo cuyo importe es del 5% de la deuda no ingresada, sin aplicar los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo, si se ingresa la totalidad de la deuda tributaria antes de la notificación de la providencia de apremio; recargo de apremio reducido que se eleva al 10%, sin intereses de demora en los términos indicados, si se ingresa la totalidad de la deuda tributaria y el propio recargo antes de la finalización del plazo de ingreso de las deudas apremiadas (artículo 65.2); y un recargo de apremio ordinario del 20% más intereses de demora si no se cumplen las condiciones anteriores.

Sin perjuicio de su exacta naturaleza jurídica, desde luego, en el recargo de apremio ordinario desaparece cualquier atisbo de finalidad resarcitoria dado que se impone además de los correspondientes intereses de demora (artículo 28.5) y la finalidad disuasoria no se aprecia o queda notablemente difuminada, entendida aquella en el sentido de que el recargo «estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incremente. Y además, una vez producido el incumplimiento del plazo de ingreso del tributo, supone un estímulo positivo para que el contribuyente regularice de manera voluntaria su situación fiscal, en la medida en que el importe del recargo es inferior al de las sanciones que le serían impuestas si no rectifica de manera voluntaria su omisión y da lugar a la actuación recaudatoria de la Administración tributaria», como señalaba la sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995 (RTC 1995, 164) respecto del recargo por pago tardío y extemporáneo.

El recargo de apremio ordinario no sólo es compatible con los intereses de demora sino que, además, lo es con los recargos por declaración extemporánea (artículo 27.4) y con las propias sanciones tributarias (artículo 180.4), por lo que si no tiene finalidad resarcitoria y su finalidad disuasoria queda francamente disminuida, dicha figura tiene unos contornos aún más próximos a las sanciones en sentido propio, que los recargos por declaración extemporánea, tengan o no una finalidad represiva, que es lo que el Tribunal Constitucional exige para la aplicación de las garantías del procedimiento sancionador, cuestión que ni es de la competencia de este Juzgado y excede con mucho del ámbito de esta resolución, pero que permite someter a los recargos al régimen de subordinación de la Ley Concursal al ser aplicables todos y cada uno de los argumentos antes expuestos, como igualmente lo son a los recargos de apremio regulados en el artículo 127 de la derogada Ley General Tributaria en su redacción dada por la Ley 25/1995.": Sentencia JM-5 Madrid 29.03.2005 (AC 2005/937)

"2. Impugna la representación del Estado la clasificación de los recargos como créditos subordinados, y lo hace por varias, razones la primera que los recargos no son sanciones pecuniarias, y por tanto, no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 92.4 LC.

3. El Abogado del Estado sostiene, con sólidos argumentos, que los recargos no son sanciones, sino que forman parte de la deuda tributaria conforme lo dispuesto en el art. 58

LGT. Este precepto expresamente incluye los recargos, apartados b y c, en el concepto de deuda tributaria, y por el contrario excluye las sanciones en su apartado 3. En el mismo sentido, el art. 25.2 LGT expresamente dice que las sanciones no tiene la consideración de obligaciones accesorias de la obligación tributaria principal.

4. Es pues indiscutible que, desde el punto de vista tributario, los recargos tiene un tratamiento diferente a las sanciones. Sin embargo, lo que ahora se discute es si ese diferente tratamiento tributario debe de reflejarse en la clasificación de los créditos en el concurso.

5. Efectivamente la Ley Concursal no se refiere expresamente a los recargos, pero ello no puede llevarnos a aceptar la concusión de la Abogacía del Estado. Para la representación letrada de la Agencia Tributaria, si el artículo 58 LGT incluye los recargos dentro de la deuda tributaria, y es indiscutible que ésta ha de incluirse dentro del apartado 4 del art. 91 LC (créditos con privilegio general), los recargos deben de gozar de esa misma clasificación, con los límites que dicho precepto contiene.

6. Ante todo hay que recordar que el texto del art. 91.4 utiliza la expresión "créditos tributarios", no de obligación tributaria ni de deuda tributaria, términos que no se pueden identificar.

7. Prueba de esa falta de identidad es que la LGT, en sus art. 58.2 b) y 25, incluye los intereses moratorios como deuda tributaria, y sin embargo para la ley concursal no se podrían incluir en el concepto de créditos tributarios, ya que por aplicación de lo dispuesto en el art. 92.3 LC se han de graduar como subordinados. Por lo tanto, el argumento para mantener que los recargos han de clasificarse como créditos tributarios privilegiados no puede ser que se integren en el concepto de deuda tributaria.

8. La Ley General Tributaria distingue, en sus arts. 19 y 25, entre la obligación tributaria principal (art. 19) y las obligaciones tributarias accesorias (art. 25). En la primera se incluye exclusivamente la cuota tributaria, mientras que son accesorias las obligaciones de satisfacer los intereses de demora y los recargos. Es perfectamente defendible que el art. 91.4 LC se refiere exclusivamente a la obligación tributaria principal, en este sentido, la propia exposición de motivos de la ley concursal (párrafo tercero apartado V), resumiendo los créditos subordinados, nos dice "Las excepciones negativas son las de los créditos subordinados, una nueva categoría que introduce la ley para clasificar aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su **carácter accesorio** (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso)". La finalidad expresa de la ley es clasificar como subordinados créditos accesorios del principal, como sucede con los intereses, pero no sólo con los intereses, ya que los recargos son tan accesorios como aquellos, según los preceptos tributarios citados.

9. También se podría decir que, a diferencia de lo que sucede con los intereses, la ley no menciona expresamente los recargos, por lo que no se podría excluir del concepto de deuda tributaria tal y como viene definido en la LGT. De esta manera dado que lo accesorio ha de compartir la clasificación de la obligación principal, los recargos deberían ser clasificados de igual forma. Sin embargo esa posición nos llevaría a una consecuencia, a mi juicio, indeseable como sería otorgar a los recargos la consideración de créditos privilegiados.

10. Parece indudable que en materia de privilegios rigen los principios de legalidad y tipicidad, ya que así se desprende del art. 89.2 LC según el cual "no se admitirán en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Por lo tanto, si el recargo no se menciona expresamente no puede otorgarse un privilegio que la ley expresamente no le otorga.

11. El segundo lugar, también se dice que si los recargos no se mencionan expresamente ha de ser clasificado como ordinario, conforme la cláusula residual del art. 89.3 LC. Sin embargo, tampoco puedo compartir este argumento.

12. A mi entender, conforme lo previsto en el art. 89.3 LC los créditos han de ser clasificados de ordinarios siempre y cuando, con una interpelación adecuada, no puedan ser calificados de preferentes o subordinados. El principio de legalidad no juega en materia de créditos subordinados, ya que las partes de un contrato pueden atribuir carácter subordinado a un crédito que les vincule, posibilidad prevista en el art. 92.2 LC, sin que sea necesario una disposición con rango de ley, cosa que no sucede con los privilegiados, art. 89.2 LC. Por otra parte, el principio de tipicidad se relativiza, en cuanto que la ley no excluye que cualquier tipo de crédito, incluso aquellos que por disposición legal sean en principio privilegiados, pueda mediante un acuerdo ser considerado subordinado. Pero es que además, los términos en los que está redactado el precepto hacen imprescindible su interpretación, así cuando se refiere a los intereses se refiere a los de todas clases, incluidos los moratorios, y cuando habla de multas, se refiere a las demás sanciones pecuniarias.

13. Así pues resulta ineludible entrar a analizar la naturaleza de los recargos para poderlos

clasificar adecuadamente. Para comenzar, hay que traer a colación la importante sentencia del TC 164/1995, de 13 de noviembre de 1995, que se ocupa de estudiar la naturaleza de los recargos tributarios, para destacar que los argumentos que se puede extraer de su estudio no son decisivos. En primer lugar, hay que precisar que la doctrina del TC es vinculante en cuanto que analiza tales "medidas" desde la perspectiva constitucional, es decir, si los recargos pueden considerarse como sanción, en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado, y, por tanto, le son aplicables las garantías constitucionales propias de este campo (fundamento jurídico cuarto, párrafo tercero). En este caso, no se trata de analizar los recargos desde ese punto de vista, por lo que la doctrina del Alto Tribunal no es directamente aplicable, sin perjuicio de la autoridad científica que hay que reconocerle. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, en otro caso, como el contemplado en la sentencia 127/2002, de 23 de mayo, ha calificado como sanciones determinados recargos tributarios, dependiendo de su configuración legal. En definitiva el concepto de sanción que maneja el art. 92.4 LC no tiene que ser el mismo que utiliza el legislador constitucional por ejemplo en el art. 25 CE.

14. Por ejemplo, en materia tributaria, conforme el art. 185 LGT, las únicas sanciones pecuniarias que contempla la ley son la multa, fija o proporcional, sin embargo, la ley concursal distingue entre multas y demás sanciones pecuniarias, pues bien, un interpretación estrictamente literal llevaría a dejar de aplicar esta subordinación a las "demás sanciones pecuniarias", en tanto que en el ámbito tributario no hay otras sanciones pecuniarias que las multas.

15. Como sabemos un cláusula penal puede tener diversas finalidades, entre ellas: la coercitiva o de garantía, la liquidadora, la liberatoria o la estrictamente penal. Pues bien, parece que en buena técnica interpretativa el concepto de sanción que utiliza la ley concursal comprende la cláusula penal con finalidad exclusiva de castigar el incumplimiento (punitiva), a la que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1992 (RJ 1992\2007) que cita otra sentencia del Alto Tribunal de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990\8033), aun cuando, lógicamente ese concepto no puede incluirse en el de sanción a los fines de del derecho sancionador, penal o administrativo.

16. Igualmente el concepto de intereses al que se refiere la ley debe de comprender todos aquellos mecanismos dirigidos a compensar los daños y perjuicios derivados del retraso en el cumplimiento de una obligación, que es la finalidad primordial de los intereses moratorios, art. 1100 y 1108 CC.

17. Entrando a analizar la naturaleza de los recargos hemos de partir de que la Ley General Tributaria distingue dos tipos de recargos, el recargo por declaración extemporánea, y los recargos del periodo ejecutivo. A los primeros se refiere el art. 27 LGT al definirlos como "prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria". Parece evidente que el recargo responde al incumplimiento de los plazos legales, sin que haya ninguna otra actividad de la Administración. Por lo tanto, el tratamiento que deben de recibir este tipo de recargo no debe de diferir del de los intereses moratorios en tanto que va dirigido directamente a indemnizar a la administración por el retraso en el cumplimiento de una obligación.

18. En segundo lugar, la ley se refiere a los recargos del periodo ejecutivo, en su art. 28 LGT, en el que se distinguen tres tipos de recargos. Dos de ellos, el recargo ejecutivo y el recargo de apremio reducido, en lo que ahora nos interesa, sustituyen los intereses moratorios, ya no son compatibles con los intereses de demora, art. 28.5 LGT. Por lo tanto, si esos recargos sustituyen los intereses de demora, parece que también ha de darse el mismo tratamiento y por lo tanto calificarlos de subordinados.

19. En consecuencia, con el único recargo respecto del cual existen dudas es el recargo de apremio ordinario devengado antes de la declaración del concurso, en tanto que podría tener la finalidad de resarcir el plus de actividad administrativa generada por el impago de la deuda, sin embargo, su carácter punitivo parece igualmente presente, en tanto que se trata de un 20% compatible con los intereses moratorios. De las dos finalidades no sabría decir cual es la primordial, la de liquidar los daños causados a la administración por el plus de actividad que implica el impago, o la penalidad civil y el consiguiente efecto disuasorio que suponer tener que pagar un 20% más de la deuda.

20. Ese carácter ambiguo de este tipo de recargo, unido a otros dos argumentos, uno, de carácter más técnico, que indudablemente comparte la accesoriadad de los intereses con los otros tipo de recargos, y otro, de carácter más práctico, la dificultada práctica de reservar la clasificación de ordinarios para un solo tipo de recargo, me lleva a considerarlo como subordinado. “: **Auto JM-4 Barcelona 04.04.2005 (Incidente Concursal 82/2005)**

“SEGUNDO.- La jurisprudencia citada por la parte impugnante (Abogacía del Estado) es anterior a la vigencia de la Ley 22/2003 de 9 de julio, por lo que no examina el problema desde el punto de vista de ésta, cuando lo que aquí interesa es decidir como se clasifica el crédito dentro de las diversas categorías que prevé la Ley Concursal. Para lo que deberá

tenerse en cuenta, además del texto de ésta, cuáles son los principios que la informan. Y en esa labor es importante partir de los siguientes: 1º) la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva de los privilegios, como propugna la exposición de motivos de la propia Ley Concursal; 2º) que el mecanismo de la subordinación diseñado por la Ley Concursal contribuye, con un evidente criterio de justicia, a garantizar que ni componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones, etc) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquéllos otros conceptos con los bienes que al final le pudieran restar al concursado; y 3º) que debe incentivarse la diligencia de las administraciones públicas al actuar contra insolventes, pues no han contentarse con una postura de pasividad para luego tratar de obtener lecturas generosas de sus privilegios, sino que, desde la atalaya que les permite detectar las dificultades económicas del deudor (a lo que alude el artículo 2.4.4º de la Ley Concursal), deben adoptar comportamientos activos para impedir que personas insolventes se mantengan en el mercado con riesgo para la seguridad del tráfico mercantil y de los puestos de trabajo y en situaciones de auténtica competencia desleal con los restantes operadores al no estar desembolsando los costes fiscales y sociales que otros afrontan con puntualidad.

TERCERO.- La doctrina constitucional invocada tampoco arroja la luz que pretende la impugnante porque cuando la sentencia 164/1995 del TC se pronuncia sobre los recargos lo hace a efectos de decidir si deben exigirse o no las garantías del proceso sancionador para su aplicación, lo que no resulta determinante para clasificar el crédito dentro de las diversas categorías que prevé la Ley Concursal. No obstante, el propio TC remarca las funciones resarcitoria y coercitiva o disuasoria que asigna al recargo en el concreto caso que se le planteaba, pero no niega que un recargo pueda llegar a suponer una penalización económica que podría convertirse en sanción (por ejemplo, si alcanzase cuantitativamente el valor de tal, incluso el de sanción atenuada), lo cual implica un matiz importante. Por otro lado, también el TC (sentencia 127/2002) ha considerado como sanciones a determinados recargos en otros casos en que se le ha sometido la cuestión. Además, hay supuestos, como el de las cláusulas penales civiles, que podrían calificarse como crédito subordinado por su finalidad punitiva, o el de las multas coercitivas previstas en la Ley 30/92 de 26 de noviembre, que también resultarían merecedoras de la subordinación crediticia pese a no ser su naturaleza sancionadora, por lo que no puede reservarse la previsión del nº 4 del art. 91 de la Ley Concursal para el ámbito del Derecho Penal o del Derecho Administrativo sancionador como manifestaciones del ius puniendi del Estado.

CUARTO.- Los recargos (ya sean de apremio ya de demora) de los créditos institucionales son, efectivamente, ingresos de carácter público (con la calificación de deuda tributaria, según el artículo 58 de la LGT), pero no debe olvidarse que su finalidad está más próxima, en unos casos, al resarcimiento por retraso, asemejándose así a los intereses; y en otros, cuando alcanzan porcentajes tan elevados que desbordan el carácter indemnizatorio, se asimilan a una auténtica penalización. En cualquier caso, se trata de una prestación accesoria al crédito principal (así, los arts. 25 a 27 de la Ley General Tributaria consideran como obligaciones tributarias accesorias tanto al interés de demora como a los distintos tipos de recargos - por declaración extemporánea y del período ejecutivo; y el artículo 58 de la Ley General Tributaria distingue con claridad entre la cuota o deuda principal -la del art. 19 del mismo texto legal.- y la parte accesoria de la misma - intereses y recargos). Y en la Ley Concursal no rige en materia de calificación el criterio de que lo accesorio merezca el mismo tratamiento que lo principal; al contrario, la distinción entre principal e intereses es tajante, pues los segundos son clasificados como subordinados (art. 92.3 de la Ley Concursal). Por lo que si se entiende que el recargo cumple una función similar al interés (como el recargo por declaración extemporánea, el recargo ejecutivo y el recargo de apremio reducido en materia tributaria) su clasificación en el concurso debería ser la misma. Y cuando cumpla una finalidad equiparable a la penalizadora o sancionatoria (como en el caso del recargo de apremio ordinario tributario, tanto por su elevado porcentaje como por su compatibilidad con el interés moratorio) también sería de aplicación la clasificación como subordinado (art. 92.4). La exposición de motivos de la Ley Concursal es clara al señalar de modo expreso (punto V) que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la Seguridad Social.”: Sentencia JM-4 Madrid 13.05.2005 (Concurso 55/2004)

PRIMERO Resultando incontrovertida la suma a que asciende en el presente concurso de «Arcoser, SL» el crédito reconocido a favor de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se plantea no obstante por esta última la cuestión relativa a la calificación que merecen en el concurso las sumas devengadas por el concepto de recargos por ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo -en el presente caso tales ingresos obedecen a las retenciones por IRPF- pretendiendo a tal respecto la AEAT que se les conceda el mismo

tratamiento que a las propias retenciones, es decir, el privilegio general del art. 91-2º LC, en aplicación de la regla de que lo accesorio sigue a lo principal, mientras que la Administración concursal entiende que tales recargos entran en la clasificación residual del privilegio general del art. 91-4º LC.

SEGUNDO La naturaleza jurídica del recargo por pago fuera de plazo sin requerimiento, como el que ahora nos ocupa, ha sido objeto de análisis por nuestro Tribunal Constitucional en varias resoluciones, y así, entre otras, la STC 164/1995 de 13 noviembre (RTC 1995, 164) se ocupó de la figura prevista en el art. 61-2 Ley General Tributaria conforme a la redacción dada por la Ley 46/85, indicando que el recargo tiene una finalidad resarcitoria al comprender también un porcentaje de intereses sobre la deuda tributaria, teniendo además una función disuasoria, coercitiva o de estímulo, favoreciendo el pago puntual de la deuda, en lo que excede de la cifra alcanzada por el interés de demora, pero descartando en cualquier caso su naturaleza de sanción al carecer de finalidad represiva. La así proclamada naturaleza de los recargos por declaración extemporánea, como figura intermedia entre los intereses y las sanciones, aparece también recogida de este modo en la vigente Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria en la que se contemplan como parte integrante de la deuda tributaria (art. 58-2 b) si bien su aplicación excluye la de las sanciones y en determinada medida la de los intereses de demora (art. 27). Delimitados en tales términos los contornos a que obedecen estos recargos la conclusión solo puede ser la de catalogarlos como genuinos créditos subordinados al responder al patrón común de la clasificación contenida en los núm. 3º y 4º del art. 92 LC para los créditos por intereses y por sanciones, a lo que contribuye además las siguientes consideraciones:

a) Aún cuando efectivamente la Ley General Tributaria describe los recargos como obligaciones tributarias accesorias de la principal (art. 25-1) no es menos cierto que tampoco son tributos (como recuerda la STC 276/2000 de 16 noviembre [RTC 2000, 276]).

b) La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal declara en su apartado V que una de las razones para la postergación de determinados créditos es precisamente la de su carácter accesorio, como ocurre con los créditos por intereses, los cuales serán calificados como subordinados aún cuando también formen parte integrante de la obligación tributaria (art. 25-2 LGT).

c) Merecen los recargos ser relegados a la postergación legal de la subordinación al no resultar merecedores, por su origen, del nivel de protección que el legislador concede al resto de créditos, teniendo presente que una solución contraria haría recaer sobre estos últimos las consecuencias de un incumplimiento legal que no les resulta a ellos imputable.

d) Cabe finalmente añadir que la calificación de los recargos como créditos subordinados ha sido mayoritariamente acogida por los Juzgados de lo Mercantil (así la Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 5 Madrid de 29 marzo 2005, SJM núm. 3 Madrid de 4 marzo 2005, SJM núm. 4 Barcelona de 4 abril 2005, SJM núm. 2 Barcelona de 29 marzo 2005, SJM núm. 1 Barcelona de 22 abril 2005, SJM núm. 3 Barcelona de 6 abril 2005).": Sentencia JM Oviedo (Asturias) 27.05.2005 (AC 2005, 1020)

“CUARTO La segunda de las divergencias suscitadas en el presente trámite incidental se funda en la distinta interpretación del art. 92-4º de la Ley Concursal que se sostiene por las partes en torno a la posibilidad (tesis de la Administración Concursal y de la concursada Suprasport, S.L) o imposibilidad (tesis de la A.E.A.T) de incardinar dentro de su ámbito -y, por tanto, de subordinar- los créditos públicos que tienen su origen en recargos administrativos.

Según el art. 92-4º de la Ley Concursal, son subordinados no solamente «...Los créditos por multas...» sino también las «...demás sanciones pecuniarias «... Ahora bien, si acudimos al Código Penal, comprobamos que la única pena de contenido pecuniario que dicho cuerpo legal contempla es precisamente la pena de "multa" (Arts. 32 y 33). Y si nos detenemos en el examen de los cuerpos normativos que con mayor asiduidad habrán de ser generadores de obligaciones pecuniarias de origen público a cargo del deudor concursado, no encontramos con lo siguiente: 1) Que el art. 185 de la Ley General Tributaria, manejando un concepto estricto de «sanción pecuniaria», no conoce otras obligaciones de tal naturaleza que las «multas» (de cuantía fija o proporcional), y, por su parte, el art. 25, al incluir los «recargos» entre las obligaciones tributarias accesorias, priva expresamente de éste último carácter a las sanciones tributarias. 2) De modo similar, el art. 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social, al que se remite en materia sancionadora la Ley General de la Seguridad Social, denomina en todo caso «multas» a todas y cada una de las sanciones de naturaleza pecuniaria que contempla.

De operar, pues, con una noción estricta de «sanción pecuniaria» como es la manejada habitualmente en el ámbito del Derecho Administrativo (que identifica, sin más, a esa clase de sanciones con las «multas»), quedaría vacío de contenido el segundo inciso del

mencionado art. 92-4º de la Ley Concursal que, a pesar de todo, parece querer subordinar, además de a las sanciones pecuniarias denominadas «multas», a otras sanciones del mismo carácter aún cuando no reciban técnicamente esa denominación. Por tanto, la interpretación fundada en esa noción estricta ha de ser rechazada por simple reducción al absurdo (no puede deducirse que la voluntad de la Ley sea la de subordinar créditos que, de seguirse ese criterio estricto, no podrían existir) y ha de dar paso a otra más respetuosa con el espíritu de la norma, interpretación con arreglo a la cual, superando el encasillamiento propio de las categorías administrativas, el propósito de la Ley Concursal habría sido el de otorgar el mismo tratamiento concursal genuinamente indicado para las multas a otras obligaciones pecuniarias de naturaleza jurídico-pública que, sin recibir legalmente tal denominación, reconozcan una naturaleza similar, tanto en cuanto a su origen como en los relativo a su funcionalidad. De ahí que la expresión «...demás sanciones pecuniarias...» que utiliza el mencionado precepto no pueda ser interpretada sino como una invitación legal expresa a la integración analógica de la norma (téngase en cuenta que, dado el carácter excepcional de la subordinación crediticia, el art. 4-2 del Código Civil vedaría el recurso a la analogía de no concurrir esa habilitación legal) mediante la incardinación dentro de su ámbito de otros supuestos de obligaciones pecuniarias que, pese a su naturaleza jurídica diversa, ofrezcan con las multas (o sanciones pecuniarias en sentido estricto) una cierta identidad de razón en lo concerniente al fundamento de su específico tratamiento concursal. Por lo tanto, si lo que requiere el segundo inciso del art. 92-4º no es -obvio es decirlo- identidad plena entre esos «...demás créditos...» susceptibles de subordinación y las «...multas...», sino la concurrencia de un cierto grado de similitud o analogía capaz de justificar su tratamiento concursal idéntico, parece evidente que, a la hora de abordar el problema de la susceptibilidad de incardinación de los «recargos» dentro del mencionado ámbito, lo que habrá de analizarse es si existen o no, entre estos y aquéllas, puntos de conexión de suficiente entidad como para respaldar esa identidad de tratamiento, sin que pueda despacharse el análisis del problema mediante la simple constatación -obvia por lo demás- de que la legalidad administrativa dispensa a uno y otro tipo de crédito público un régimen jurídico no exactamente superponible, además de otorgarles una denominación diferente. Pues bien, a tal respecto, han de efectuarse las siguientes consideraciones:

1. De los arts. 27 y 28 de la Ley General Tributaria se infiere que, al igual que sucede con las multas, los recargos no derivan naturalmente -como la cuota- de la fuente de la obligación contributiva correspondiente, sino que, por el contrario, son la consecuencia de un comportamiento antijurídico -en el sentido de no adecuado a la norma- del obligado tributario. De ahí que desde el punto de vista concursal resulte injusto, como se ha puesto de relieve en el terreno doctrinal (Vicente Guilarte Gutiérrez, en «Comentarios a la Legislación Concursal», Tomo II pag. 2050; Jose Maria Garrido, en «Comentario de la Ley Concursal», coordinada por Angel Rojo y Emilio Beltran, pag 1665, entre otros) que finalmente esa conducta antijurídica acabe gravando los intereses legítimos de los restantes acreedores, lo que sucedería si el crédito que genera hubiera de ser calificado como ordinario.

2. Es tradicional en el Derecho punitivo la distinción entre la finalidad retributiva de la sanción («quia peccatum»), que tiende a expiar el mal provocado por la conducta, y la función preventiva («ut ne peccetur»), tanto en su modalidad de «prevención general» (la sanción cumple una función ejemplarizante con efectos disuasorios para la sociedad en su conjunto) como de «prevención especial» (la sanción disuade al sancionado de la reiteración en la conducta). Pues bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional (sentencias de 13-11-95 [RTC 1995, 164] y 2-04-01 [RTC 2001, 93]) considere que determinados recargos carecen de la primera de dichas finalidades -la retributiva- y que esa particularidad constituye motivo suficiente para dispensar a la Administración, en el trámite de su imposición, del sistema de garantías propio del Derecho Administrativo sancionador, no impide que sea el propio Tribunal quien destaque al mismo tiempo la finalidad disuasoria (y, por tanto, de prevención general y especial) que caracteriza a dichas obligaciones pecuniarias. Apreciación que por sí sola sería suficiente para deducir que, no exigiendo el art. 92-4º LC -como ya se ha razonado- la concurrencia de identidad plena en la naturaleza jurídica de los créditos respectivos sino solo la mera analogía entre los mismos, la existencia en común de esa esencial característica inherente a toda norma jurídica sancionadora -finalidad preventiva- constituye un punto de conexión de evidente relevancia en orden a resolver sentido positivo el problema de la incardinabilidad del recargo en el ámbito del mencionado precepto.

3. A juicio de quien provee, resulta esencial considerar que, frente a otras diferencias de carácter mucho más secundario (cuando menos a los efectos del tratamiento concursal de los créditos, ámbito en el que nos movemos), la propia Ley General Tributaria unifica y asimila plenamente los recargos y las sanciones pecuniarias en sentido estricto (multas) precisamente en una de las facetas que en mayor medida caracterizan -y han caracterizado históricamente- tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo

sancionador: el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable, principio de rango constitucional aplicable, según el art. 25 CE, no solo a los delitos y faltas sino también a las infracciones administrativas. En efecto, dispone el art. 10-2 de la Ley General Tributaria que «...las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado...», lo que nos indica que, en este esencial aspecto, es el propio legislador quien, pese a asignarles distinta nomenclatura, no advierte diferencias de carácter sustancial entre las multas y los recargos, atribuyendo a éstos -igual que a aquéllas- la característica común de constituir la consecuencia sancionatoria de una conducta no acorde con la legalidad administrativa. Pues bien, en presencia de similitudes de tal envergadura, pasan a un segundo plano diferencias de tratamiento que tienen un sesgo más convencional y un carácter no esencial, cuando menos en apariencia. Así sucede, vgr. con la incardinación que efectúa el art. 58 LGT de los recargos dentro de la deuda tributaria y la correlativa exclusión de las sanciones pecuniarias del ámbito formal de dicha categoría. Por cierto, que la A.E.A.T. invoca dicho precepto sin extraer de él de modo dialécticamente adecuado la consecuencia que pretende, pues no se ve cómo la simple caracterización de un recargo como deuda tributaria pueda ser circunstancia capaz de excluir su subordinación cuando se trata de dos cuestiones que no se interfieren en modo alguno: también el interés del préstamo es deuda inherente a dicha operación crediticia sin que nadie cuestione que aquél ha de recibir precisamente el tratamiento de crédito subordinado en aplicación del art. 92-3º de la Ley Concursal.

Consideraciones todas ellas que, de acuerdo con planeamientos precedentes, autorizan a concluir que, pese a su diferente denominación, existe entre los recargos y las multas similitudes de entidad suficiente como para justificar la incardinación analógica de los primeros dentro de la fórmula abierta que contiene el segundo inciso, tantas veces citado, del art. 92-4º de la Ley Concursal.”: Sentencia JM-2 Madrid 23.06.2005 (AC 2005/1079)

“2. Para resolver sobre la calificación y distribución de los diferentes créditos es menester decidir primero sobre la calificación de los recargos, puesto que según sea una u otra, se afectará a la distribución de los distintos créditos. De lo que se trata es de dilucidar si la deuda a favor de la Agencia Tributaria en concepto de recargos de apremio debe ser calificada como crédito subordinado -tesis de la Administración concursal- o de la misma manera que el crédito del que derivan -tesis de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria-. No puede haber otra explicación a la postura de la Agencia Tributaria que la de negar a los recargos de apremio la condición de sanciones a los efectos del artículo 92.4º LCon. Éste atribuye la condición de subordinados, a los efectos del concurso, a «los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». La Agencia Estatal de la Administración Tributaria parece entender que si los recargos no fueran considerados sanciones no quedaría más opción que calificar tales créditos de la misma manera que la deuda por principal de la que derivan. Partimos de la distinción -aceptada por la propia Ley General Tributaria- entre deuda por principal -la cuota tributaria («ex» artículo 19 LGT)-, y la derivada de los recargos que se devengan por el impago puntual de aquella - que el artículo 25 LGT califica como obligaciones tributarias accesorias-. Ante esta diferenciación de conceptos no aclara muy bien la Agencia Tributaria cuál es su tesis en virtud de la que los recargos deben ser conceptuados, desde la perspectiva de la Ley Concursal, del mismo modo que el principal del que dimanar. Y debería haberlo aclarado porque el artículo 25.1 LGT califica -como hemos visto- los recargos de apremio como prestaciones accesorias. Y precisamente la Ley Concursal se apoya en el carácter accesorio de los créditos para atribuirles la calificación de subordinados (Exposición de Motivos apartado V).

3. La cuestión que nos debemos plantear es la siguiente: si de los artículos 25, 28 y 161 LGT se deriva que los recargos se devengan como consecuencia de la falta de pago de la deuda en el plazo, ¿es posible conceptuarlos como sanción a efectos del artículo 92.4º LCon? La STC 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995, 164), en su fundamento jurídico quinto dispone que «el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento». Debe ponerse de relieve que dicha Sentencia dice que el recargo no puede considerarse sanción «en sentido propio». Y esta última locución no puede considerarse casual en la redacción de la Sentencia porque se repite en tres ocasiones

diferentes cuando se refiere a la naturaleza jurídica del recargo. Dos veces se repite en el quinto fundamento jurídico, y otra en el fundamento jurídico sexto. Y es precisamente en este último donde se nos indica lo que el Tribunal Constitucional quiere expresar con la mención «en sentido propio». En efecto, en el fundamento jurídico sexto de la resolución que estamos glosando se dice «puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988 [RTC 1988, 239]), las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los arts. 25.1 y 24.2 CE ». Por tanto el Tribunal Constitucional no está negando la naturaleza sancionadora de los recargos sino que se limita a expresar que no se trata de una manifestación del ius puniendi del Estado a los efectos de determinar la aplicabilidad de las garantías de la potestad sancionadora. Además, no podemos dejar de resaltar que en el fundamento jurídico quinto de la referida Sentencia se dice que el hecho de que los recargos tengan una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, les da un cierto matiz sancionador.

4. El artículo 92.4º LCon se limita a calificar como subordinados «los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». Como puede advertirse, no dice que se considerarán subordinados los créditos por multas y sólo las sanciones derivadas del ejercicio del ius puniendi del Estado. Por ello debe aplicarse aquí el aforismo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (SSTS 21 de marzo de 1882 y 12 de julio de 1905, y más recientemente STC núm. 174/2004 [RTC 2004, 174] [Sala Segunda] de 18 de octubre). Partiendo de que el artículo 92.4º LCon no dice que sean créditos subordinados sólo los derivados de sanciones en sentido propio, sino los derivados de multas y demás sanciones pecuniarias, acudiremos al Diccionario de la Real Academia Española que en la tercera y cuarta acepción de «sanción» dice que se corresponde con la «pena que la Ley establece para el que la infringe; y mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena». Tales acepciones encajan exactamente con lo dispuesto en los artículos 27 y 161.4 LGT. Esto es, el recargo es una pena -en el sentido de «castigo impuesto por autoridad legítima» (Diccionario de la Real Academia Española)- al que infringe la Ley. En el caso de los recargos estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de presentar la declaración y consiguiente ingreso tributario dentro de plazo, que conllevaría el «castigo» de abonarlo. Y, precisamente tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, estimular el pago dentro del período previsto. Función que -dicho sea de paso- es la que imprime el carácter sancionador al recargo según se expresa en la STC 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995, 164).

5. A mayor abundamiento debe decirse que la tesis de la Agencia Tributaria se compeadece poco con una interpretación teleológica del artículo 92.4º LCon. El propósito de tal precepto al calificar como subordinados los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias ha sido el de evitar que los «componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones, etc.) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquellos otros conceptos» (Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid de 21 de abril de 2005). Y si prosperara la tesis de la Agencia Tributaria, los créditos por principal de los demás acreedores se verían menoscabados al quedar incrementado el volumen de acreedores privilegiados u ordinarios. De ahí que por las razones expuestas no pueda prosperar la pretensión de la Agencia estatal de la Administración Tributaria.": Sentencia JM-1 Madrid 5.07.2005 (AC 2005/1113)

“2. Para resolver sobre la calificación y distribución de los diferentes créditos es menester decidir primero sobre la calificación de los recargos, puesto que según sea una u otra, se afectará a la distribución de los distintos créditos. De lo que se trata es de dilucidar si la deuda a favor de la Agencia Tributaria en concepto de recargos de apremio debe ser calificada como crédito subordinado –tesis de la Administración concursal- o de la misma manera que el crédito del que derivan –tesis de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria-. No puede haber otra explicación a la postura de la Agencia Tributaria que la de negar a los recargos de apremio la condición de sanciones a los efectos del artículo 92.4º LC. Éste atribuye la condición de subordinados, a los efectos del concurso, a “los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria parece entender que si los recargos no fueran considerados sanciones no quedaría más opción que calificar tales créditos de la misma manera que la deuda por principal de la que derivan.

3. Partimos de la distinción –aceptada por la propia Ley General Tributaria- entre deuda por principal -la cuota tributaria (ex artículo 19 LGT)-, y la derivada de los recargos que se devengan por el impago puntual de aquella -que el artículo 25 LGT califica como obligaciones tributarias accesorias-. Una primera aproximación al problema nos pone de manifiesto que al calificarse por el artículo 25.1 LGT los recargos de apremio como prestaciones accesorias, existe soporte suficiente como para mantener la clasificación de los mismos como créditos subordinados sobre la

base de la Ley Concursal puesto que ésta se apoya en el carácter accesorio de los créditos para atribuirles la calificación de subordinados (*Exposición de Motivos apartado V*).

4. Continuando con el enjuiciamiento de la cuestión planteada, es menester traer a colación la STC 164/1995, de 13 de noviembre, que en su fundamento jurídico quinto dispone que *“el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento”*. Debe ponerse de relieve que dicha Sentencia dice que el recargo no puede considerarse sanción “en sentido propio”. Y esta última locución no puede considerarse casual en la redacción de la Sentencia porque se repite en tres ocasiones diferentes cuando se refiere a la naturaleza jurídica del recargo. Dos veces se repite en el quinto fundamento jurídico, y otra en el fundamento jurídico sexto. Y es precisamente en este último dónde se nos indica lo que el Tribunal Constitucional quiere expresar con la mención “en sentido propio”. En efecto, en el fundamento jurídico sexto de la resolución que estamos glosando se dice *“puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988), las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los arts. 25.1 y 24.2 CE”*. Por tanto el Tribunal Constitucional no está negando la naturaleza sancionadora de los recargos sino que se limita a expresar que no se trata de una manifestación del *ius puniendi* del Estado a los efectos de determinar la aplicabilidad de las garantías de la potestad sancionadora. Además, no podemos dejar de resaltar que en el fundamento jurídico quinto de la referida Sentencia se dice que el hecho de que los recargos tengan una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, les da un cierto matiz sancionador.

5. El artículo 92.4º LC se limita a calificar como subordinados *“los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”*. Como puede advertirse, no dice que se considerarán subordinados los créditos por multas y sólo las sanciones derivadas del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello debe aplicarse aquí el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* [Ss. TS 21 de marzo de 1882 y 12 de julio de 1905, y más recientemente STC núm. 174/2004 (Sala Segunda) de 18 de octubre]. Partiendo de que el artículo 92.4º LC no dice que sean créditos subordinados sólo los derivados de sanciones en sentido propio, sino los derivados de multas y demás sanciones pecuniarias, acudiremos al Diccionario de la Real Academia Española que en la tercera y cuarta acepción de “sanción” dice que se corresponde con la *“pena que la ley establece para el que la infringe; y mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena”*. Tales acepciones encajan exactamente con lo dispuesto en los artículos 27 y 161.4 LGT. Esto es, el recargo es una pena –en el sentido de *“castigo impuesto por autoridad legítima”* (Diccionario de la Real Academia Española)- al que infringe la ley. En el caso de los recargos por ingreso extemporáneo estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de presentar la declaración y consiguiente ingreso tributario dentro de plazo, que conllevaría el *“castigo”* de abonarlo. Y en el caso de los recargos de apremio, el supuesto de hecho consiste en la falta de ingreso de la cantidad a que asciende la cuota tributaria (artículo 19 LGT), que conlleva el *“castigo”* de satisfacer una cantidad adicional resultante de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 28 LGT sobre la cantidad a ingresar. Y, precisamente tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, bien estimular el pago dentro del periodo previsto, bien estimular el pago pura y simplemente. Función que –dicho sea de paso- es la que imprime el carácter sancionador al recargo según se expresa en la STC 164/1995, de 13 de noviembre.

6. La Agencia Tributaria mantiene su postura sobre la base de que el artículo 58 LGT incluye dentro del concepto de deuda tributaria los recargos. Es tal sentido se afirma en la demanda incidental que *“los recargos están regulados en la Ley General Tributaria de 2003 y los considera como parte constitutiva de la deuda tributaria, en consecuencia los recargos forman parte del crédito tributario”*. Sin embargo, se olvida la Agencia Tributaria de que a los efectos de clasificación de los créditos la norma a tener en cuenta es la Ley Concursal. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que *“no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”*. Y el criterio para subsumir cualquier crédito en alguna de las clases previstas en la Ley Concursal, no puede ser la calificación que de tal crédito se haga en una norma extravagante a la legislación concursal, sino que debe ser el de la verdadera naturaleza del crédito. Frente a ello afirma la parte impugnante que al considerarse los recargos deuda tributaria por el artículo 58 LGT, forman parte del crédito tributario sin que quepa discriminarlos del resto de la deuda postergándolos a créditos subordinados. No podemos compartir dicho argumento. Sobre este punto puede ser esclarecedor el caso del *“interés de demora”* devengado por el impago de un tributo. Tales intereses también tienen el tratamiento de deuda tributaria [artículo 58.2 a) LGT]. Y no parece que la Agencia Tributaria discuta su clasificación como crédito subordinado en virtud de la interpretación que de tal crédito hace el

artículo 58 LGT. Por el contrario, procede la aplicación del artículo 92.3º LC que entiende que son subordinados *“los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance las respectiva garantía”*.

7. A mayor abundamiento debe decirse que la tesis de la Agencia Tributaria se compadece poco con una interpretación teleológica del artículo 92.4º LC. El propósito de tal precepto al calificar como subordinados los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias ha sido el de evitar que los *“componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones, etc) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquéllos otros conceptos”* (Auto Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid de 21 de abril de 2005). Y no puede negarse el carácter accesorio de los recargos (artículo 25.1 segundo párrafo LGT), en cuyo tratamiento se equiparan a los intereses. Y si prosperara la tesis de la Agencia Tributaria, los créditos por principal de los demás acreedores se verían menoscabados al quedar incrementado el volumen de acreedores privilegiados u ordinarios. De ahí que, por las razones expuestas, no pueda prosperar la pretensión de la Agencia estatal de la Administración Tributaria.”: Sentencia JM-1 Madrid 18.11.2005 (Incidente Concursal 385/2005)

“Cuarto.- A lo largo de estos 15 primeros meses de vigencia de la Ley concursal han sido constantes las discrepancias entre las administraciones públicas y los Juzgados mercantiles respecto del tratamiento de los créditos públicos, concretamente en lo referido a la consideración de los recargos como créditos subordinados, por su asimilación a las multas o sanciones, y la formulación del sistema de cálculo del privilegio general, cálculo que la administración realiza a partir de la consideración como base de la totalidad de la deuda y que, sin embargo, los Jueces mercantiles de manera mayoritaria consideraban que debía calcularse sólo a partir de aquellos créditos que debían incluirse en el apartado 4º del artículo 91.

Los argumentos que tanto los letrados que defienden los intereses públicos como los Juzgados y las administraciones concursales han sido variados, buscando el cobijo de las disposiciones legales tanto de naturaleza administrativa como civil, la interpretación que de estas normas han dado los Tribunales civiles y contencioso-administrativos e incluso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El estado de la cuestión era realmente complejo dado que el número de incidentes era muy elevado. Finalmente las audiencias provinciales han iniciado la labor depuradora de los conflictos y empiezan a sentar criterio que, en el ámbito de los juzgados mercantiles, debe considerarse vinculante. Resoluciones como la de la audiencia de Barcelona, Sección 15 de 19 de enero de 2006, permiten considerar que en el ámbito concursal la consideración de los recargos se asimile a la idea de sanción y, por lo tanto, deba subordinarse el crédito. Esta interpretación tiene alcance meramente concursal - ámbito en el que de modo genérico la Ley propugna un recorte o poda de privilegios. Los argumentos de dicha resolución se dan por reproducidos y que vinculan el concepto de sanción establecido en el ámbito concursal al de pena pecuniaria derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación derivada de una deuda pública.”: Sentencia JM-3 Barcelona 24.02.2006 (JUR 2006/113969)

“Respecto de la determinación de la naturaleza de los recargos hemos de partir de que el origen de los mismos puede localizarse en el derecho Europeo comunitario y más concretamente en la figura del «steuerliche Nebenleistung» recogido en la Ordenanza Tributaria Alemana cuya figura jurídica es la «verspätungszuschlag «como figura que no es ni sanción ni indemnización sino una nueva categoría jurídica con rasgos propios que el Tribunal Constitucional intentó definir en su resolución 164/1995.

Sin embargo la finalidad disuasoria ha sido destacada, por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 76/1990 (RTC 1990\ 76), respecto de los intereses de demora, específicamente, lo que nos llevaría a determinar que aunque se encuentra también en materia de recargos no necesariamente se identifica con los primeros. El carácter sancionador, cada día mas negado por la doctrina, se discrimina en función de la comparación de cada recargo con las infracciones recogidas en la normativa correspondiente y ello nos lleva a entender que, a pesar del nomen iuris, cuando legislador habla de recargos y estos ? comparativamente hablando? se acercan o son similares a las sanciones, en realidad nos encontramos no con recargos sino con manifestaciones encubiertas de la facultad sancionadora de la administración.

En relación a su clasificación dentro de los diferentes supuestos de clasificación de créditos que nos permite la normativa concursal es lógico y razonable que se defienda tanto su posición como créditos ordinarios o como subordinados y, dentro de estos últimos, dentro del grupo tercero referido a créditos por intereses como de los del grupo cuarto referidos a créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

Lo que palmariamente ?salvo algún supuesto doctrinal? parece derivarse de los diferentes estudios es que no se trata de una sanción o al menos que no cumple con todos los requisitos para ser considerada como tal y que cuando así ha sido declarada por el Tribunal Constitucional se ha debido a que el legislador ha establecido tipos muy cercanos a los de

la infracción cuyo estudio en conjunto nos permite referirnos a supuestos sancionadores y no a verdaderos recargos. También parece comúnmente admitido que en la naturaleza del recargo se incluye su carácter resarcitorio que se contradice en los supuestos en que también se exige o convive con intereses moratorios. La idea del *tertium genus*, de su carácter híbrido o mixto pulula entonces ante esta «prestación accesoria» que forma parte de la deuda tributaria como categoría jurídica con rasgos propios y que bien podrían encuadrarse a partir de una concepción amplia de intereses como subordinados del grupo tercero de la Ley concursal (intereses de cualquier clase), del grupo cuarto (sanciones) o bien como «créditos tributarios» ordinarios.

Quizás es coherente al sistema partir de que el que no paga en tiempo y lo hace tardíamente antes de que se le requiera o posterior a dicho requerimiento, o incluso en período ejecutivo, se beneficia de un dinero que no es suyo y perjudica el haber común público y ello conlleva un mayor gravamen en su deuda que no es ni sancionatorio ni resarcitorio en sí mismo sino constitutivo de una nueva determinación de la deuda tributaria. El hecho de que en función de determinadas circunstancias se apliquen o no intereses moratorios es una medida de política legislativa que la administración establece a partir de considerar que el resarcimiento no es tan importante como el abono de la deuda y al mismo tiempo incentiva al pago voluntario. A partir de ello no estamos ante supuestos subordinados que también hemos de ver ¿igual que los privilegios? a partir de una interpretación estricta y no amplia. Por ello y en función de esta naturaleza mixta pero como figura que tiene sus rasgos propios no deberían considerarse créditos subordinados pues sólo desde una interpretación amplia de los mismos así podría verse, sino como deuda y por lo tanto clasificable como ordinarios o como créditos con privilegio general del artículo 91.4º LC en la medida en que forman parte de la base sobre la que se calculará el 50% de dicho privilegio.

La anterior solución pasa igualmente por la concepción de los recargos como una figura única con caracteres semejantes en todos los supuestos. De otra forma el análisis independiente de cada uno de ellos puede llevarnos a soluciones diferentes.

El criterio de subordinación, mantenido por la sentencia señalada de Madrid, es también compartido por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de fecha 6 de abril de 2005, en donde señala que «no tendría sentido concursal que un interés o sanción aplicado en un recargo gozara de un beneficio y preferencia determinado y que, sin embargo, en otro crédito público fuera relegado al pelotón de los subordinados» y concluye diciendo que «a los solos efectos concursales recargos y sanciones deben considerarse conceptos equivalentes y, en ambos casos, subordinados en función de su naturaleza intrínseca y no del nombre que haya querido darle el legislador». Es importante señalar que esta sentencia viene a delimitar un argumento que hemos tratado de deslindar más arriba partiendo de que el recargo pudiera constituir en sí un crédito a tanto alzado en donde se diferencien conceptos a efectos concursales. Señala la misma que «parece evidente que el legislador permite a los administradores del concurso “desmenuzar” los créditos que se le insinúan y deslindar de ese desbroce los distintos elementos que integran ese crédito pero que, desde una perspectiva concursal, no hacen sino ensamblar créditos de naturaleza distinta». En cualquier caso la referida sentencia no desbroza el «recargo» o «los recargos» sino que los agrupa a los efectos concursales sin distinguir su naturaleza individualmente. La posición subordinada también ha sido defendida en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Alicante de 5 de mayo de 2005; aunque señala que se puede discutir su ubicación dentro de los subordinados, utiliza las sentencias del Tribunal Constitucional para señalar naturaleza de «multa o penalización económica». La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, de fecha 22 de abril de 2005 utiliza un criterio interesante-al que nos referimos al principio ? al referirse a que «el concepto de sanciones establecido en el artículo 92.4º LC no es equivalente al concepto estricto de sanciones que se maneja en el derecho administrativo sino que incluye otras que sin ostentar tal carácter se le pueden asimilar. Entre ellas se encuentran los diversos tipos de recargos». Todo ello se justifica en función de un análisis de la exposición de motivos de la Ley Concursal y el carácter amplio del concepto «demás sanciones» que recoge el precepto en cuestión.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que el análisis en conjunto de los recargos difumina la verdadera naturaleza de cada uno de ellos considerados individualmente y que en todos puede verse el componente accesorio (que en la exposición de motivos de la Ley concursal se identifica con los intereses) a cuyos efectos concursales también puede verse en el régimen de créditos subordinados y, dentro de este, en el carácter disuasorio de toda sanción en el término concursal del artículo 92.4 LC precisamente porque en su naturaleza puede verse también la naturaleza sancionadora junto a la de resarcimiento y estímulo.”: S JM-1 Málaga 04.05.2006 (AC 2006/1341)

“**QUINTO** Finalmente por lo que respecta a la clasificación que merecen los recargos de apremio y la solicitud formulada por la AEAT de que el crédito certificado por tal concepto no sea considerado como crédito subordinado, la pretensión así articulada no puede

prosperar en atención a las siguientes consideraciones:

a) Aún cuando efectivamente la Ley General Tributaria describe los recargos del período ejecutivo como obligaciones tributarias, lo hace atribuyéndoles una naturaleza accesoria a la obligación principal (art. 25-1).

b) La propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal declara en su apartado V que una de las razones para la postergación de determinados créditos es precisamente la de su carácter accesorio, como ocurre con los créditos por intereses, los cuales serán calificados como subordinados aún cuando también formen parte integrante de la obligación tributaria (art. 25-2 LGT).

c) Merecen los recargos ser relegados a la postergación legal de la subordinación al no resultar merecedores, por su origen, del nivel de protección que el legislador concede al resto de créditos, teniendo presente que una solución contraria haría recaer sobre estos últimos las consecuencias de un incumplimiento legal que no les resulta a ellos imputable.

d) Cabe finalmente añadir que la calificación de los recargos como créditos subordinados ha sido mayoritariamente acogida por los Juzgados de lo Mercantil (así la Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 5 Madrid de 29 marzo 2005, S. J. M. núm. 3 Madrid de 4 marzo 2005, S. J. M. núm. 4 Barcelona de 4 abril 2005, S. J. M. núm. 2 Barcelona de 29 marzo 2005, S. J. M. núm. 1 Barcelona de 22 abril 2005, S. J. M. núm. 3 Barcelona de 6 abril 2005).": S JM-1 Oviedo (Asturias) 11.05.2006 (AC 2006/863)

“SEGUNDO.- Los términos del litigio.- Este juzgado se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el problema planteado, sin que haya habido todavía algún recurso que permita conocer el criterio de nuestra Audiencia sobre el particular. La cuestión estrictamente jurídica trata sobre la naturaleza de un crédito, el recargo de obligaciones tributarias, con el objeto de que sea correctamente calificado.

La posición de la Diputación Foral vizcaína coincide con la de otras administraciones públicas como la Agencia Estatal Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social o las otras diputaciones con competencias fiscales. En definitiva se trata de que los recargos tributarios no pueden tener la naturaleza subordinada que pretende la calificación de la administración concursal, porque se sostiene que el art. 56 de la Norma Foral General Tributaria 2/2005, de 10 de marzo, establece como parte integrante de la deuda tributaria dichos recargos, dándoles el carácter de obligación accesoria de la principal.

Ese carácter accesorio justifica, en opinión del actor, que la naturaleza jurídica del recargo haya de ser semejante a la de la deuda principal, que tiene la consideración de privilegio general, como todos los tributos, conforme al art. 91.4 LC, o en el caso de retenciones, por disponerlo el art. 91.2 LC. Insiste la parte demandante en que en realidad no se trata de sanciones, y como además el art. 92, que define los créditos subordinados, no incluye los recargos tributarios, concluye que yerra la administración concursal en su apreciación.

La administración concursal y la propia concursada discrepan de tal parecer, y defienden la calificación que se realizó en la lista de acreedores que acompaña al informe de la primera, afirmando la naturaleza sancionadora de esos recargos. Citan en su apoyo las STC 276/2000, RTC 2000\ 276, de 16 de noviembre, y 127/2002, RTC 2000\ 127, de 23 de mayo, que la actora considera, por el contrario, avala sus tesis.

Centrada así la cuestión hay que hacer una consideración previa. Como en cualquier interpretación jurídica, la posición del intérprete influye decisivamente en la solución que se alcance. No es lo mismo analizar la figura del recargo desde el punto de vista de la relación contribuyente/administración recaudadora, que en definitiva viene impregnada de los principios que regulan el derecho fiscal, que hacerlo, como es nuestro caso, desde una visión concursal de la figura.

Aquí no se discuten cuestiones tributarias, sino el régimen jurídico al que se debe someter un crédito, en función de la calificación que se considere más adecuada. La consecuencia de una u otra calificación afectará no sólo a la actora, la Hacienda Foral vizcaína, y a un contribuyente, la sociedad concursada, sino al resto de los acreedores del deudor, que pueden ver disminuidas sus expectativas de cobro ante una eventual liquidación de la sociedad, que en absoluto puede descartarse, si el conjunto de los créditos con privilegio de cualquier clase es elevado.

Es cierto que, en este caso, la cantidad es escasa. Pero eso no significa que en otros no pueda tener una relevancia mayor, e influir decisivamente en la eventual aprobación de un convenio o en el reparto a que de lugar en proceso de liquidación.

TERCERO.- La doctrina constitucional sobre los recargos.- Sentado lo anterior los argumentos de las partes serán analizados desde esa cara del prisma que es la relevancia concursal de la figura. Las dos sentencias del Tribunal Constitucional que se citan, y otras que han tratado el problema en otras figuras semejantes, como los recargos de la Seguridad Social, no han ocultado que los mismos tienen, al menos en parte, alguna naturaleza sancionadora.

En el caso de los recargos de la Seguridad Social esa doctrina se contiene en las STC 164/1995, de 13 de noviembre (RTC 1995\ 164), 198/1995, de 21 de diciembre (RTC 1995\

198), 141/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996\ 141), y los autos AATC 57/1998, de 3 de marzo (RTC 1998\ 57 AUTO), y 237/1998, de 10 de noviembre (RTC 1998\ 237 AUTO). En este último se admite que “algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora”.

Ha de destacarse la STC 276/2000, que proclama que “el recargo del 50 por 100 establecido en el art. 61.2 LGT se aplica a quienes han realizado una conducta en principio tipificada como ilícito tributario en el ordenamiento positivo, concretamente, en el art. 79 a) LGT” (FJ 3º). Eso supone que “el recargo cuestionado se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma”.

Más adelante argumenta la STC 276/2000 que “el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones”. Y termina “En fin, puede reforzar la imagen sancionadora del recargo la circunstancia de que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en su art. 4.3, haya señalado que las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, «así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado»”.

Todos esos razonamientos conducen a concluir que, “En definitiva, el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 LGT, en su redacción dada por la Ley 18/1991, en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción” (FJ 6º). La misma línea interpretativa siguen las STC 201/1996, de 29 de enero de 2001 (RTC 2001\ 26), 93/2001, de 2 de abril (RTC 2001\ 93) y 127/2002, de 23 de mayo (RTC 2002\ 127).

Si en el campo de la Seguridad Social ha quedado aclarada la cuestión, las dos sentencias citadas por las partes siguen idéntica doctrina en materia tributaria. La STC 276/2000, RTC 2000\ 276, de 16 de noviembre, que analiza la constitucionalidad del recargo único del 50 % en los ingresos por deudas tributarias realizados fuera de plazo sin requerimiento previo, (lo que es de aplicación a la norma foral que se analiza), comienza indicando en el FJ 3º que “hay que dejar constancia antes que nada, con el Abogado del Estado, de la clara voluntad del legislador de excluir el recargo que contemplamos del ámbito de las sanciones”, como resaltó la letrada de la Diputación.

Más adelante la sentencia reconoce, no obstante, que “el recargo cuestionado se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma... que la medida que enjuiciamos... incide negativamente sobre el patrimonio de los obligados a satisfacerlas, esto es, queda claro que, del mismo modo que las sanciones, dicha medida se traduce en la restricción de un derecho. En tercer lugar, el hecho de que la cuantía del recargo se atempere al comportamiento ilícito (se gradúa, en efecto, en función de la cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad), constituye también un rasgo propio de las sanciones. En fin, puede reforzar la imagen sancionadora del recargo la circunstancia de que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en su art. 4.3, haya señalado que las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, «así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado»”.

La conclusión a la que llega en definitiva el Tribunal Constitucional cierra el FJ 5º, que indica: “En definitiva, el recargo del 50 por 100 de la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 LGT, en su redacción dada por la Ley 18/1991, en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción”. Otro tanto sucede con el último FJ, el 7º, que acaba sosteniendo que “En suma, la previsión de un recargo del 50 por 100, con exclusión del interés de demora, establecida por el art. 61.2 LGT, en aquellos casos en los que los contribuyentes ingresen la deuda tributaria fuera de plazo, tiene consecuencias punitivas que, al aplicarse sin posibilidad de que el afectado alegue lo que a su defensa considere conveniente y al obviar la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, que la imposición de toda sanción exige, conduce derechamente a la declaración de inconstitucionalidad del mandato normativo impugnado por vulneración del art. 24.2 CE, con los efectos previstos en el inciso final del art. 40.1 LOTC”.

La sentencia declara inconstitucional el inciso primero del párrafo primero del art. 61.2 de la Ley General Tributaria, en la redacción que tenía en el momento de plantearse la cuestión, lo que corrobora la naturaleza cuasi sancionadora del recargo, doctrina que luego mantiene la otra sentencia dictada por las partes, STC 127/2002, RTC 2002\ 127, de 23 de mayo, aunque en este caso se trate de un recurso de amparo.

CUARTO.- La calificación del recargo a efectos concursales.- Si atendemos, en consecuencia, a una interpretación concursal de la figura del recargo podemos alcanzar

conclusiones semejantes a las expresadas. Desde esa perspectiva también otros acreedores, no institucionales, pueden esgrimir cláusulas penales, intereses moratorios y otros recargos que merecen un tratamiento semejante, que no idéntico, a los recargos de la entidad pública. Es evidente que los créditos públicos, precisamente por atender un interés de esa naturaleza y no exclusivamente privado, pueden merecer un trato legislativo favorable.

Pero hay que recordar que además de una regulación que privilegia a algunos, como los del art. 91.2 y 4, tienen los créditos públicos un régimen diferente respecto de los privados, y más favorable, en la nueva regulación concursal. Así, la posibilidad de comunicación tardía del art. 92.1º, como consecuencia de la actuación inspectora de las administraciones públicas, posibilidad de la que carecen los demás acreedores. O la ejecución separada en procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso sobre bienes no necesarios para mantener la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1 LC), que sólo comparten, por evidentes razones tuitivas, los trabajadores de la empresa concursada.

Si además de tales especificidades se sostiene un trato diferenciado para los recargos, pese a su carácter accesorio de la obligación tributaria principal, su evidente función incentivadora y cuasi sancionadora, se estará propiciando una interpretación extensiva de la norma, que ya ampara al crédito público que tiene tratamiento preferente tanto respecto de las retenciones en el art. 91.2, como en la deuda tributaria, en el art. 91.4 LC.

Esa interpretación no puede admitirse porque mientras que las anunciadas reformas de la norma concursal no aclaren nítidamente que el legislador quiso incluir también los recargos tributarios o de la Seguridad Social entre los créditos privilegiados del art. 91, la interpretación de un privilegio debe ser estricta, sin cercenar las expectativas públicas, pero sin extenderlas a casos discutibles que dejan en peor situación a los demás acreedores.

En una situación concursal los créditos frente a la masa serán satisfechos al margen de los concursales y con carácter previo, los demás concurrirán con el privilegio que proceda para tratar de alcanzar el convenio, y los de recargos, intereses, multas y sanciones son postergados, convirtiéndose en subordinados, precisamente para favorecer el convenio o, en su caso, impedir la frustración de los demás créditos sin privilegio. La dificultad de cobro que en general ocasiona cualquier procedimiento concursal aconseja que el pago de estos últimos, incluidos recargos públicos o penas convencionales, se supedita a la satisfacción de los demás.

En definitiva, la protección que se ha de conceder a los créditos públicos no permite obviar la interpretación restrictiva que todo privilegio merece, precisamente por su naturaleza excepcional. Todo ello conduce a la conclusión de que el recargo tributario, como sostiene la administración concursal, es un crédito de naturaleza subordinada semejante a los contenidos en el art. 92.4º LC, lo que obliga a desestimar la impugnación. “:Sentencia JM-1 Bilbao 17.05.2006 (JUR 2006/183456)

- 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1.º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural.

La jurisprudencia que aplica este precepto se incluye en el artículo 93

- 6.º Los créditos 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.

Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado.

1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

- 1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
- 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

Art. 93.1.2º

1. Concurso de herencia. Subordinación del crédito del heredero hijo del causante

“PRIMERO.- La versión judicial de los hechos resulta incontrovertida entre las partes, toda vez que entre el Informe y la pretensión de los hermanos Acha Zubiate no existen divergencias cuantitativas, ni en cuanto a los datos temporales y causales de los pagos que suponen subrogación en el crédito concursal, ni obviamente la hay en cuanto al parentesco consanguíneo en primer grado respecto de José Ramón Acha.

El punto de debate no es la operación técnica de reconocimiento de los créditos, sino su clasificación en el concurso.

SEGUNDO.- Las pretensiones de las dos demandas de impugnación de la lista de acreedores del Informe contienen el mismo mérito de “litis”. En un caso, el hijo, heredero, acreedor concursal, y solicitante del concurso declarado de la Herencia de José Ramon Acha Hormaechea, Francisco Javier Acha Zubiate, pagó, obviamente después de la muerte de su padre, los gastos funerarios, y subrogado con arreglo al art. 1.212 CCiv, al declararse el concurso de la herencia de éste sostiene que su crédito es ordinario, y no subordinado por especial relación con el concursado, según art. 93.1.2º LECO, como ha establecido la Administración Concursal. En otro caso, Francisco Javier, junto con sus otros tres hermanos, Marta María, María, y José María, subviniendo la falta de capacidad de este último el primero, como tutor, han hecho un pago preconcursal, más fuerte, al Barclays Bank S.A., liquidando el saldo deudor del crédito de la entidad financiera que tenía el progenitor occiso, y también pretenden la clasificación como crédito concursal ordinario, impugnando la subordinación propinada por el Informe.

Y en ambos casos los argumentos son idénticos.

Defienden los herederos que la herencia tiene personalidad propia e independiente del difunto, y si se aceptó a beneficio de inventario, y ha sido concursada, lo que asientan en el tenor de arts. 1.026 y 1.032 CCiv, y consideran corroborado por la moderna regulación del concurso de la herencia con sus menciones en arts. 1.2 y 182.1 LECO, y de ello obtienen que, al margen de que los hijos son personas especialmente relacionadas con el difunto, que era su padre, incluso en la previsión de art. 93.1.2º LECO, y por ende, en la sanción de art. 92.1.5º LECO, no tienen esa relación con la herencia como entidad. Acopian el razonamiento ancilar sobre que, siendo Barclays Bank S.A. o Funeraria Bilbaina S.A. acreedores de la herencia, y no de Juan Ramón Acha, cuando se produce la subrogación, los herederos adquieren el derecho crédito con su exacta calidad.

La Administración Concursal parte de la teleología legal de la subordinación del crédito de los parientes y familiares, y enlazándolo, razona que, concedida legitimación activa para solicitar el concurso de la herencia a acreedores y herederos, no puede hacerse optativo para quien es acreedor a la vez que heredero optar por una posición alternativa y ventajosa, y reflexiona sobre una interpretación “ad absurdum”, en el sentido de que, no hablando el art. 93 LECO de relaciones especiales con el concurso, sino con personas físicas o jurídicas, al no poder existir vínculos de sangre o afinidad, ni socios de las herencias, nunca sería aplicable este diseño de subordinación en estos especiales concursos. Por añadidura se agrega el no despreciable argumento de que el concurso de la herencia producido por el fallecimiento del concursado, de que habla el art. 182.1 LECO, daría lugar a una odiosa alteración del nivel prelativo del crédito del hijo heredero, quien pasaría de ser acreedor concursal subordinado a ordinario -o acaso privilegiado, según la naturaleza del crédito-, perfectamente en contra de la ideología de LECO.

La clasificación de la Administración Concursal debe acogerse, sin duda, haciendo buenos los criterios en defensa del Informe arriba indicados, pero por negar “la mayor” del silogismo de los promotores de la impugnación, puesto que la herencia no es, y nunca se ha tenido, por “una personalidad jurídica propia e independiente”, y teniendo en cuenta que no es lo definitorio ser hijo del causante, sino heredero, amén de hermano de los demás herederos. Ni el art. 1.026 CCiv, ni la conocida jurisprudencia, que no es menester aquí glosar por su gran divulgación, sobre la capacidad procesal de la herencia yacente, van más allá de esto, es decir, de reconocer a la herencia, capacidad para ser parte en el proceso civil, y capacidad procesal que se ejerce a medio de su administrador, sea o no presunto heredero, como representante de un titular o una comunidad de titulares pendientes de determinación, o directamente como representante de la comunidad hereditaria ya instaurada, al haber aceptado los herederos. Cabalmente es un fenómeno de parte procesal que carece de personalidad, del todo análogo al del propio concurso de acreedores, de lo que es ejemplo este incidente, en que un patrimonio de destino -la masa activa para satisfacer a la masa pasiva-, que sí tiene titular, viene por el desapoderamiento de éste, que ha de calificarse como pérdida de legitimación -caso de suspenso-, o constricción -caso de intervenido-,

a contar con capacidad procesal representada por un órgano de designación legal, a través del Juzgado, que es la Administración Concursal. Actualmente, los supuestos legalizados de parte procesal civil que carece de personalidad son variados, además de estos tradicionales, de la herencia y de la quiebra o el concurso, que encajan en arts. 6.1 y 7 LEC, entre los que se hallan las Comunidades de Propietarios, la sociedades irregulares, los entes finalistas sin personalidad, los grupos de perjudicados, etc., cuyo estudio no pertenece al asunto.

De suyo, como la herencia que puede concursarse no debe ser aceptada pura y simplemente (art. 1.2 LECO), y la solicitud del heredero implica la aceptación a beneficio de inventario (art. 3.4 "in fine" LECO), el concurso declarado a solicitud de los herederos, como aquí, nunca es de un patrimonio de titular temporalmente indeterminado, sino de un titular determinado, que es desde la muerte del causante, el heredero (arts. 657 y 661 CCiv). En el caso presente, una comunidad hereditaria de cuatro comuneros, y aunque carece de personalidad, como las demás comunidades, proindivisos o no, cuando LECO dice, con la tradición, que es susceptible de ser concursada, y según ya se indicó en el auto de declaración del concurso, significa realmente que se trata del concurso de un patrimonio separado de la titularidad del heredero que acepta a beneficio de inventario -de los herederos en la comunidad hereditaria, en el caso-. Si hubieran aceptado pura y simplemente los hermanos Acha Zubiate, los cuatro responderían "ultra viribus hereditatis", y por ende, no habría más que, en el hipotético fenómeno de la insolvencia de cada cual, concursarles. Como parece que lo han hecho a beneficio de inventario, a los activos relictos se circunscribe la colectivización la masa activa, y a los créditos frente al deudor finado o al relicto, la correlativa colectivización de la masa pasiva.

Y sin necesidad de extendernos aquí en la bondad de presumir "iuris et de iure" una especial relación con el deudor concursado de sus parientes como la del antiprivilegio de los créditos de art. 9.15º LECO, el caso es que la configuración legal de las personas especialmente relacionadas en art. 93 LECO únicamente concibe, puesto que es la concepción del procedimiento concursal en sí -veáse los grupos de empresa-, personas físicas y jurídicas, y obviamente el parentesco y el matrimonio con las personas físicas. Puesto que no hay ninguna personalidad jurídica que se superponga al patrimonio separado de la comunidad hereditaria por la aceptación a beneficio de inventario, tanto dará que se repunte a cada heredero en este caso especialmente relacionado con los demás comuneros como hermano, siendo titulares del patrimonio, y todos personas naturales, como que se repunte el deudor concursado mismo -supuesto de heredero único-. Por ello no estamos ante un concurso necesario, y por ello es estéril razonar que la subrogación por pago lo es de un crédito concursal contra la herencia y no contra el fallecido, puesto que la herencia es de titularidad de los propios herederos, y por fingirse "ex lege" patrimonio separado, pueden ser, a la vez, acreedores y herederos.

Por consiguiente, si la herencia aceptada a beneficio de inventario es capaz procesalmente, y como patrimonio separado sujeta a concurso, representada por los herederos, como lo es una y otra cosa la propia masa concursal, representada por la Administración Concursal, no pueden fijarse relaciones de acreedores concursales con tales entidades, sino con las personas físicas o jurídicas que las integran. Así, en la comunidad hereditaria de hermanos, por su vínculo consanguíneo, y en el caso de heredero único, por su titularidad del as hereditario. Y como consecuencia de ello la reputación del acreedor/heredero/pariente como titular de un "hipocrédito" de art. 90.1.5º LECO.

Tiene que concluirse, en cualquier caso, con la evidencia de que los herederos que deliberaron y aceptaron "intra viribus" la herencia, sólo quedarán con bienes de ésta en cuanto remanentes del pago a todos los acreedores y legatarios (cfr.: art. 1.032 CCiv), y por lo tanto, la satisfacción de acreedores con su patrimonio personal separado del relicto no es más que una anticipación de las operaciones liquidatorias. Lo que no cabe conseguir mediante la declaración del concurso y el anticipo del pago de ciertos créditos contra la herencia, acaso estratégicos, otros forzados -funerarios-, es cobrar lo que no resulta remanente, esto es, entrar en la comunidad de pérdidas "a dividendo" de todos los acreedores ordinarios.": Sentencia JM-2 Bilbao 02.05.2007 (Incidente Concursal 365/2006)

- 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

- 1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si

la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.

- 2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Art. 93.2.2º

1. Subordinación del crédito de la Caja por haber pertenecido al Consejo dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso

“SEGUNDO.- Sentado lo anterior, el art. 92.5 de la Ley Concursal dispone que “ son créditos subordinados; 5º) Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto las comprendidas en el número 1º del art. 91, cuando el concursado sea persona natural”.

El artículo siguiente, el 93 en su apartado 2º reseña que “ se consideraran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica;

2º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y 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.

3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad en concurso y sus socios.”

Este precepto se trata de un mecanismo para subordinar determinados créditos con fundamento en causas objetivas, es decir, no fundamentado en una particular actividad o actitud al surgir el crédito, sino por el mero hecho de ser titulares del mismo determinadas personas, tales créditos quedan subordinados, lo que no tiene precedentes legislativos ni dentro ni fuera de nuestro ordenamiento. Así en la Insolvenzordnung alemana, y en el ámbito norteamericano esas posibles condiciones que prevé el precepto (parientes, administradores, etc...) deben ir acompañados de una conducta punible para que se produzca la subordinación. Pues bien, atendiendo a esos datos objetivos, al margen de toda intencionalidad, resulta que la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo fue Consejera de la concursada hasta el día 20 de Enero de 2005 y dado que la declaración del concurso tuvo lugar el día 8 de Junio de 2005 sus créditos se incardinan en el art. 93.2.2º de la Ley Concursal y han de calificarse en su totalidad como créditos subordinados.”: Sentencia JM-1 Murcia 02.02.2006 (Incidente Concursal 325/2005)

2. No subordinación del crédito de la Caja por el hecho de que una filial al 100% hubiese pertenecido al Consejo de la concursada. Se rechaza levantamiento del velo por no existir fraude

“TERCERO.-Mayor problema reviste la calificación de los créditos que ostenta la entidad CajaMurcia respecto de la concursada, habida cuenta de que no es socio ni administrador de la concursada, ni lo ha sido en los últimos dos años, sino que tal condición la ha tenido la mercantil Corporación Empresarial CajaMurcia,S.L, sociedad unipersonal cuyo único socio es la codemandada CajaMurcia, pese a lo cual la actora pretende que su crédito se califique igualmente como subordinado a tenor del art. 93.2.2º de la Ley Concursal por aplicación de la denominada teoría del levantamiento del velo.

La finalidad de esta teoría es penetrar en el sustrato personal y comercial de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia en orden a determinar un posible uso fraudulento de la misma. Como dice la STS de 26 de Abril de 1999, “ Esta doctrina ha sido plenamente aceptada en España y, además, en una doble vertiente, como es la del levantamiento del velo- lifting the vell- y la de la rasgadura del velo- piercing the vell-, o sea no sólo de descubrir lo real, sino también deshacer la ilegalidad que muestra tal realidad”. La jurisprudencia de esta Sala ha confirmado la figura del “levantamiento del velo” a través de numerosas sentencias determinando que en concretas y determinadas ocasiones es preciso penetrar en el sustrato de ciertas personas jurídicas a fin de impedir que, al amparo de su formalismo legal, se incida en fraude en los intereses de terceros burlando su buena fe, o se facilite un uso antisocial de derecho; por lo que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se pueda decidir

con prudencia y en determinados casos que este último y con todas sus consecuencias (sentencias de 28 e Octubre de 1988, 24 de Diciembre de 1988, 16 de Octubre de 1989, 3 de Junio de 1991 y 12 de Febrero de 1993, entre otras muchas)". Pero también es cierto que como precisa la S.T.S de 16/11/1993, la aplicación de la teoría requiere que se pruebe que los entes sociales han sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros, y en igual sentido la S.T.S de 23/12/1997 dice que la doctrina de "levantamiento del velo" de la que ha de hacerse un uso restrictivo, solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y patrimonios entre una persona física y una persona jurídica. Como apuntan la doctrina legal, el fundamento de la doctrina que permite penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, no es otro que evitar que, al socaire de esta ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude; igualmente la SSTS de 25/05/1998 y 5/11/1998, que añaden que, por ello, se requiere "prudencia" y examinar el caso concreto, para aplicar dicha doctrina sólo cuando sea preciso evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás, es decir, cuando se da un "mal uso de la personalidad" o "un ejercicio antisocial de su derecho". En este sentido se pronuncian además las SSTS de 10/02/1997 y 22/07/1998, que apuntan que no es aplicable si no se prueba que la sociedad demandada sea una sociedad "pantalla", una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual de los socios, aparentar insolvencia...

En el presente caso la actora incidental se limita a alegar que la mercantil Corporación Empresarial CajaMurcia S.L es una sociedad filial instrumental de la entidad CajaMurcia, acreedora de la concursada, utilizada para realizar operaciones jurídicas en fraude de Ley (art. 6 del Código Civil) para tratar de eludir el art. 93 de la LC pero no aporta material probatorio alguno que evidencie que el uso de aquella sociedad haya sido utilizado como camino de fraude.

Por contra, atendiendo a la fecha de concesión de los préstamos ; el préstamo mancomunado por diez millones de euros le fue otorgado por la CAM y Caja de Ahorros de Murcia a la mercantil ahora concursada mediante escritura pública el día 13 de Julio de 2004, antes de la entrada en vigor de la ley que aconteció el día 1 de Septiembre de 2004, y los préstamos sindicados lo fueron el día 21 de Marzo de 2002, antes incluso de la promulgación de la Ley Concursal el 9 de Julio de 2003, hace pensar que difícilmente la Caja de Ahorros de Murcia pudiera utilizar a su filial con los espúreos fines que la actora le imputa.": Sentencia JM-1 Murcia 02.02.2006 (Incidente Concursal 325/2005)

3. Subordinación del crédito de miembro del Consejo de Administración

"La cuestión de fondo es puramente jurídica, ya que las partes convienen en que el demandante, D. Jesus Miguel, fue integrante del Consejo de Administración de la concursada durante un período de tiempo comprendido en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, aunque con posterioridad cesara en tal condición y continuara prestando sus servicios como trabajador por cuenta ajena de la deudora.

La administración concursal ha calificado los créditos devengados durante su condición de consejero como créditos subordinados, aplicando la previsión del art. 92.5 LC, que dispone tal consideración respecto de los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el art. 93.

En el art. 93.2 se considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, en su apartado 2º, a «los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso».

El trabajador considera que, aunque haya sido integrante del Consejo de Administración, extremo que reconoce, nunca ostentó poder alguno de representación. Hace así una lectura incorrecta del precepto, porque la norma distingue tres supuestos: administradores de hecho o derecho, liquidadores y apoderados generales. Sólo respecto de estos últimos exige tal representación general, mientras que en el caso de los dos primeros nada añade a la condición de administrador o liquidador, salvo que sean de hecho o derecho.

Quien impugna fue administrador de derecho, pues formó parte del Consejo de Administración. Lo ha reconocido y así consta de la documentación presentada por la administración concursal. Tuviera o no poder de la concursada, fue persona especialmente relacionada dentro del ámbito temporal que señala el art. 93.2.2º LC, es decir, dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso.

En consecuencia la única calificación posible respecto de los créditos devengados durante su condición de integrante del Consejo de Administración de la deudora es la que ha realizado la administración concursal, en aplicación de los arts. 92.5º y 93.2.2º, lo que supone la desestimación de la impugnación planteada.”: SJM-1 Bilbao 19.05.2006 (AC 2007/65)

- 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios.

Art. 93.2.3º

1. No cabe interpretación extensiva a quiénes fueron socios los dos años anteriores

“Por otra parte, el Letrado director de la concursada ha manifestado en el acto de juicio que el apartado 3 del art. 93 de la Ley concursal permitiría considerar los créditos a favor de Caja Murcia como subordinados sin necesidad de acudir al fraude de ley habida cuenta de que la sociedad Corporación Empresarial Caja Murcia S.L unipersonal fue socia de la concursada.

Dicho precepto reseña que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica;

“ 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios”.

Del material probatorio que disponemos resulta acreditado que Caja de Ahorros de Murcia es socio único de la mercantil Corporación Empresarial Caja Murcia, S.L y que sendas entidades presentan balances consolidados. Pero ha resultado igualmente acreditado que la sociedad filial no es actualmente socio de la concursada, no lo es desde el día 20 de Diciembre de 2004.

Por tanto no le es de aplicación el párrafo del art. 93 de la LC anteriormente transcrito, ni es dable considerar subsumidos dentro de él a los que hayan sido socios de la concursada dentro de los dos años anteriores, pues ello supondría una interpretación extensiva de una norma restrictiva proscrita por el art. 4.2 del código civil.

En consecuencia, procede estimar parcialmente la demanda rectora del presente incidente y (...) mantener la calificación efectuada en su informe por la administración concursal respecto a la Caja de Ahorros de Murcia al no ser su crédito subsumible en el art. 93.2 de la L.C ni en su número 2 ni en el número 3.”: Sentencia JM-1 Murcia 02.02.2006 (Incidente Concursal 325/2005)

2. Concepto de grupo a estos efectos

“Cuarto.- La demanda impugnatoria de Baiset postula la calificación de su crédito concursal, procedente de un préstamo no garantizado, como ordinario, y combatiendo la consideración proporcionada por la administración concursal como subordinado por especial relación con la concursada Asegarce ex art. 92.5.º LECO. Asegarce se allana, defendiendo la postura de Baiset, y su interés legítimo resulta comprensible, en tanto que el porcentaje de pasivo que tiene que adherirse a una propuesta de convenio, y por ende, asumir unas determinadas condiciones de quita y/o espera, varía con Baiset como acreedora ordinaria --aunque las posibilidades de incumplir los pagos convenidos aparecerá más pronto que si es subordinada--.

La subordinación crediticia en la prelación concursal es una novedad de LECO en la línea de la famosa «poda de privilegios» a fin de reforzar, junto a los otros principios consustanciales de lo concursal, la universalidad y la *vis attractiva*, por igual soslayados en el régimen anterior al reformado, el principio de la *par condicio creditorum*. Aunque pueda parecer una contrasentido, el control de las preferencias en beneficio del colectivo de los acreedores ordinarios sujetos a la ley del dividendo, pasa ahora en gran medida por la irrupción de la categoría de la «antipreferencia» o postergación de los créditos subordinados. Así, la prelación de créditos concursales no se dirime sólo en criterios de preferencia, según garantía real y titularidad fiduciaria asimilada, desde la prioridad temporal, o según privilegios jerarquizados, desde una consideración axiológica del crédito por el legislador, como facultades de abstención de convenir o cobrar antes, desigualmente positivamente, sino también en criterios de postergación, por antiprivilegios asimismo jerarquizados, desigualmente negativamente, por una axiología peyorativa.

Ocurre, sin embargo, que el crédito subordinado no sólo se posterga en cuanto al pago -posposición liquidatoria (art. 158 LECO)--, con la consecuencia práctica de la insatisfacción, sino que se reduce a un «hipocrédito», ya que se menguan sus derechos concursales, al no poder votar el convenio (art. 122.1.1.º LECO), y particularmente el sector de acreedores subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado, como el que aquí concierne, aunque en este plano resulte irrelevante, se derrocan todas sus garantías (art. 97.2 LECO), y se transmite la mengua al fiador (art. 87.6 LECO).

Es importante caer en la cuenta de que una interpretación *ad restringenda*, como tradicionalmente se ha propugnado, de los privilegios crediticios, se neutralizaría, en el designio legal de favorecer las posibilidades de cobro en el concurso del crédito ordinario, de aplicarse limitativamente también a la subordinación crediticia. Esto es, si el grupo de sociedades que subordina fuera, de entre las descripciones de la literatura jurídica, la más rara y exquisita, se atacaría tanto la comunidad de pérdidas que significa la colectivización de créditos concursales, como, por ejemplo, si de entre las descripciones históricas del salario privilegiado, se escogiera la más amplia, incluyendo derechos de seguridad social o suplidos laborales.

En cualquier caso, hay que interpretar con rigor atendiendo a no sucumbir a dos riesgos perfectamente contrapuestos en su virtualidad, a saber, el de pretender aquí recibir, sin más, la dogmática del grupo de sociedades, o el de «modalizarla» desde el prisma subjetivo del fraude de acreedores. Como se ha dicho arriba sobre los recargos del apremio administrativo, el ordenamiento concursal se caracteriza como un sector al socaire de conceptos normativos definidos para su particular y exclusivo objeto, sin que valga importar definiciones dadas a otros objetos --así ocurre en otras materias del Juzgado del Mercantil, por ejemplo, para definir en derecho europeo, en derecho de la competencia, etc.--. Y como la defensa de Asegarce resalta, la subordinación concursal, y precisamente la de personas relacionadas, no se asienta realmente en la lucha contra el fraude, para la cual existen sus acciones condignas, y dentro del concurso se halla el instituto de la retroacción, sino en la reputación que proporciona el legislador a la «cualidad» de ciertos créditos, cuya plena regularidad y validez no padece, sino su eficacia relativa de cara a las dos soluciones del concurso, convenio o liquidación, del mismo modo que se aventaja dicha eficacia relativa para los privilegiados.

Por lo tanto, catalogar a Bainet como sociedad del grupo a que pertenece Asegarce en la línea de persona jurídica especialmente relacionada de art. 93.2.3.º LECO, ratificando el criterio del Informe, no supone decretar la existencia de dicho grupo con ninguna otra relevancia que la estricta concursal, y nada apunta fraudulento en el crédito por el préstamo del año 2004, ni en su origen, ni por circunstancia sobrevenida de ningún tipo. Por ello, cuando el letrado de Bainet desenvuelve su tesis de la «relación de mecenazgo» sobre Asegarce, distanciándola del grupo, no alega nada mejor ni peor que la relación apuntada en la lista de acreedores: simplemente hay que fijar qué es el grupo de art. 93.2.3.º LECO (de «la sociedad declarada en concurso y sus socios»), y si se percibe tal grupo con arreglo a los hechos probados.

Pues bien, para calibrar qué es el grupo de art. 93.2.3.º LECO, debe arrancarse de la técnica de dicha norma: El art. 93, a la hora de determinar quiénes son personas especialmente relacionadas, dispone unas presunciones *iuris et de iure*, que diferencian a deudores personas naturales (art. 93.1 LECO) y a personas jurídicas (art. 93.2 LECO), amén de una presunción *iuris tantum* en art. 93.3 LECO para los cesionarios o adjudicatarios de los créditos en los últimos dos años de dichas personas especialmente relacionadas.

Si en ese segundo bloque de relaciones cabe demostrar la neutralidad de la vinculación económica por la que se ha adquirido el crédito, en el primero, en lo que es una presunción que no admite prueba en contrario, la persona calificada como especialmente relacionada con el concursado en la lista de acreedores no puede impugnar ante el juez del concurso más que negando la realidad del hecho-base (parentesco o relación).

Se ha escrito por insigne catedrático especialista que esta fórmula de presunción *iuris et de iure*, la más fácil y la que más se enfrenta a lo que significa juzgar, obedece a que la discrecionalidad en este punto estaría mal acomodada a «las peculiaridades de nuestro sistema judicial», idea con más de un punto hiriente para los jueces, a salvo que se explique mejor. En todo caso, si en cuanto al socio titular del 10% del capital de la sociedad en concurso o al apoderado general en el Registro Mercantil, por ejemplo, escaso ámbito hermenéutico existirá, hay dos conceptos en que el juez, sin poder alterar el mecanismo --no puede ponderarse la realidad de la relación-- tiene que definir el presupuesto de la norma, así en cuanto a la figura de administrador de hecho, y a la figura del grupo. Y para ello, no es indiferente la razón de ser de la subordinación.

La *ratio* de la subordinación de familiares, socios, o sociedades de un grupo radica, según la doctrina y el derecho comparado, en la detentación de información privilegiada

(*insider*) ante la perspectiva de insolvencia. Al margen de que este especial conocimiento pueda encerrar negocios con prestaciones desequilibradas, se proporciona una desventaja a las personas propíncuas al concursado, correlativa a la idea subyacente al novedoso privilegio de art. 91.5.º LECO por responsabilidad extracontractual: en este caso se privilegia a quien nunca quiso ser acreedor del concursado y carecía de toda información acerca de la situación patrimonial de éste, mientras que en el caso de art. 92.5.º LECO se subordina a quien decididamente quiso ser acreedor del concursado, poseyendo toda esa información.

Es dable criticar, y se ha criticado por insignes autores, el castigo que se procura automáticamente, sin indagar si en la realidad la información especial existía en el pariente o empresario vinculado, o el efecto predecible, que mueva a que desaparezcan ejemplos de mecenazgos, como el que aduce Baintet.

Pero tal resulta nuestra *lex data*.

Pues bien, Baintet y la concursada sostienen que el grupo al que cabe aplicar la presunción *iuris et de iure* de especial relación es un grupo de sociedades formal y vertical, que aquí no se da.

La inteligencia en este Juzgado es del todo discrepante, y abona la calificación del Informe.

No hay una constancia unívoca del grupo de empresas en LECO:

1.º) La hay del grupo puramente formal, originaria de los proyectos de ley, en arts. 6.3.4.º, 10.4.pfo.2.º y 25.1 LECO, y se refiere siempre a grupos «verticales» y de sociedades, es decir, los jerárquicos o de subordinación, con una sociedad dominante y otra u otras dominadas.

2.º) La hay novedosa respecto de los proyectos, decantada en el *iter* parlamentario, y que precisamente promueve la reforma coetánea de la Ley de Transparencia --cuando se especifica la aparición del conflicto de intereses entre los deberes de lealtad de administradores sociales de art. 127.ter.5 LSA, por remisión a un determinado concepto de grupo--, en arts. 3.5 y 93.2.3.º LECO, que no se refiere sólo a sociedades como miembros del grupo, y además, no descarta el grupo horizontal, igualitario o por coordinación, sin relaciones jerárquicas, caracterizado porque no hay entidades dominadas.

La primera, perspectiva de tipo formal u orgánica, tiene su plasmación legal en orden a la consolidación contable de comerciantes (art. 42 CCom.), en la defensa de los partícipes del capital social (art. 87 LSA), o en la información en la solicitud de concurso, con sus consecuencias en orden a la competencia territorial, y a la viabilidad de acumulación de procedimientos. La que puede denominarse perspectiva realista, se refleja en arts. 4 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), y claramente en art. 3.5 LECO, cuando establece que puede solicitarse la declaración conjunta del concurso necesario de varios deudores personas jurídicas, como grupo, por la «identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones».

Los argumentos principales, además de la antecedencia, para entender que esta segunda perspectiva es la de art. 93.2.3.º LECO son dos:

1.º) La *ratio essendi* de esta subordinación, que es la información privilegiada sobre el concursado, pues evidentemente existe en grupos formales y en los reales.

2.º) La operatividad en todos los grupos de empresas y no sólo en los de sociedades, y no sólo en los verticales, puesto que se fija por la norma la especial relación en la participación en el grupo con la sociedad declarada en concurso «y sus socios», los cuales pueden lógicamente ser personas físicas, y sin mención de dominancias o dependencias.

Y el concepto legal de grupo de empresas real, al puro objeto concursal, como queda dicho, tiene que destilarse de art. 3.5 LECO, cronológicamente el último producto del proceso legislativo concursal, lo cual nos lleva a los dos requisitos esenciales:

A) Pluralidad de empresarios con actividad confluyente.

La nota esencial es el mantenimiento de la personalidad independiente de los miembros del grupo, aunque al descansar el concepto de grupo en criterios económicos, no resulta preciso para que pueda hablarse de grupo que los empresarios sean personas jurídicas. Por ello, el art. 3.5 LECO habla del acreedor que lo sea de más de un deudor.

Y se exige, una confluencia de la actividad. No sería grupo propio el de empresas perfectamente heterogéneas (aunque no cabe descartar la posible existencia de un interés superpuesto y diferente, que puede tener manifestaciones que interfieran en el normal funcionamiento de la sociedad, como por ejemplo, la conveniencia de pérdidas a efectos fiscales). A ello debe referirse la «identidad sustancial» de los empresarios del grupo en art. 3.5 LECO.

Cuando la actividad sea la misma, al tiempo podría hablarse de la «unidad de empresa» como centro de imputación de obligaciones laborales, de Seguridad Social o tributarias, o desde el punto de vista civil y mercantil, de la existencia de un «velo jurídico» merecedor de ser levantado por la jurisdicción, lo cual son todos expedientes de control

del fraude de acreedores o del abuso de la personalidad jurídica que, como se ha explicado, no debe confundirse con el concepto de grupo.

B) Unidad de decisión.

Para que exista un grupo de sociedades, en regla de principios, una de ellas debe encontrarse en una posición de dependencia respecto de otra, que es la dominante o controladora, entendiéndose que existe ésta cuando un empresario, persona física o jurídica, ya sea de forma directa o indirecta, incluso cuando el poder indirecto sea consecuencia de la capacidad de presión sobre terceros, ya se revele al exterior, ya se oculte detrás de testaferros, tiene de forma permanente o estable la facultad de influir decisivamente en otras, decidiendo qué bienes y servicios deben producirse para el mercado, y cómo y cuándo deben producirse o distribuirse.

Ahora bien, si también por regla general, en aquellos supuestos de vinculaciones de empresas en los que existe unidad económica, sin que sea fruto de la dominación, sino de otras causas, en especial de la coordinación, no puede hablarse de propios y verdaderos grupos, cuando una aparente unidad de dirección aparece sin un control definido por uno de los integrantes, como en el caso de los llamados grupos paritarios u horizontales, tampoco puede rechazarse la noción legal, al preverse el concierto sistemático de persona físicas.

Hay que advertir que alguna parte de la doctrina centra la existencia del grupo en la concurrencia de control, mientras que otra juzga insuficiente tal dato al extremo de afirmar que no hay grupo hasta que no se prueba la dirección unitaria, en el sentido de que, una cosa es la posibilidad de influir en una sociedad (dependencia o riesgo de control), y otra el efectivo ejercicio de la capacidad de influencia (entidad en grupo, control efectivo, o unidad decisoria). Pero el art. 3.5 LECO habla de unidad en la toma de decisiones, y si el art. 4 LMV previene el grupo para cuando una entidad controle, y también para cuando pueda controlar, no es preciso que el poder de controlar se ejercite por la dominante (por lo menos en las facetas financieras y de personal, según la mayoría), sino que la unidad de dirección puede ser de puro derecho.

En nuestro asunto, existen datos suficientes que conducen, en la opinión formada por la administradora concursal, a la constancia del grupo de empresas al preciso efecto, por la relación especial entre Bagnet y Asegarce presunta ex art. 93.2.3.º LECO, y en consecuencia, la subordinación crediticia de art. 92.5.º LECO.

Se prueba una pluralidad de empresarios con actividades convergentes, por complementariedad de hecho --organizador de festivales de pelota y productor de programas televisivos con su imagen--, en que se concita una unidad de decisión.

Hay que tener en cuenta que si la especial relación debe calificarse en el punto de la declaración del concurso, tanto por la noción institucional de la clasificación (arts. 49 y 94.1 LECO), como por el tenor literal de art. 93 LECO, que incluye por añadidura especiales relaciones dentro de los dos años anteriores. Pues bien, la administración social de Bagnet y de Asegarce se reúne en la misma y única persona, Ignacio B.

Si pudiera no bastar el administrador social único, la unidad de dirección no reconocida en un grupo informal, debe probarse a través de la prueba indiciaria, indirecta, circunstancial o presuntiva de art. 386.1 LEC, a través del «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» entre hechos admitidos y demostrados y los presumidos judicialmente. La virtualidad del mecanismo reside en dos presupuestos para utilizar máximas de experiencia en el razonar lógico: a) La pluralidad de indicios o hechos-base que puedan relacionarse o «cruzarse»; y b) La inmediatez y fluencia de lo que se infiere de aquéllos. Sólo así se acierta «ad homini», porque lo que no concluye un hecho aislado, lo concluye cuando se relaciona con una pluralidad, siempre que no se requiera hacer suposiciones o dar saltos lógicos. Aquí contamos con que una misma persona ejerce la función de alta dirección y disposición patrimonial en Bagnet y Asegarce, cuando se cierra el ejercicio 2005, cuando se prepara la solicitud del concurso, y cuando éste se declara (1); el domicilio social se halla en el mismo lugar de Bilbao desde la misma fundación de las dos sociedades (2); en el origen hubo una coincidencia «ruidosa» de fechas, ocasión y denominaciones (3); ha existido o existe un participación en el accionariado de la segunda por la primera (4); la existencia del grupo resalta en la misma contabilidad de Asegarce (5); y la apariencia de que se gestionan indistintamente, dado que la administración concursal ha intervenido actos, y ha recibido colaboración, de quienes prestan servicios de modo indistinto a Bagnet, Asegarce y otras entidades del grupo (6). Un apoyo decidido a la inferencia del hecho-consecuencia del control por una sobre otra de las sociedades que se consideran, antes y después de la declaración del concurso, resulta de que el experto contable que depuso como testigo aportó su impresión de que precisamente hasta la crisis patrimonial de Asegarce por incremento sin contraprestación de costos laborales en 2004, y que sin duda, acicateó el trasvase de liquidez desde Bagnet, se funcionaba con unidad de caja en el grupo informal o real, y entonces fue que se documentó un préstamo, precisamente con un conocimiento del presente y el futuro económico de Asegarce.

Si la conformación de un grupo real impide, en el prisma legal, participar en la aprobación de un convenio que solucione el concurso, no puede censurarse por la concursada que la administradora concursal, llenando su papel, se alinee con la exégesis «realista» que conviene a las instituciones concursales, por encima de formalismos, concedora de la opción por esa línea del Juzgador, tanto para calificar subordinados ciertos créditos de la TGSS, lo que beneficia conseguir a Asegarse una mayoría para convenio concursal, como para calificar los de empresas de un grupo, lo que probablemente le resulta peor. “:Sentencia JM-2 Bilbao 11.10.2006 (Incidente Concursal 220/2007 y acumulado 236/2006)

“TERCERO.- Centrados en las anteriores términos en líneas muy generales la cuestión suscitada en el presente incidente y no discutiéndose por las partes la existencia del crédito ni su importe, la controversia se centra en la calificación que haya de darse a aquel, si la de crédito ordinario, del art. 89.3 de la LC, como mantiene la actora incidental y la concursada, o como crédito subordinado del art. 92.5 en relación con el artículo 93.3 de la Ley Concursal, como mantiene la administración concursal.

El artículo 93.3 de la LC establece la presunción iuris et de iure de que son personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, y por ello su crédito ha de calificarse como subordinado, las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

Pero la Ley Concursal aunque contiene algunas referencias a los grupos de sociedades, como consta en el art. 3.5 (legitimación), art 6.2 2º (obligación de indicar si se pertenece a un grupo de empresas), artículo 6.3 4º (presentación de cuentas e informe de gestión consolidados), artículo 10.4 (competencia concurso sociedad dominante), artículo 25 (acumulación), artículo 28.2 (administradores concursales), art. 28.3 (incompatibilidades de los administradores) o en el artículo 93.2 3º (que versa precisamente sobre las personas relacionadas con el concursado), no contiene ninguna regulación específica sobre lo que haya de entenderse por grupo de empresas.

En nuestro ordenamiento jurídico tampoco se configuraba de manera específica, y dotado de un régimen propio, el fenómeno de grupo de sociedades hasta la reforma del artículo 42 del Código de Comercio realizada por la ley 62/2003, de 31 de diciembre. Hasta ese momento la noción de grupo de empresas carecía de un único concepto habiéndose encontrado en los artículos 42 del citado Código de Comercio y en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

Como es sabido, una empresa es una unidad económica que constituye una unidad de financiación, de decisiones, de producción y todo ello enmarcado en una unidad jurídica. Pero en un grupo no se puede afirmar que vaya a haber una unidad económica, de producción, ni jurídica, por tanto, lo único que queda es la unidad de decisión. De esta manera existe grupo cuando un determinado conjunto de entidades jurídicamente independientes actúan con un criterio de decisión único.

Lo importante para que un grupo se dé en realidad es que la unidad entre sociedades jurídicamente independientes se produzca al margen del cual haya sido la vía por la que se ha conseguido esa unidad de decisión.

Para detectar la existencia de grupos en la sociedad se ha de utilizar algún mecanismo jurídico que actúe como indicio de que el grupo existe y ese instrumento técnico son las presunciones, que simplifican la búsqueda de la situación de hecho pero no la definen de manera irrefutable.

Mecanismo jurídico utilizado en el artículo 42 del código de Comercio. Este precepto(que articula el concepto básico del grupo adaptando la legislación española a la séptima directiva 83/349/CEE de 13 de junio de 1983 sobre cuentas consolidadas) en el segundo inciso del primer apartado, después de indicar que existe un grupo cuando varias sociedades constituyan unidad de decisión, reseña textualmente que “ se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificara como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, u se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, esta vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Y en el apartado segundo del mismo precepto se añade que: "Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano readministración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta."

Para comprender el auténtico alcance de la definición de grupo que confiere el precepto anteriormente transcrito resulta útil acudir al contenido del "Borrador de Anteproyecto de ley, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la Normativa de la Unión Europea" ya que introduce interesantes matices.

En particular, al referirse a la unidad de decisión, añade que "esta se producirá porque alguna de las sociedades ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás".

Actualmente el Borrador del Anteproyecto señala que "igualmente existe unidad de decisión cuando, por cualquier medio varias sociedades domiciliadas en España están controladas por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas existentes".

En definitiva, para que exista grupo debe existir un predominio jerárquico de una sociedad (dominante) frente a otra u otras (dominadas). Existiendo esa relación de dominio cuando:

- a) Se posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tiene facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Puede disponer en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Ha nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los derechos de voto.
- e) Ha nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñan su cargo en el momento en que se deben formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Pero junto a esa modalidad de grupo que suelen denominarse grupos jerárquicos (aquellos caracterizados por las notas anteriormente reseñadas) existe un segundo tipo, los grupos por coordinación u horizontales, que no ostentan la calificación de control o dominio, sino que se sustituye dicho requisito por el de un contrato entre las entidades a integrarse económicamente (ej. grupos cooperativos).

En el presente caso la administración concursal mantiene que nos encontramos ante un grupo de empresas, aduciendo para ello varios motivos, entre ellos que a la fecha de solicitud del concurso voluntario el órgano de la administración estaba integrado por un Consejo de Administración integrado por tres miembros, dos de ellos designados por Don Enrique Terol Ferrero a través de Telgrup.

Efectivamente de la documental que obra en las actuaciones ha resultado acreditado, a diferencia de lo acontecido en el incidente tramitado en este mismo Juzgado con el nº 334/06 a instancias de ALTERCO S.A.- que a la fecha de la declaración del concurso y hasta el 14 de octubre del año 2006, en el que vuelve a modificar el órgano de administración de la compañía concursada, los miembros del órgano de administración estaba integrado por tres Consejeros, Don Jose Cava Belchi(accionista con el 50% por ciento de las participaciones) Don Jose Antonio Suarez Sancho (letrado) y Don Pedro Lillo Gomez(economista). Estos dos últimos han reconocido en su interrogatorio, practicado en la mañana de hoy en el incidente concursal nº 390/06, que trabajaban por cuenta ajena para la mercantil ALTERCO S.A, sociedad de la que es accionista al 50% Telgrup S.L. que es socio mayoritario de la sociedad actora, INDUTER S.L. a través de TERVEX S.L., estando este a su vez participada en su mayoría por Don Enrique Perol Ferrero, de donde puede deducirse, sin lugar a dudas, que ha sido este el que ha nombrado a dos de los miembros de los tres que integran el Consejo de Administración, siendo el tercero su socio, concurre, pues, la presunción que el artículo 42 del código de Comercio reseña con la letra b).

Viene a corroborar esa unidad de decisión de INDUTER S.A a través de TERGRUP S.L. en la concursada, el hecho de que solo a partir de que TERGRUP S.L, entre a formar parte del accionariado de la concursada, esta deja de pagar las facturas correspondientes a la mercancía suministrada por TERGRUP S.L. hasta tres meses antes de la presentación de la declaración de concurso, momento en el que la actora dejo de suministrar a la concursada, no resultando convincente el motivo esgrimido por el Sr. Cava, en su interrogatorio, para justificar esa falta de suministro, este es, porque

ya no podía pagar, cuando no lo venía haciendo desde agosto de 2005, fecha de vencimiento de la primera de las facturas que le son reclamadas por la actora incidental, pese al excesivo montante de sus importes.

En consecuencia procede desestimar la demanda rectora del presente procedimiento y concluir que el crédito reconocido por la administración concursal de Gesantex.S.L. a favor de INDUTER S.A. sido correctamente calificado por la Administración concursal como subordinado.”: Sentencia JM-1 Murcia 21.03.2007 (Incidente Concursal 390/2006)

2.1 Inexistencia de grupo: falta de unidad de decisión:

“la impugnante TALLERES LISPAS S.L. impugna la calificación de su crédito como subordinado, por entender que no se da ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 93 de la Ley Concursal. Dicho precepto establece en su apartado segundo qué personas se consideran especialmente relacionadas “con el concursado persona jurídica” a los efectos establecidos en el artículo 92.5º de la Ley. En este sentido la Administración Concursal fija el nexo de relación entre TALLERES LISPAS S.L. y PANEUROPEA DE SECUENCIACION Y LOGISTICA S.L. en el hecho de que el administrador de ésta, Don Miguel Ángel, es socio y administrador mancomunado de la primera. No se cuestiona, por otro lado, la composición accionarial de una y otra entidad; así, son socios de la concursada Doña Aurora, que ostenta el 51% del capital social, su hijo y administrador Don Miguel Ángel, que detenta el 34% del capital, y su hermano Álvaro, que ostenta el 14% restante. Por su parte TALLERES LISPAS S.L. está participada por Don Miguel Ángel, que es titular del 50% del capital social, y por Don Luis Pedro, a quien pertenece el 50% restante. Entiende la Administración Concursal que TALLERES LISPAS S.L. forma parte del mismo Grupo que la concursada, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio de 1.885, según la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, criterio que no es compartido por la impugnante y la concursada.

SEGUNDO.- Que el artículo 92.5º de la Ley Concursal considera subordinado los créditos “de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor” a las que se refiere el artículo 93. Este, por su parte, incluye, entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, a las “sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios”. En cuanto al concepto de grupo, el artículo 42 del Código de Comercio, según la redacción dada por la Ley 62/2.003, de 30 de diciembre, establece que existe grupo “cuando varias sociedades constituyen una unidad de decisión”; y el apartado segundo añade que se presumirá que existe unidad de decisión “cuando una o varias sociedades se hallen bajo dirección única” y, en particular, cuando “la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta”. La Administración concursal considera que la impugnante y la concursada forman parte del mismo grupo por cuanto comparten el mismo administrador; existiría, por tanto, dirección única y, en definitiva, unidad de decisión, a los efectos establecidos en el artículo 42. La impugnante, por el contrario, entiende que dicho precepto no puede aplicarse al supuesto enjuiciado, pues en tal caso se infringiría el principio general de irretroactividad de las normas que contempla el artículo 2.3º del Código Civil, criterio que no puede ser compartido. En efecto, en primer lugar, aun cuando la obligación de presentar cuentas anuales de las empresas de grupo, conforme al precepto transcrito, comience a partir del día 1 de enero de 2.005, la norma se hallaba en vigor y la situación de grupo, de existir, se mantuvo tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, al declararse el concurso y, por supuesto, al tiempo emitirse el informe, momento en que debe verificarse si el crédito lo es de una empresa del grupo. En segundo lugar, por cuanto el concepto de unidad de decisión ya se recogía en el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores, que se remite al propio artículo 42 del Código de Comercio. Y, por último, por cuanto, aun cuando se entendiera que la situación de grupo debe valorarse cuando nace la deuda, criterio que se rechaza, la doctrina admite la retroactividad tácita de aquellas normas interpretativas o que pueden servir para colmar lagunas legales, como sería el caso.

TERCERO.- Admitida la vigencia y aplicación del artículo 42 del Código de Comercio, aun siendo cierto que el administrador único de la concursada lo es también de TALLERES LISPAS S.L., no lo es menos que el cargo de

administrador los ejerce de forma mancomunada con su socio Don Luis Pedro, que ostenta el 50% del capital social. La participación de Don Miguel Ángel es minoritaria en PANEUROPEA y, por tanto, su capacidad de decisión no es plena, dado que está sometido al poder real que lo ostenta quien tiene el 51% del capital (Doña Aurora). Y en lo que a la impugnante se refiere, el hecho de que el capital esté repartido al 50% entre dos personas y que la administración sea ejercida de forma mancomunada por los dos socios implica que cada uno de ellos puede condicionar completamente el poder de decisión del otro. Esto es, basta con que el Sr. Luis Pedro se oponga a un acto de concreto gestión para que éste no pueda ser ejecutado. Entiendo, por tanto, que no existe unidad de decisión y, por tanto, que las dos empresas no forman parte de un mismo grupo, por lo que la demanda debe ser estimada.”: Sentencia JM-2 Barcelona 15.06.2005 (JUR 2006/52181)

“TERCERO.- Centrados en las anteriores términos en líneas muy generales la cuestión suscitada en el presente incidente y no discutiéndose por las partes la existencia del crédito ni su importe, la controversia se centra en la calificación que haya de darse a aquel, si la de crédito ordinario, del art. 89.3 de la LC, como mantiene la actora incidental y la concursada, o como crédito subordinado del art. 92.5 en relación con el artículo 93.3 de la Ley Concursal, como mantiene la administración concursal.

El artículo 93.3 de la LC establece la presunción iuris et de iure de que son personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, y por ello su crédito ha de calificarse como subordinado, las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

Pero la Ley Concursal aunque contiene algunas referencias a los grupos de sociedades, como consta en el art. 3.5 (legitimación), art 6.2 2º (obligación de indicar si se pertenece a un grupo de empresas), artículo 6.3 4º (presentación de cuentas e informe de gestión consolidados), artículo 10.4 (competencia concurso sociedad dominante), artículo 25 (acumulación), artículo 28.2 (administradores concursales), art. 28.3 (incompatibilidades de los administradores) o en el artículo 93.2 3º (que versa precisamente sobre las personas relacionadas con el concursado), no contiene ninguna regulación específica sobre lo que haya de entenderse por grupo de empresas.

En nuestro ordenamiento jurídico tampoco se configuraba de manera específica, y dotado de un régimen propio, el fenómeno de grupo de sociedades hasta la reforma del artículo 42 del Código de Comercio realizada por la ley 62/2003, de 31 de diciembre. Hasta ese momento la noción de grupo de empresas carecía de un único concepto habiéndose encontrado en los artículos 42 del citado Código de Comercio y en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

Como es sabido, una empresa es una unidad económica que constituye una unidad de financiación, de decisiones, de producción y todo ello enmarcado en una unidad jurídica. Pero en un grupo no se puede afirmar que vaya a haber una unidad económica, de producción, ni jurídica, por tanto, lo único que queda es la unidad de decisión. De esta manera existe grupo cuando un determinado conjunto de entidades jurídicamente independientes actúan con un criterio de decisión único.

Lo importante para que un grupo se dé en realidad es que la unidad entre sociedades jurídicamente independientes se produzca al margen del cual haya sido la vía por la que se ha conseguido esa unidad de decisión.

Para detectar la existencia de grupos en la sociedad se ha de utilizar algún mecanismo jurídico que actúe como indicio de que el grupo existe y ese instrumento técnico son las presunciones, que simplifican la búsqueda de la situación de hecho pero no la definen de manera irrefutable.

Mecanismo jurídico utilizado en el artículo 42 del código de Comercio. Este precepto(que articula el concepto básico del grupo adaptando la legislación española a la séptima directiva 83/349/CEE de 13 de junio de 1983 sobre cuentas consolidadas) en el segundo inciso del primer apartado, después de indicar que existe un grupo cuando varias sociedades constituyan unidad de decisión, reseña textualmente que “ se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificara como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, u se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.

d) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, esta vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Y en el apartado segundo del mismo precepto se añade que:” Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano readministración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.”

Para comprender el auténtico alcance de la definición de grupo que confiere el precepto anteriormente transcrito resulta útil acudir al contenido del “Borrador de Anteproyecto de ley, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la Normativa de la unión Europea” ya que introduce interesantes matices.

En particular, al referirse a la unidad de decisión, añade que “esta se producirá porque alguna de las sociedades ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás”.

Actualmente el Borrador del Anteproyecto señala que “igualmente existe unidad de decisión cuando, por cualquier medio varias sociedades domiciliadas en España están controladas por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas existentes”.

En definitiva, para que exista grupo debe existir un predominio jerárquico de una sociedad (dominante) frente a otra u otras (dominadas). Existiendo esa relación de dominio cuando:

a)Se posea la mayoría de los derechos de voto.

b)tiene facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c)Puede disponer en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los derechos de voto.

d)Ha nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los derechos de voto.

e)Ha nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñan su cargo en el momento en que se deben formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Pero junto a esa modalidad de grupo que suelen denominarse grupos jerárquicos (aquellos caracterizados por las notas anteriormente reseñadas) existe un segundo tipo, los grupos por coordinación u horizontales, que no ostentan la calificación de control o dominio, sino que se sustituye dicho requisito por el de un contrato entre las entidades a integrarse económicamente (ej.grupos cooperativos).

En el presente caso la administración concursal mantiene que nos encontramos ante un grupo de la primera modalidad (jerárquico), pero de la documental aportada en el incidente resulta que LOALTEX esta participada en un 50% por D^a Maria Lopez Alcaraz (titular de 30.273 participaciones sociales) y por TERGRUP S.L. con el otro 50% de participaciones. Que a su vez TERGRUP S.L. participa en un 50% en ALTERCO S.A. Y que el órgano de administración de la concursada son dos administradores mancomunados.

En consecuencia, ninguno de ellos podría nunca comprometer por si solo a la sociedad.

ALTERCO S.A., a través de TERGRUP S.L. no tiene capacidad de decisión sobre la entidad concursada LOALTEX S.L., porque para ello sería necesario que tuviera la mayoría de sus participaciones, o al menos que el órgano de administración de la concursada fueran dos administradores solidarios.Pero estando participada la concursada por TERGRUP S.L. solo por mitad, y siendo

su órgano de administración mancomunado, pueden entenderse que formen un grupo de empresas.

En consecuencia, procede acoger la demanda y reconocer un crédito a favor de la actora incidental de 55.375'07€ de los cuales 45.000€ correspondientes al principal del préstamo han de calificarse de ordinario y las 10.375'07€ restantes, correspondientes a intereses, de subordinados del art. 92.3 de la Ley Concursal. ”: Sentencia JM-1 Murcia 06.02.2007 (Incidente Concursal 36/2006)

3. Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

SECCIÓN 4 - DE LA LISTA DE ACREEDORES

Artículo 94. Estructura y contenido.

1. Al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores, referida a la fecha de solicitud del concurso, que comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente.

Art. 94.1

1. Fecha de referencia de la lista de acreedores: no a la fecha de solicitud sino a la fecha de declaración del concurso

“PRIMERO.- Solicita HISPAMER RENTING S, A que su crédito correspondiente ala cuota del mes de septiembre, con vencimiento el día 15, correspondiente al contrato de arrendamiento) de una máquina copiadora suscrito entre las partes el 2 de abril de 2004, sea incluido en la lista de acreedores como crédito ordinario.

La administración concursal entiende que el referido crédito debe ser calificado como crédito contra la masa puesto que la lista de acreedores, conforme al art. 94 debe estar referida a la fecha de solicitud de concurso que, en nuestro caso sería anterior al vencimiento de este crédito. Solo un error habría motivado que no se incluyera en tal concepto en la lista elaborada.

A pesar de la desafortunada mención del art. 94. 1 en cuanto a la fecha a la que debe ir referida la lista de acreedores, en el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes -aquí subsiste la obligación del pago de la renta y la de asegurar al arrendatario el goce la cosa- tan sólo los créditos por prestaciones a cargo del concursado que hayan de cumplirse tras la declaración de concurso, deberán computarse como créditos contra la masa, tal y como se desprende de las menciones que a la declaración del concurso se hacen en los arts. 61,2 y 84.60 Lcon.”: Sentencia JM-1 Navarra 23.03.2005 (Incidente Concursal 2/05, 3/05 y acumulados)

“Por presentado el anterior escrito de la Administración Concursal e ignorando este Juzgador el sentido y utilidad de elaborar la lista de acreedores por referencia a la fecha de solicitud, cuando la masa pasiva se constituye desde la declaración del concurso conforme al arto 49 de la LEC, se autoriza a confeccionar la con referencia al 11 de marzo de 2005, sin perjuicio de que tenga en cuenta la Administración concursal las operaciones anteriores desde la solicitud del concurso, al objeto de su informe de calificación. Pone de manifiesto la administración concursal una de las contradicciones de la ley concursal a los efectos del informe que debe presentar y que se recoge en el artículo 94 LC en relación a los diferentes apartados, específicamente el artículo 49 LC, para determinar el límite temporal para la conformación de la lista de acreedores, que el primero de los preceptos señalados señala es la "fecha de solicitud del concurso" y, por tanto y derivado de ello, en cuanto a la calificación de los créditos desde la solicitud hasta la declaración. La contradicción se pone de manifiesto porque también la ley concursal recoge una calificación de créditos (tanto de la masa como contra la masa) que deberá tener en cuenta. El legislador utiliza entonces solicitud o declaración en términos sinónimos o análogos como también lo hace en el artículo 184 LC cuando se trata de supuestos de solicitud de declaración de concurso necesario y no es posible localizar al concursado hablando de "admisión" cuando debe hablar de "declaración" o, en su caso, de admisión para su posterior declaración. El hecho de que el artículo 76 recoja igualmente una referencia pero a la fecha de declaración y la razonabilidad del informe permiten acoger una interpretación favorable a la fecha de declaración, aunque es la concreta clasificación de cada uno de los créditos la que deberá y podrá ser objeto de análisis una vez

reconocidos, calificados e impugnados, en su caso”: Providencia JM-1 Vitoria 21.06.2005

“Primero: Se solicita por la Administración concursal autorización para referir la lista de acreedores a la fecha del auto de declaración de concurso, 17 de marzo de 2005. De conformidad a lo previsto en el artículo 188 de la LC las autorizaciones judiciales sólo cabrán en los casos en que la ley establezca la necesidad de la misma. En el apartado correspondiente del artículo 86 LC se señala que "corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento" y frente a esta calificación una vez presentado el informe podrán los interesados formular la impugnación a la que se refiere el artículo 96 LC o en su caso suscitar cuestiones respecto del reconocimiento (86. 1, apartado segundo). El pronunciamiento del juzgador con carácter anticipado podría suponer prejuzgar una cuestión que puede ser conflictiva. De conformidad a ello procede la inadmisión a trámite del incidente de autorización que la administración concursal solicita.

Segundo: Pone de manifiesto la administración concursal una de las contradicciones de la ley concursal a los efectos del informe que debe presentar y que se recoge en el artículo 94 LC en relación a los diferentes apartados, específicamente el artículo 49 LC, para determinar el límite temporal para la conformación de la lista de acreedores, que el primero de los preceptos señalados señala es la "fecha de solicitud del concurso" y, por tanto y derivado de ello, en cuanto a la calificación de los créditos desde la solicitud hasta la declaración. La contradicción se pone de manifiesto porque también la ley concursal recoge una calificación de créditos (tanto de la masa como contra la masa) que deberá tener en cuenta. El legislador utiliza entonces solicitud o declaración en términos sinónimos o análogos como también lo hace en el artículo 184 LC cuando se trata de supuestos de solicitud de declaración de concurso necesario y no es posible localizar al concursado hablando de "admisión" cuando debe hablar de "declaración" o, en su caso, de admisión para su posterior declaración. El hecho de que el artículo 76 recoja igualmente una referencia pero a la fecha de declaración y la razonabilidad del informe permiten acoger una interpretación favorable a la fecha de declaración, aunque es la concreta clasificación de cada uno de los créditos la que deberá y podrá ser objeto de análisis una vez reconocidos, calificados e impugnados, en su caso”: Providencia JM-1 Málaga 18.07.2005

“El art. 94.1 LC dice que al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores «referida a la fecha de solicitud del concurso». No dispone que sea la fecha en que el concurso es declarado. El sistema que dispone la Ley para la declaración del concurso voluntario puede suponer, en aplicación de los arts. 13 y 14 LC, cierta dilación entre solicitud y declaración, pues cabe la posibilidad de que se reclame la subsanación de algunos defectos u omisiones (art. 13.2) o la exigencia de documentación complementaria (art. 14.2).

Hay numerosos preceptos de la Ley Concursal (arts. 49, 59, 60 y 88), de los que se desprende que los efectos del concurso se producen desde el auto que lo declara, y no desde la solicitud. Es prudente en consecuencia realizar una lectura sistemática de la normativa concursal, porque la coherencia a la que obliga la Ley exige atender todas sus previsiones. El sistema que dispone la norma, en materia de calificación y reconocimiento de créditos, remite en muchas ocasiones al momento de la declaración del concurso, no de la solicitud. Así los intereses no se devengan desde la declaración de concurso (art. 59.1). El art. 49 LC, cuando define la masa pasiva, dispone que «declarado el concurso» todos los acreedores quedan integrados en ella...

La práctica totalidad de la doctrina ha criticado la expresión legal, destacando la incoherencia de que la fecha de cierre sea la fecha de la solicitud, en lugar del momento de la declaración de la situación de concurso.

En esa tesitura y sin desconocer la previsión del art. 94.1, la solución más razonable es considerar que la administración concursal puede verificar la determinación de la masa pasiva no el momento de la solicitud del concurso, sino en el momento de su declaración, dando coherencia a todo el sistema que siempre, salvo en el caso de la lista de acreedores, se refiere al momento de la declaración del concurso.:” Sentencia JM-1 Vizcaya (Bilbao) 24.02.2006 (AC 2006\139)

“El primer punto de discusión que nos encontramos es el relativo a la fecha que se debe de tener de referencia para realizar la lista de acreedores, la de la solicitud o la de la declaración del concurso. Al respecto, cabe indicar que, si bien el art. 94 de la L.C. utiliza la expresión "referida a la fecha de solicitud de concurso", lo mas razonable y eficaz es que la lista de acreedores englobe los créditos que forman la masa pasiva a la fecha de declaración de concurso, como se dispone para la masa activa (art. 76), como además se desprende de los requerimientos que se hace a los acreedores para que pongan en conocimiento de la A. Concursal la existencia de sus créditos (art. 21,1,5° y 21.4), con el devengo de intereses hasta la fecha de declaración de concurso (art.59) y la consideración de la fecha de declaración del concurso, como dato para determinar ciertos créditos contra la masa (art. S4.2.50 y 10°) Además, la lógica nos indica que el deudor no se queda quieto después de la solicitud y sus

deudas pueden ser diferentes en la fecha de la solicitud y la declaración. Por otro lado, habría un vacío legal a la hora de calificar los créditos a que se refiere el art. 84.2.5º pero acaecidos entre la solicitud y la declaración de concurso, por lo que la interpretación integradora de todos estos preceptos nos lleva a la conclusión de que la fecha que ha de tenerse en cuenta para confeccionar la lista de acreedores en la de declaración de concurso”: Sentencia JM-1 San Sebastián 07.09.2006

1.1 Inclusión de los intereses hasta la fecha de declaración

“En segundo lugar discute el acreedor la exclusión de su crédito, en cuantía de 3.894,12 euros, procedente de intereses devengados desde la fecha de la solicitud del concurso hasta la fecha de la declaración del mismo. Entiende que al comunicar su crédito con los intereses vencidos hasta el momento de la declaración de concurso, la calificación procedente es, en su totalidad, de ordinario, y discrepa del trato que la administración concursal da en su informe a tal cantidad, que deriva de los intereses devengados entre la fecha de solicitud del concurso, y la de su declaración.

Hay que constatar, en primer lugar, que la administración concursal se ha limitado a cumplir con el precepto legal, que dispone como fecha de cierre el de la solicitud de concurso. El art. 94.1 LC dice que al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores «referida a la fecha de solicitud del concurso». No dispone que sea la fecha en que el concurso es declarado, en cuyo caso la tesis del demandante tendría fundamento. Lo que indica es una fecha cierta, que es la de la presentación.

El sistema que dispone la Ley para la declaración del concurso voluntario puede suponer, en aplicación de los arts. 13 y 14 LC, cierta dilación entre solicitud y declaración, pues cabe la posibilidad de que se reclame la subsanación de algunos defectos u omisiones (art. 13.2) o la exigencia de documentación complementaria (art. 14.2).

La tesis del demandante es que hay numerosos preceptos de la Ley Concursal (art. 49, 59, 60 u 88), de los que se desprende que los efectos del concurso se producen desde el auto que lo declara, y no desde la solicitud. Hay que reconocer que así es, y que es además coherente la regulación legal con esas disposiciones que remiten al momento de la declaración para establecer los efectos del concurso.

Los demandados sostienen que, sin embargo, no puede dejarse al albur de la mayor o menor diligencia del juzgado la cuantía del crédito, y que el art. 3.1 CC establece que las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras. No hay duda de cual ha sido la expresión de la Ley.

No obstante es prudente realizar una lectura sistemática de la normativa concursal, porque la coherencia a la que obliga la Ley exige atender todas sus previsiones. El sistema que dispone la norma, en materia de calificación y reconocimiento de créditos, es que los intereses tendrán la calificación de subordinados (art. 92.3º). Si los intereses no se devengan desde la declaración de concurso (art. 59.1), los que se produzcan entre la solicitud, momento en que debe realizarse la lista de acreedores, y la declaración de concurso, quedarían excluidos en su totalidad. Además ni siquiera podrían acogerse al beneficio, en caso de convenio, que dispone el art. 59.2 LC, es decir, el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, al tipo legal o convencional si fuera menor. En caso de liquidación también el 59.2 permite el abono, si hay sobrante, de los «referidos intereses», es decir, de los suspendidos desde la declaración de concurso.

La práctica totalidad de la doctrina ha criticado la expresión legal, destacando la incoherencia de que la fecha de cierre sea la fecha de la solicitud, en lugar del momento de la declaración de la situación de concurso.

No es razonable que la norma establezca que unos intereses que se producen por pacto o disposición legal sencillamente desaparezcan. La Constitución (CE) establece en su art. 33.3 que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes». En consecuencia, la Ley Concursal no puede ser interpretada (art. 5.1 LOPJ) de forma que se constate un resultado contrario a los preceptos y principios constitucionales.

Hay que tratar de adecuar esas disposiciones legales a la Constitución, porque el crédito por intereses existe. Aunque la Ley ordene cuantificar sólo hasta la presentación de la solicitud de concurso, la suspensión del devengo sólo se produce a partir de la declaración. Entre una y otra se devenga interés, de manera que podrá discutirse su calificación, pero en ningún caso quedar excluido, como ha sucedido con la lista elaborada por la administración concursal.

Además el art. 49 LC, cuando define la masa pasiva, dispone que «declarado el concurso» todos los acreedores quedan integrados en ella. El actor es acreedor de los

intereses entre la solicitud y la declaración de concurso, y para quedar incluido en la masa hay que resolver cómo calificar el crédito.

En esa tesitura y sin desconocer la previsión del art. 94.1, la solución más razonable es considerar que los intereses devengados entre la fecha de solicitud del concurso, en la que tiene que incluirse el crédito por la administración concursal, y la declaración del mismo, que produce la suspensión del devengo, merece la calificación de crédito ordinario, en aplicación del art. 89.3 LC. De esta forma ni se vulnera la previsión del art. 94.1, pues el crédito principal será incluido a la fecha de la solicitud, ni se expropia al acreedor de intereses que se han devengado y que no se suspenden hasta la declaración del concurso.”: Sentencia JM-1 Vizcaya (Bilbao) 14.02.2006 (AC 2006\178)

2. La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal. Se harán constar expresamente, si las hubiere, las diferencias entre la comunicación y el reconocimiento y las consecuencias de la falta de comunicación oportuna.

Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común.

3. La relación de los excluidos expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión.

4. En relación separada, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago.

Art. 94.4 La relación de créditos contra la masa

1. Carácter y trascendencia de la relación de créditos contra la masa. Improcedencia de inclusión de los no vencidos

“2.-Que las normas contenidas en el Capítulo III del Título IV de la Ley Concursal, relativo a la «Determinación de la masa pasiva», son normas destinadas a regular el reconocimiento y calificación de los créditos «concursoales» y no de los créditos «contra la masa» (cuando menos más allá de la mera enumeración de estos últimos), pues no en vano el art. 84-1 que encabeza el Capítulo comienza estableciendo que «... Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa». Pues bien, frente a la petrificación que experimentan los créditos propiamente concursales una vez que alcanza carácter definitivo la lista de acreedores, la doctrina se ha ocupado de poner de relieve cómo la relación de créditos contra la masa «... está expuesta a cambios continuos, tanto por lo que respecta a la aparición de nuevos créditos como a la satisfacción de los existentes en cualquier momento...» («Comentario de la Ley Concursal», Angel Rojo y otros, pág. 1697, Ed. Thomson). En otras palabras, un crédito concursal incierto quedaría definitivamente malogrado si no fuera incluido en la «lista de acreedores», aunque haya de serlo con el carácter de contingente. Por el contrario, sin perjuicio de que el art. 94 LC obligue a confeccionar un anexo a la lista para incluir los créditos contra la masa ya devengados en el momento de elaboración del Informe, lo cierto es que los créditos de esa naturaleza no se encuentran, por su propia definición, sometidos a régimen alguno de perentoriedad porque lo único que concurre respecto de ellos es la obligación de la Administración Concursal de satisfacerlos a sus respectivos vencimientos (art. 154-2 LC), y, por tanto, cualquiera que sea el momento a lo largo del concurso en que nazcan, se lleguen a hacer exigibles o, simplemente, se desvelen. De hecho, condicionando el art. 94 -como se ha indicado- la inclusión de un crédito contra la masa en el mencionado anexo al requisito de que se trate de un crédito «ya devengado» en el momento en que el Informe se elabora, su provisional iliquidez o inexigibilidad o su coyuntural carácter incierto únicamente determinará su exclusión de dicho anexo, sin que, por las razones apuntadas, esa exclusión acarree otra consecuencia que la de posponer su pago al momento en que, en su caso, el crédito en cuestión llegue a adquirir verdadera certeza. Y de ahí que en dicho ámbito el propio concepto de «contingencia» del art. 87-3 resulte inaplicable por su evidente inutilidad.”: **S JM-2 Madrid 1.03.2006 (AC 2006\414)**

“3.-Si bien es cierto que la culminación del proceso de «movilización» (de «rescate» lo llama la norma) previsto en el art. 29 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, exige, como no podría ser de otro modo, la anuencia de la compañía de seguros destinataria de la póliza a movilizar, no lo es menos que el poder de movilización constituye un derecho que asiste al tomador sin sujeción o condicionamiento a la concurrencia de presupuesto adicional alguno. De

ahí que la proyección económica de esa facultad, concretada en la cuantía de las sumas, fondos o valores que deban de ser transferidos en su caso a la compañía destinataria, pueda configurarse como un auténtico derecho de crédito aún antes de que llegue a concretarse el destino de tales fondos e incluso antes de conocerse si el mismo llegará o no a ser ejercitado de manera efectiva. Por lo demás, así parece haberlo entendido la Administración Concursal al incluir en su Informe tales derechos como verdaderos derechos de crédito (Folio 8171, apartado 5º), y ello por más que, por razones de carácter técnico y actuarial, no resulte posible en el momento presente proporcionar una cuantificación exacta de los mismos.

Inconveniente éste último que puede considerarse de orden menor si se piensa que, frente a la petrificación que experimentan los créditos propiamente concursales una vez que alcanza carácter definitivo la lista de acreedores, la doctrina se ha ocupado de poner de relieve cómo la relación de créditos contra la masa «... está expuesta a cambios continuos, tanto por lo que respecta a la aparición de nuevos créditos como a la satisfacción de los existentes en cualquier momento...» («Comentario de la Ley Concursal », Angel Rojo y otros, pag. 1697, Ed. Thomson). De ahí que, con independencia de la posibilidad de incidentar en torno «al pago» de éstos créditos en el momento procesal que define el art. 154-2 de la Ley Concursal siempre que entonces se susciten problemas distintos del aquí planteado, no puede por ello considerarse extemporáneo el planteamiento por vía incidental de la presente problemática cuando, a la vista de los criterios genéricos de cuantificación utilizados por la Administración Concursal, puede afirmarse que en este momento nos encontramos ya en presencia de una controversia de carácter actual referida a la proyección económica de unas facultades que, aunque aún no ejercitadas, han sido consideradas en el Informe -pacíficamente y sin que ello haya suscitado contienda- como auténticos «derechos de crédito». Además, se trata de una conclusión impuesta por imperativos de índole práctica, pues, en efecto, si para establecer un criterio en torno a la adecuación de las provisiones técnicas a las actuales Tablas de mortalidad hubiera que aguardar al efectivo ejercicio del derecho de movilización con la inexcusable prestación de su consentimiento por parte de la concreta compañía que haya de constituirse en destinataria de la póliza, entonces el propio derecho de movilización entraría en un entramado tipo circular que podría convertirlo en ilusorio para el tomador ante la imposibilidad -o, cuando menos, ante la muy notable dificultad- de encontrar alguna compañía que esté dispuesta a prestar tal consentimiento antes de que haya quedado despejada en alguna medida la incógnita concurrente en torno a la expresada problemática. ”: **Sentencia JM-2 Madrid 1.03.2006 (JUR 2006\104507)**

“SEGUNDO : Planteada primeramente como excepción procesal la de inadecuación del procedimiento seguido, toda vez que resulta extemporánea la impugnación una vez transcurrido el plazo previsto a tal fin en el art. 96 L.C., baste señalar que no nos hallamos en presencia de una genuina impugnación dirigida contra el inventario o la lista de acreedores que conforman primero el informe y después los textos definitivos confeccionados por la administración concursal, sino ante una cuestión atinente a un crédito contra la masa, créditos que no forman parte integrante del informe de la administración concursal sino que se han de enumerar en relación separada (art. 94-4 L.C.) de la misma manera que se han de acompañar separadamente y mediante relación actualizada a los textos definitivos (art. 96-4 L.C.), si bien y como es lógico en ambos casos sólo respecto de los devengados y pendientes de pago. Por esta razón y habida cuenta de la diversidad de principios a que responden uno y otro tipo de créditos -estatismo de los créditos concursales que conforman la masa pasiva y que quedan inmovilizados a la fecha de declaración del concurso, frente al dinamismo de los créditos contra la masa los cuales, por su propia naturaleza, se irán devengando a lo largo de la vida del proceso concursal- es por lo que el art. 154-2 L.C. concede a quien se crea titular de un crédito de esta naturaleza, y que por lo tanto puede haber nacido tanto en un momento anterior como posterior a la fecha de presentación del informe o de los textos definitivos, la posibilidad de solicitar del Juez del concurso que en cualquier momento se le reconozca su derecho como crédito contra la masa y se le abone la suma correspondiente -dado que se han de satisfacer al acreedor a sus respectivos vencimientos- al disponer la norma que "Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal", siendo esta modalidad incidental la ahora planteada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por lo que procede consecuentemente rechazar la excepción invocada.” : **Sentencia JM-1 Oviedo 10.11.2005 (incidente Concursal 204/2005)**

“La discrepancia no se centra en considerar el crédito contra la masa, pues ambas partes lo admiten y consideran que las cuotas [*leasing*] posteriores a la declaración de concurso pueden incluirse en el art. 84.2.7º LC, sino la forma en que debe verificarse, pues según la administración concursal, sólo habrán de incluirse en la lista los que ya se han devengando, si resultaron impagadas, pretensión a la que se opone la demandante, que entiende que conforme a tal precepto ha de incluirse la totalidad del crédito pendiente de abonar. El precepto mencionado ciertamente indica que merecen el calificativo de crédito contra la masa aquéllos que deriven de créditos con privilegio especial, sin realización de los bienes o derechos

afectos, que "correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado".

En esa última referencia se apoya el actor para reclamar que, con independencia del momento en que se produzca el vencimiento, sea incluido como crédito contra la masa la totalidad pendiente al declararse el concurso. Hay que tener en cuenta, también, que el art. 94.4 de la Ley Concursal, al explicar como debe conformarse la lista de acreedores, dispone que "en relación separada, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago", y que, por otro lado, el art. 154.2 LC ordena que se satisfagan los créditos contra la masa, cualquiera de sea su naturaleza, "a sus respectivos vencimientos".

De tal conjunto normativo se deduce, en consecuencia, que la administración concursal no tiene que incluir en la relación aparta a la que alude el art. 94.4 LC la totalidad de los créditos contra la masa que previsiblemente puedan devengarse, sino exclusivamente, los "devengados" y "pendientes de pago". Como además el art. 154.2 LC señala que los créditos contra la masa se abonarán a sus respectivos vencimientos, si hay créditos de esa clase que se han devengado, pero se han abonado, no tendrán que incluirse en la relación, porque no cumpliría los dos requisitos.

Si las normas que regulan esta materia se conjugan de esta forma, forzoso es reconocer que un crédito contra la masa que no se haya devengado no tiene que incluirse en la relación que dispone la norma. Lo que hace el art. 84.2.7º LC, que el demandante esgrime como argumento para que se incluya todo el crédito pendiente, es establecer una regla de calificación, pues tienen carácter de crédito contra la masa los que tengan privilegio especial -como ocurre conforme al art. 90.1.4 con los derivados de arrendamientos financieros respecto de los bienes arrendados con reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria en caso de falta de pago-, si no se han realizado dichos bienes, por las cantidades debidas y de vencimiento futuro a cargo del concursado.

De una regla de calificación de una clase de crédito no puede deducirse, como pretende el actor, que hayan de incluirse créditos no vencidos. Dichos créditos pueden no llegar a su vencimiento, al menos en el modo pactado, si el contrato se resuelve conforme al párrafo segundo del art. 61.2 LC. Si se produce el vencimiento, es posible que no hayan de incluirse porque se abonen. Sólo si se produce el vencimiento antes de la fecha del informe previsto en el art. 75 LC y no se abonan, habrán de incluirse en la relación separada del art. 94.4 LC.

A diferencia de los créditos concursales, que propician la situación concursal, los créditos que se devengan con posterioridad, por mucho que sean previsibles por el aplazamiento de obligaciones que contrae el concursado antes de ser declarado tal, no quedan inmovilizados, sino que la norma permite que sean atendidos por la administración concursal, propiciando de este modo la conservación de la empresa, que supone un atractivo más que los acreedores podrán valorar para suscribir o no la propuesta de convenio que en su caso se plantee.

La mutabilidad de los créditos contra la masa no debe inquietar, en todo caso, al demandante. Aunque éste no vea reconocido, porque no es un crédito que haya vencido, la totalidad de los abonos pendientes en la relación a la que alude el art. 94.4 LC, esto no significa que no vayan a nacer y menos aún que no se tenga derecho a percibirlos. Pero su régimen de reconocimiento no puede asimilarse al de los créditos concursales, porque no es necesaria su determinación en el informe de la administración si aún no es exigible, lo que no ocurrirá hasta su respectivo vencimiento. No es todavía un crédito vencido, puede no llegar a serlo, o simplemente, podría ser pagado cuando se devengue.

Nada de ello perjudica al actor, que ha visto reconocido su derecho al crédito concursal, relacionado los posteriores vencidos y no pagados, y en su día, cuando se produzca el vencimiento, tendrá derecho al abono de los sucesivos vencimientos como créditos contra la masa en la forma que marca la norma. No es posible, sin embargo, la inclusión de la totalidad de las cuotas pendientes como crédito contra la masa en la relación que dispone el art. 94.4 LC, por lo que, en ese aspecto, su demanda será desestimada. ": **Sentencia JM-1 Bilbao 29.12.2006 (Incidente Concursal 133/2006)**

CAPÍTULO IV - De la publicidad y de la impugnación del informe

Artículo 95. Publicidad del informe y de la documentación complementaria.

1. La administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal, por cualquier medio que acredite su recibo, a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o con calificación distinta a las pretendidas, indicándoles estas circunstancias y señalándoles un plazo de diez días desde su recibo para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente.

Art. 95.1

1. Sólo existe un cauce de impugnación o reclamación respecto del reconocimiento o calificación del crédito

“2. ¿Existen dos cauces alternativos para discrepar de la decisión adoptada por la Administración concursal respecto al reconocimiento y calificación de un crédito (reclamación o impugnación) o sólo existe uno?”

No existen dos cauces alternativos para discrepar de la decisión adoptada por la Administración concursal respecto al reconocimiento y calificación de un crédito. Sólo existe uno, el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores que contempla el artículo 96 de la Ley Concursal. Aunque el art. 95 de la Ley Concursal ha podido suscitar la duda al recurrente, no debe olvidar que cuando la Administración concursal le remite la comunicación que establece dicho precepto legal ha presentado de modo simultáneo el informe en el Juzgado, por lo que no dispone de la posibilidad de cambiar su contenido, debiendo estarse, en aras a un criterio de seguridad jurídica, a resultas de lo que se resuelva en los correspondientes incidentes concursales si éstos se suscitasen. La ley impone a la administración la obligación de informar al excluido total o parcialmente, o con cambio en la calificación interesada, de cómo se ha reflejado la situación en el informe y de su derecho a reclamar contra ella. Pero no puede interpretarse que el acreedor disponga de dos cauces diferentes para hacerlo, por más que el art. 95.1 utilice la expresión "reclamación" y el art. 96 emplee la de "impugnación"; la vía es única, la demanda incidental contra la lista de acreedores, que debe tramitarse como incidente concursal (art. 96.4 de la Ley Concursal). De ahí que resulte exigible cumplir las exigencias formales de una demanda de incidente concursal (arts. 192 y siguientes de la Ley Concursal), incluida la defensa y representación procesal que prevé el nº 3 del art. 184 de la Ley Concursal.": II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, IMPUGNACION DE CREDITOS, 2

*“PRIMERO.- No existen, como entiende la entidad recurrente, dos cauces alternativos para discrepar de la decisión adoptada por la Administración concursal respecto al reconocimiento y calificación de un crédito. Sólo existe uno, el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores que contempla el artículo 96 de la Ley Concursal. Aunque el art. 95 de la Ley Concursal ha podido suscitar la duda al recurrente, no debe olvidar que cuando la Administración concursal le remite la comunicación que establece dicho precepto legal ha presentado de modo simultáneo el informe en el Juzgado, por lo que no dispone de la posibilidad de cambiar su contenido, debiendo estarse, en aras a un criterio de seguridad jurídica, a resultas de lo que se resuelva en los correspondientes incidentes concursales si éstos se suscitasen. La ley impone a la administración la obligación de informar al excluido total o parcialmente, o con cambio en la calificación interesada, de cómo se ha reflejado la situación en el informe y de su derecho a reclamar contra ella. Pero no puede interpretarse que el acreedor disponga de dos cauces diferentes para hacerlo, por más que el art. 95.1 utilice la expresión "reclamación" y el art. 96 emplee la de "impugnación"; la vía es única, la demanda incidental contra la lista de acreedores, que debe tramitarse como incidente concursal (art. 96.4 de la Ley Concursal). De ahí que se haya exigido a la recurrente que adecue su escrito a las exigencias formales de una demanda de incidente concursal (arts. 192 y siguientes de la Ley Concursal), incluida la defensa y representación procesal que prevé el nº 3 del art. 184 de la Ley Concursal.”: **Auto JM-4 Madrid 14.09.2005 (Concurso 78/2004)***

2. La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 y se publicará en el tablón de anuncios del juzgado.

Art. 95. 2

1. La remisión al art. 23 sólo opera para la comunicación, no para la publicación en diario y BOE

“6. La publicación de la resolución que tiene por presentado el informe del artículo 95.2 ¿exige que se haga en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión de la provincia?”

El art. 95.2 LC dice *“la presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 y se publicará en el tablón de anuncios del juzgado”*.

La remisión al artículo 23 puede interpretarse en dos sentidos:

A) Tesis amplia que mantiene que la presentación del informe y documentación complementaria (no del informe) debe, además de notificarse a las partes personadas, anunciarse en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses y en el tablón de anuncios del juzgado. B) Tesis estricta según la cual la presentación del informe se notificará a las partes personadas y se publicará en el talón de anuncios del juzgado.

Se opta por esta última por las siguientes razones:

i) el artículo 95. 2 diferencias entre comunicación y publicación de la presentación del informe. Sólo respecto de la primera-comunicación-se remite al artículo 23, lo que debe entenderse en el sentido de que permite realizarse esta comunicación por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (art. 23.1 párrafo primero) En cambio, la publicación se regula expresamente en el artículo 95. 2 al decir que será en el talón de anuncios del juzgado, sin remisión a norma alguna

ii) la remisión al artículo 23 en todo caso no puede entenderse al 23.1 párrafo segundo que es el que contempla la publicación en el BOE y diario provincial, ya que este únicamente se prevé para el supuesto del auto de declaración de concurso. Así se infiere no solamente del citado artículo 23.1 párrafo segundo sino de su interpretación sistemática con el 23.5º dedicado precisamente a las demás resoluciones que conforme a la ley deban ser publicadas por medio de edictos, y entre estas otras resoluciones debemos encuadrar la que nos ocupa. Y este artículo 23.5 se remite al artículo 236 de la LOPJ que dice *“1. La publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los Boletines Oficiales que señalen las leyes procesales. Cuando expresamente así se prevea, tal publicidad y comunicaciones podrán sustituirse, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos. 2. La publicación en cualquier otro medio se podrá acordar a petición y a costa de la parte que lo solicite”*

iii) razones de economía de costes y evitar dilaciones en la tramitación, ya que el cómputo del plazo debería retrasarse al iniciarse su cómputo desde la publicación última en el boletín o periódico. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE LOS CREDITOS, 6

2. La remisión también opera para la publicación en diario y BOE

“De conformidad con art. 23.3 LECO, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso «quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes». Y si el art. 96.2 LECO dispone que «La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23...», no cabe duda que la entrega, y publicidad inmediata corresponde al procurador del solicitante del concurso voluntario. “:Auto JM-1 Alava 14.12.2005 (AC 2006\74)

2.1 Se deja sin efecto la orden de publicación al no existir fondos para sufragarla, pese a que es exigible al procurador su pago ex art. 26.2.7 LEC

“**PRIMERO** Este Juzgado no es ajeno al problema que se provoca para el concurso voluntario desde la ausencia de numerario en absoluto de una sociedad mercantil insolvente, y en la polémica se puede decir y escribir bastante, pero desde el ordenamiento positivo, se considere más o menos justo, no haya nada oscuro.

De conformidad con art. 23.3 LECO, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso «quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes». Y si el art. 96.2 LECO dispone que «La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se comunicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23...», no cabe duda que la entrega, y publicidad inmediata corresponde al procurador del solicitante del concurso voluntario.

Por otro lado, desde siempre regulado, existe el deber del procurador de pagar todos los gastos que se causaren a su instancia, excepto de los honorarios de los abogados, y los correspondientes a los peritos, salvo que el poderdante le haya entregado los fondos necesarios para su abono (26.2.7º LECiv).

Este deber de pagar los gastos del proceso a su instancia, y explícitamente los de publicaciones de declaración del concurso, es algo que debe conocer todo procurador que represente a un solicitante del concurso, y nacen por la aceptación del poder, que se presume por el hecho de usar de él (art. 26.1 LECiv), como ha sucedido en estos autos.

Aquí debe advertirse que el procurador es indudable acreedor contra la masa por pago de lo que es obligación de su representada, la sociedad concursada (art. 241.1 LECiv),

aunque de poco le servirá contar empleo con el procedimiento sumario de art. 29 LECiv para proveerse de fondos. Por otro lado, si los Administradores concursales informan sobre la inexistencia de masa activa, puede resolverse la conclusión rápida del procedimiento -pasando el problema a los gastos que la publicación de ésta-, «ex» art. 176.1.3º LECO, y por el contrario, si se percibe la verosimilitud de calificación culpable, y alguna persona afectada con patrimonio que pueda verse condenada a «suplementar» la masa activa «ex» art. 172.3 LECO, podrán cobrar, todo o alguna parte, empezando por los acreedores contra la masa.

De cualquiera de las maneras, no puede decirse que las normas no sean claras, en cuanto a que el procurador tiene un deber de pago.

SEGUNDO No hay una posibilidad legal de remisión oficial de edictos al BOE, más que para la Administración Pública, o para justiciables a quienes se haya reconocido derecho de asistencia jurídica gratuita.

Y la solución de forzar a la procuradora del asunto a un desembolso que no tendrá pronta respuesta en su cliente, o acaso no la tenga nunca, por mucho que constituya un error de cálculo de su provisión de fondos, parece incluso inmoral.

Ocurre además, que en cuanto a la formación de la lista de acreedores existe en la norma un doble cauce de enteramiento a aquéllos: la comunicación personal de la Administración concursal de art. 95.1 LECO, con sus posibilidades de protesta, y la publicidad del Informe que queda en la Secretaría del Juzgado. Siendo los textos del Informe que se impugnan «ex» art. 96.1 LECO los depositados en Secretaría, y resultando intangibles, salvo sentencia de incidente concursal de impugnación según art. 97.1 LECO, se propicia, y es el caso, reclamaciones extrajudiciales que deben atenderse, y así lo plantean los Administradores concursales, y un conocimiento del Informe por los interesados, todo ello ajeno a la publicidad procesal.

Si efectivamente la publicidad mínima se fija en art. 23.1.pfo 2º LECO, con la carga de abonar el inserto de edictos en BOE y diarios, y es otra la que, accesoria, le cabe al Juez prevenir, se reputa, dado el panorama legal, y el absurdo al que aboca la norma que, en lugar de la coerción sobre la responsabilidad del procurador, a fin de salir del «impasse», se reputa bastante encomendarle la remisión para su difusión en la Sección Primera del Portal «Registro Público de Resoluciones Concursales».: Auto JM-1 Alava 14.12.2005 (AC 2006\74)

3. No se trata de una notificación procesal sujeta a comunicación en la sede de la Abogacía del Estado

“PRIMERO.- En fecha 24 de marzo de 2006 se dictó auto por el juzgado de instancia acordando no admitir a trámite la demanda incidental presentada por el Sr. Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, cuyo objeto es impugnar el importe y calificación de su crédito reconocido por la Administración Concursal. Disconforme la parte demandante se alza el recurso de apelación alegando que, efectivamente, nada tendría que oponer a los razonamientos del Juzgado por ser la petición extemporánea, dado que los plazos del Art. 95 Ley Concursal deben computarse, en el caso de acreedores que fueran objeto de comunicación personal desde esta fecha, sin que pueda reabrirse el plazo por la posterior publicación del informe de la administración. Pero en el caso concreto, la notificación al acreedor resulta ineficaz al haberse vulnerado lo establecido en el Art. 184 Ley Concursal en relación con las previsiones que en materia de notificación realiza la Ley de Asistencia Jurídica al Estado de 27 de noviembre de 1.997, concretamente lo dispuesto en su Art. 11, que establece que las notificaciones deben realizarse al Sr. Abogado del Estado en la sede de la respectiva Abogacía del Estado, y, en caso contrario, se produce la nulidad de la comunicación. En consecuencia, la parte actora utilizó como plazo, a los anteriores efectos, el de la publicación del informe, obviando la nulidad de las notificaciones anteriores, por todo lo cual solicita la revocación de la resolución recurrida, y, en su lugar, se acuerde admitir a trámite la demanda. (...) Hasta aquí está de acuerdo el Sr. Abogado del Estado, lo que sucede es que trae a colación el Art. 184 Ley Concursal en relación con las previsiones que en materia de notificación realiza la Ley de Asistencia Jurídica al Estado de 27 de noviembre de 1.997, concretamente lo dispuesto en su Art. 11, que establece que las notificaciones deben realizarse al Sr. Abogado del Estado en la sede de la respectiva Abogacía del Estado, bajo sanción de nulidad.

Pues bien, dicho precepto no es de aplicación al supuesto examinado, toda vez que la notificación del reconocimiento y calificación del crédito se hizo a la Agencia Tributaria de forma personal al amparo del Art. 95 LC. Ya existió una primera reclamación derivada de esa notificación personal, lo que impide que se pueda formular una segunda reclamación cuando se confiere publicidad a la presentación del informe y la documentación complementaria a que alude el Art. 95.2 LC, como ahora se pretende

para tratar de evitar la preclusión del plazo de los diez días que le fue conferido en primer lugar.

Finalmente, la comunicación efectuada por la Administración Concursal, en cumplimiento del Art. 95.1 LC, no es una comunicación procesal que tenga que estar sujeta a los requisitos de las notificaciones de tal naturaleza, únicas a las que se puede aplicar el Art. 11 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado de 27 de noviembre de 1.997. En consecuencia, habiendo precluido el trámite para formular la pretendida impugnación, se desestima el recurso y se confirma la resolución recurrida.”: Auto AP Cáceres 16.05.2006 (JUR 2006/183461)

3. El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados.

Artículo 96. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

1. Dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa.

Art. 96.1

1. COMPUTO DEL PLAZO

1.1 Impugnación por acreedor notificado personalmente

1.1.1 Desde la comunicación personal del art. 95.1 y no se reabre por la publicación del informe

“PRIMERO.- En fecha 24 de marzo de 2006 se dictó auto por el juzgado de instancia acordando no admitir a trámite la demanda incidental presentada por el Sr. Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, cuyo objeto es impugnar el importe y calificación de su crédito reconocido por la Administración Concursal. Disconforme la parte demandante se alza el recurso de apelación alegando que, efectivamente, nada tendría que oponer a los razonamientos del Juzgado por ser la petición extemporánea, dado que los plazos del Art. 95 Ley Concursal deben computarse, en el caso de acreedores que fueran objeto de comunicación personal desde esta fecha, sin que pueda reabrirse el plazo por la posterior publicación del informe de la administración. Pero en el caso concreto, la notificación al acreedor resulta ineficaz al haberse vulnerado lo establecido en el Art. 184 Ley Concursal en relación con las previsiones que en materia de notificación realiza la Ley de Asistencia Jurídica al Estado de 27 de noviembre de 1.997, concretamente lo dispuesto en su Art. 11, que establece que las notificaciones deben realizarse al Sr. Abogado del Estado en la sede de la respectiva Abogacía del Estado, y, en caso contrario, se produce la nulidad de la comunicación. En consecuencia, la parte actora utilizó como plazo, a los anteriores efectos, el de la publicación del informe, obviando la nulidad de las notificaciones anteriores, por todo lo cual solicita la revocación de la resolución recurrida, y, en su lugar, se acuerde admitir a trámite la demanda.

A dicho recurso se opuso la representación de la Administración Concursal.

SEGUNDO.- Delimitado el objeto del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario tener en cuenta que, según la documental acompañada a la demanda, la Administración Concursal notificó personalmente a la Agencia Tributaria el importe y calificación de su crédito que fue reconocido en la lista de acreedores, que difería con la presentada por dicha Agencia Tributaria, por lo que, de conformidad con el Art. 95 de la Ley Concursal, se le comunica personalmente para que, en el plazo de diez días pueda formular las reclamaciones que tenga por conveniente. Dicha notificación personal tuvo lugar en fecha 31 de enero de 2006, y la demanda presentada por el Sr. Abogado del Estado en representación de la misma parte se presenta en fecha 28 de febrero de 2006, cuando ya había transcurrido con exceso el plazo legal conferido.

Precisamente por la presentación extemporánea, no se admite a trámite por el Juzgado la impugnación del importe y calificación del crédito, pues, de conformidad con el Art. 95.1 Ley Concursal, el plazo se computa desde la notificación personal y no desde la publicación del informe y documentación complementaria que prevé el apartado segundo del mismo precepto. Como se trata de un plazo procesal, sometido a la correspondiente caducidad, de conformidad con los Arts. 136 LEC y 97 Ley Concursal, como la impugnación se ha realizado de forma extemporánea, se considera precluido en su derecho a dicha parte.

Hasta aquí está de acuerdo el Sr. Abogado del Estado, lo que sucede es que trae a colación el

Art. 184 Ley Concursal en relación con las previsiones que en materia de notificación realiza la Ley de Asistencia Jurídica al Estado de 27 de noviembre de 1.997, concretamente lo dispuesto en su Art. 11, que establece que las notificaciones deben realizarse al Sr. Abogado del Estado en la sede de la respectiva Abogacía del Estado, bajo sanción de nulidad.

Pues bien, dicho precepto no es de aplicación al supuesto examinado, toda vez que la notificación del reconocimiento y calificación del crédito se hizo a la Agencia Tributaria de forma personal al amparo del Art. 95 LC. Ya existió una primera reclamación derivada de esa notificación personal, lo que impide que se pueda formular una segunda reclamación cuando se confiere publicidad a la presentación del informe y la documentación complementaria a que alude el Art. 95.2 LC, como ahora se pretende para tratar de evitar la preclusión del plazo de los diez días que le fue conferido en primer lugar.

Finalmente, la comunicación efectuada por la Administración Concursal, en cumplimiento del Art. 95.1 LC, no es una comunicación procesal que tenga que estar sujeta a los requisitos de las notificaciones de tal naturaleza, únicas a las que se puede aplicar el Art. 11 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado de 27 de noviembre de 1.997. En consecuencia, habiendo precluido el trámite para formular la pretendida impugnación, se desestima el recurso y se confirma la resolución recurrida.”: Auto AP Cáceres 16.05.2006 (JUR 2006/183461) y, en los mismos términos, Auto AP Cáceres 19.05.2006 (AC 2006/2060)

“-Entendemos que el criterio mantenido por el Juzgador de Instancia en la resolución impugnada, se encuentra plena y totalmente ajustado a derecho, ya que consta acreditado en el procedimiento y expresamente reconocido por la parte apelante, que el Informe, Inventario y lista de acreedores realizada por la Administración concursal de la Entidad DORLAST, S.L., se le notificó a la actora IberCaja, con fecha 2 de Marzo de 2005, habiéndose interpuesto la presente demanda con fecha 28 de Marzo de 2005, encontrándose por lo tanto fuera del plazo previsto en el citado artículo 95.1 de la Ley concursal de 10 días para la impugnación de los acreedores y formular las reclamaciones que tengan por conveniente, que empieza a contarse desde el día siguiente a la comunicación personal.

-Sin que por lo tanto entre en juego la aplicación del plazo del artículo 96,1 del mismo precepto legal, porque el mismo se encuentra previsto para aquellos otros interesados a los que no se ha comunicado personalmente ninguna variación, caso que no es el presente, y en ese supuesto el cómputo se iniciaría a partir de la publicación del Informe y documentación complementaria, que resulta la fecha de publicación del Edicto en el Boletín Oficial del Estado, que ha sido el 14 de Marzo de 2005. Porque entendemos que no renace plazo alguno para impugnar, y a que nos encontramos con la existencia de un plazo procesal y por ello de caducidad, y transcurrido el lapso temporal previsto tiene efectos preclusivos, según lo establecido en el artículo 136 de la L.E.Civil, lo que resulta apreciable de oficio dado el carácter que contiene por ser materia de orden público, de acuerdo con el criterio mantenido por el Juzgador “a quo”, que se considera total y plenamente ajustado a derecho. “:Auto AP Madrid 30.11.2005 (JUR 2006/131234)

“PRIMERO La entidad impugnante hace constar en la demanda incidental, que fue notificada del informe, inventario y lista de acreedores confeccionada por la administración concursal de la entidad Dorlast, SL el día 2 de marzo de 2005. Sin embargo, presenta la demanda incidental el día 28 de marzo de 2005 afirmando que lo hace «dentro del plazo conferido al efecto en el artículo 96.1» de la Ley Concursal. Del tenor de la demanda incidental se desprende que la impugnación de la lista de acreedores de Dorlast, SL se lleva a cabo, no tanto como consecuencia de la publicación acordada por el Juzgado respecto del informe y los documentos complementarios presentados por la Administración concursal (artículo 95.2 LC), sino por la comunicación personal efectuada por la Administración concursal al acreedor impugnante que, en este caso, ha visto excluido o modificado su crédito en la cuantía o la calificación pretendida (artículo 95.1 LC). De ahí que el plazo para la impugnación -reclamación, dice el artículo 95.1 LC- se inicie como consecuencia de la referida comunicación personal, y no en un momento posterior. En definitiva, no puede sostenerse que la publicación del informe y de la documentación complementaria según lo previsto en el artículo 95.2 LC, haga renacer el plazo para proceder a su impugnación a favor de aquellos acreedores a los que se les ha comunicado personalmente las incidencias relativas a la lista de acreedores. De lo anterior se deriva que tendríamos un primer plazo de diez días para impugnar computado desde el día siguiente de la comunicación personal, para aquellos acreedores a los que ha sido realizada dicha comunicación (artículo 95.1 LC). Y un segundo plazo, también de diez días, para aquellos otros interesados a los que no se ha comunicado personalmente ninguna variación, cuyo cómputo se iniciaría a partir de la publicación del informe y documentación complementaria (artículo 96.1 LC).

SEGUNDO Como ya hemos indicado, en el presente caso la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (Ibercaja) formula la impugnación de la lista de acreedores de Dorlast, SL como consecuencia de la comunicación recibida el día 2 de marzo de 2005 (encabezamiento de la demanda incidental). Ésta fue presentada en fecha 12 de abril de 2005, y por tanto transcurrido con creces el indicado plazo de diez días. No puede discutirse que nos

hallamos ante un plazo de carácter procesal, y por ello de caducidad. En tal sentido debe destacarse la STS de 23 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9810) según la cual «todos los términos procesales lo son de caducidad y no de prescripción». Transcurrido dicho lapso temporal se producen los efectos preclusivos previstos en el artículo 136 LECiv, de aplicación al caso por lo prevenido en la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal. La situación creada como consecuencia de los efectos preclusivos es apreciable de oficio dado el carácter que de orden público tienen los preceptos procesales [SS. Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 25 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1893) y 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8466), entre muchas otras]. Al haberse presentado la demanda incidental por parte de la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (Ibercaja) fuera del plazo establecido por la Ley, es de aplicación el efecto previsto en el artículo 136 LECiv que conlleva la inadmisión a limine de la demanda incidental. A mayor abundamiento puede citarse el artículo 97 LC que, en coincidencia con lo anterior, establece la imposibilidad de plantear pretensiones de modificación del contenido del inventario y de la lista de acreedores por quienes no hayan impugnado en tiempo y forma dichos documentos.": Auto JM-1 Madrid de 6.05.2005 (AC 2005/817)

“SEGUNDO.- En primer lugar se opone por la administración concursal que la impugnación ha sido realizada fuera de plazo, alegando para ello los artículos 96.1 y 97.1 de la Ley Concursal.

Ha de tenerse en cuenta que la Ley Concursal, en materia de impugnación del informe de la Administración Concursal establece en los artículos 95 y 96 dos diferentes impugnaciones que tienen idéntico plazo para su formulación, de diez días, pero a contar desde dos momentos diferentes, lo que, sin duda, puede dar lugar a algún error y confusión entre ambos.

A tal efecto, el artículo 95.1 regula la primera de esas impugnaciones, a la que se refiere la ley como reclamación y que resulta pertinente respecto a la exclusión en la lista de acreedores, inclusión sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o calificación diferente de las pretendidas. De la simple lectura de las causas que pueden servir de fundamento a estas reclamaciones se extrae claramente que se trata de una verdadera impugnación del inventario si bien a realizar únicamente por el titular del crédito que se encuentre en alguna de dichas situaciones, al que la administración concursal necesariamente le habrá comunicado dicha circunstancia y cuyo plazo de diez días comienza a contar desde dicha comunicación.

Junto a ello, el artículo el artículo 96 regula la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que puede realizar cualquier interesado, y no ya el titular del crédito a que se refiere el artículo 95, y en este caso el plazo de diez días para la impugnación comienza a contar desde la última de las comunicaciones o publicaciones recogidas en el artículo 95.2 que, a su vez se remite al artículo 23.

De lo anterior resulta claro que un acreedor que se encuentra en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo 95.1 ha de efectuar la reclamación en el plazo de diez días desde la comunicación que le realice de dichas circunstancias la administración concursal, de modo que si no efectúa esa reclamación en dicho plazo no podrá reclamar posteriormente. Pero cualquier impugnación diferente a la referida a su crédito y, en consecuencia, también la relativa al inventario así como cualquier impugnación que efectúe otro interesado deberá realizarse en el plazo de 10 días desde la última comunicación del 95.2 LC. Esto es lógico puesto que cuando la administración concursal comunica a un acreedor que su crédito ha sido excluido de la lista de acreedores, o incluido sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o calificación diferente de las pretendidas, la información que le da es únicamente con relación a dicho crédito pero no respecto a otros posibles créditos de que sea titulares ni mucho menos respecto a la totalidad del inventario y de la lista de acreedores.

Ha de tenerse en cuenta además, que la ley no distingue respecto a cada uno de los interesados si están personados o no, de modo que el plazo señalado es aplicable a todos ellos, con independencia de que por encontrarse personados en el concurso tengan conocimiento del informe antes de la última comunicación. Sostener la postura contraria y mantenida por la administración concursal supondría realizar una interpretación que carece de amparo legal alguno puesto que si la ley, pudiendo hacerlo no distingue, no se debe hacer en su aplicación. Es más, cuando ha querido hacerlo sí lo ha hecho, como sucede respecto a la reclamación del 95.1 puesto que ahí sí es determinante la fecha concreta de comunicación a cada acreedor. Además, daría lugar a notables problemas prácticos en orden a determinar la fecha concreta de comunicación a cada uno de los personados (especialmente teniendo en cuenta la vía especial de comunicación de la TGSS). En todo caso, resulta claro que la finalidad de la ley ha sido establecer para la impugnación del artículo 96 un plazo universal a contar desde una fecha concreta respecto a todos los interesados, sin más excepciones que la recogida en el artículo 95.1.

Sentado lo anterior, resulta claro que la impugnación del inventario realizada por la TGSS ha sido realizada dentro de plazo puesto que tratándose de una impugnación del 96.1 se ha formulado dentro de los 10 días siguientes a la última comunicación recogida en el artículo 95.2 en relación con el artículo 23 LC, esto es, dentro de los diez días posteriores a la comunicación en el BOE de la presentación del informe por parte de la administración concursal, que fue la

1.1.2 Desde la publicación

“**PRIMERO** El auto impugnado acordó no admitir el incidente concursal promovido por la entidad ahora apelante, si bien «hasta tanto no se dé cumplimiento exacto a lo dispuesto en los arts. 95 y 96 de la Ley Concursal». Tales son los términos exactos de su parte dispositiva, pudiendo dar a entender (y más si se ponen en relación con el último párrafo del auto recaído a raíz de la rectificación solicitada por la entidad apelante, en el que se señala que deben «seguir las actuaciones el trámite procesal que le corresponda») que se trata, como apunta la entidad apelante, de una inadmisión provisional en el sentido de que, una vez cumplidas las previsiones de dichos preceptos, se procedería a un pronunciamiento definitivo sobre la admisión de la demanda incidental pero en los mismos autos o incidente ya iniciado. Esto parece que es así sobre todo cuando las actuaciones, según lo señalado en el auto de rectificación, deben seguir el trámite procesal que le corresponda, pronunciamiento que no tiene sentido si se trata de una inadmisión definitiva a la que no le sigue ningún trámite procesal, pues implica la terminación del proceso.

Sin embargo, tanto la providencia posterior al auto inicial de inadmisión (es decir, la providencia de 4 de abril siguiente, en la que se le hace saber a la parte «que puede promover nuevamente el incidente, dentro del plazo que establece el art. 96.1 de la Ley Concursal»), como el contenido de dicho auto de rectificación posterior (que confirma de modo expreso dicha providencia) dan a entender que la inadmisión es definitiva, esto es, que la demanda interpuesta queda inadmitida, aunque sin perjuicio de que la entidad apelante la presente de nuevo en el plazo que señala en dicha providencia, pero ya dando lugar a unos nuevos autos y a un nuevo incidente o procedimiento.

Por otro lado es preciso tener en cuenta, a los efectos del presente recurso y según entiende la Sala, el razonamiento que se contiene en el auto de rectificación, según el cual «atendiendo a lo establecido en el referido artículo 96.1 L.C., caso de habersele notificado por la Administración Concursal el informe emitido, cabe impugnar la Lista de Acreedores e Inventario de Bienes, en el plazo de diez días desde que reciba tal comunicación y, caso contrario, ha de verificarlo dentro de igual plazo desde su publicación en la forma prevista en el art. 23 de dicho Cuerpo Legal, a que nos remite el art. 95.2»

SEGUNDO Las cuestiones que se plantean en el recurso tienen su origen en la demanda incidental presentada por la entidad apelante en la que impugnaba el inventario y la relación de acreedores comprendidos en el informe de los Administradores del que se la había dado traslado, demanda que se presentaba antes de la comunicación de la presentación al Juez de dicho informe, a la que se refiere el art. 95.2 de la Ley Concursal -LC-, comunicación que, según el art. 96.1 de la LC, marca la fecha inicial desde la que se debe contar el plazo de diez para que cualquier interesado pueda impugnar el inventario y la lista de acreedores.

Ciertamente y como señala la parte apelante, puede suscitarse alguna duda respecto del plazo para la impugnación deducida, y si éste es de diez días desde el recibo de la comunicación personal de los Administradores (art. 95.1 LC) o el de diez días a contar desde la comunicación que hace el Juzgado de la presentación del informe (art. 96.1 LC), plazo que comenzaría a contar desde la comunicación por vía de notificación a las partes respecto de los interesados personados o bien por la vía de la publicidad contemplada en el art. 23 LC (al que se remite el art. 95.2 que, a su vez, es remitido por el art. 96.1, ambos de la misma Ley). En este segundo supuesto y como también señala el art. 95.1 LC estaría previsto sólo para las reclamaciones que tengan por conveniente a los administradores concursales.

TERCERO Sobre tal punto la Sala entiende, en la interpretación que más favorece la tutela judicial efectiva (en su vertiente del acceso al proceso o los recursos establecidos), que el plazo para la impugnación es el previsto en el art. 96.1 citado, y ello en la medida en que es común a cualquier interesado y, por tanto y también, a los interesados a los que se refiere el art. 95.1 LC, aunque se les haya dirigido la comunicación personal; se trata, por otro lado, de un plazo breve y común que, precisamente, permite la posibilidad de acumular de oficio distintas impugnaciones a tenor a lo dispuesto en el art. 96.4 LC con una clara finalidad, como es la de que se resuelvan en una misma sentencia todas aquellas que interfieran o conciernan a unos mismos puntos (del inventario o de la lista de acreedores) para evitar que puedan dictarse a resoluciones diferentes o contradictorias sobre tales puntos, respetándose la uniformidad necesaria en la decisión de todas ellas.

Naturalmente ello no impide que, comunicada personalmente a los interesados el informe de los administradores, aquéllos formulen su impugnación sin perjuicio de que tenga que tramitarse a partir de la comunicación prevista en el art. 95.2, pero sin que esa presentación anticipada justifique una decisión de inadmisión, sobre todo a la vista de las dudas suscitadas sobre el plazo. Por otro lado y conforme a lo dispuesto en el art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LECiv-, las demandas sólo pueden inadmitirse por causa expresamente prevista en la Ley, y la presentación anticipada de la demanda de impugnación no está prevista

como causa de inadmisión, por lo que nada impide que se tenga por interpuesta sin perjuicio de que se proceda a su admisión a trámite una vez se inicie el plazo de impugnación.

A lo anterior no se oponen las alegaciones del recurso sobre la intención o voluntad de los administradores de proceder o no a la comunicación del informe por la vía del art. 95.2 citado, cosa más que improbable toda vez que la Administración Concursal ha manifestado no tener recursos para ello, según se señala literalmente en el recurso. Desde luego, la comunicación de la presentación al Juez del informe (que debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23 LC), no es facultativa para los administradores ni para las partes, sino que es legalmente obligatoria en la medida en que viene impuesta en términos imperativos en el art. 95.2 LC, de manera que no se puede eludir y el Juez debe velar por su estricto cumplimiento. Por otro lado, esta Sala desconoce el contenido del informe de los Administradores, pero si el activo de la masa alcanza una cantidad superior a 6.400.000 euros (según se señala en la demanda incidental presentada), no se alcanza a comprender cómo no hay recursos para sufragar la comunicación cuando su coste integra un crédito contra la masa (art. 84.2.2º de la LC), y cuando, por otro lado, no es el informe completo con todo su contenido lo que se tiene que comunicar y publicar en la forma señalada en el art. 23 LC, sino «la presentación al Juez» del referido informe tal y como señala literalmente el art. 95.2 de la misma Ley.

CUARTO En función de lo expuesto entiende la Sala que se debe estimar en parte el recurso formulado y, más en concreto, en su petición subsidiaria, que alude a la necesidad de suspender la tramitación del incidente hasta que se proceda en su caso a la comunicación prevista en el art. 95.2 de la LC. Es decir, lo que procede es tener simplemente por interpuesto el incidente promovido y estar a que se realice dicha comunicación para que, una vez se lleve a cabo, se acuerde lo procedente sobre su admisión definitiva y su tramitación ulterior (con las acumulaciones que procedan en su caso).

Por otro lado esta es la solución procedente, según entiende la Sala, en función de lo expuesto en el auto que denegó la rectificación solicitada; en efecto y si, como se señala en dicha resolución, el plazo para impugnar es el de diez días desde la comunicación personal, a esta comunicación debe asimilarse la notificación que se haga del mismo informe a través del Juzgado como interesado personado en el proceso, de manera que habría que entender interpuesto en plazo la impugnación; incluso podría darse la paradoja de que interpuesta e inadmitida ahora la demanda incidental por su presentación anticipada, se acordara después su inadmisión al presentarse tras la comunicación del art. 95.2 de la LC por entender que la notificación y traslado del informe equivale a su comunicación personal y debió entonces de formularse la impugnación.” : Auto AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 27.06.2005 (**AC 2005/1117**)

“**PRIMERO** Las cuestiones que se plantean en este recurso son, en lo sustancial, las mismas que las suscitadas en el recurso de apelación que dio lugar al rollo núm. 260/05 de esta Sección, en el que se dictó auto el 27 de junio pasado resolviendo dicho recurso. En éste lo que se recurría era una resolución recaída en un incidente promovido en el mismo procedimiento concursal, incidente en el que también se impugnaba la lista de acreedores incluida en el informe presentado por los administradores del concurso; y en dicha resolución lo que se acordaba, al igual que lo decidido en la que es objeto de esta resolución, era no admitir a trámite dicho recurso hasta tanto no se diera cumplimiento exacto a lo dispuesto en los arts. 95 y 96 de la Ley Concursal.

SEGUNDO Pues bien el auto ya mencionado y dictado por esta misma Sección contenía los siguientes fundamentos de derecho:

« **PRIMERO.-** El auto impugnado acordó no admitir el incidente concursal promovido por la entidad ahora apelante, si bien "hasta tanto no se dé cumplimiento exacto a lo dispuesto en el art. 95 y 96 de la Ley Concursal ". Tales son los términos exactos de su parte dispositiva, pudiendo dar a entender (y más si se ponen en relación con el último párrafo del auto recaído a raíz de la rectificación solicitada por la entidad apelante, en el que se señala que deben «seguir las actuaciones el trámite procesal que le corresponda») que se trata, como apunta la entidad apelante, de una inadmisión provisional en el sentido de que, una vez cumplidas las previsiones de dichos preceptos, se procedería a un pronunciamiento definitivo sobre la admisión de la demanda incidental pero en los mismos autos o incidente ya iniciado. Esto parece que es así sobre todo cuando las actuaciones, según lo señalado en el auto de rectificación, deben seguir el trámite procesal que le corresponda, pronunciamiento que no tiene sentido si se trata de una inadmisión definitiva a la que no le sigue ningún trámite procesal, pues implica la terminación del proceso.

Sin embargo, tanto la providencia posterior al auto inicial de inadmisión (es decir, la providencia de 4 de abril siguiente, en la que se le hace saber a la parte "que puede promover nuevamente el incidente, dentro del plazo que establece el art. 96.1 de la Ley Concursal"), como el contenido de dicho de rectificación posterior (que confirma de modo expreso dicha providencia) dan a entender que la inadmisión es definitiva, esto es, que la demanda interpuesta queda inadmitida, aunque sin perjuicio de que la entidad apelante la presente de nuevo en el plazo que señala en

dicha providencia, pero ya dando lugar a unos nuevos autos y a un nuevo incidente o procedimiento.

Por otro lado es preciso tener en cuenta, a los efectos del presente recurso y según entiende la Sala, el razonamiento que se contiene en el auto de rectificación, según el cual "atendiendo a lo establecido en el referido artículo 96.1 L.C., caso de habersele notificado por la Administración Concursal el informe emitido, cabe impugnar la Lista de Acreedores e Inventario de Bienes, en el plazo de diez días desde que reciba tal comunicación y, caso contrario, ha de verificarlo dentro de igual plazo desde su publicación en la forma prevista en el art. 23 de dicho Cuerpo Legal, a que nos remite el art. 95.2".

SEGUNDO Las cuestiones que se plantean en el recurso tienen su origen en la demanda incidental presentada por la entidad apelante en la que impugnaba el inventario y la relación de acreedores comprendidos en el informe de los Administradores del que se le había dado traslado, demanda que se presentaba antes de la comunicación de la presentación al Juez de dicho informe, a la que se refiere el art. 95.2 de la Ley Concursal -LC-, comunicación que, según el art. 96.1 de la LC, marca la fecha inicial desde la que se debe contar el plazo de diez para que cualquier interesado pueda impugnar el inventario y la lista de acreedores.

Ciertamente y como señala la parte apelante, puede suscitarse alguna duda respecto del plazo para la impugnación deducida, y si este es de diez días desde el recibo de la comunicación personal de los Administradores (art. 95.1 LC) o el de diez días a contar desde la comunicación que hace el Juzgado de la presentación del informe (art. 96.1 LC), plazo que comenzaría a contar desde la comunicación por vía de notificación a las partes respecto de los interesados personados o bien por la vía de la publicidad contemplada en el art. 23 LC (al que se remite el art. 95.2 que, a su vez, es remitido por el art. 96.1, ambos de la misma Ley). En este segundo supuesto y como también señala el art. 95.1 LC estaría previsto solo para las reclamaciones que tengan por conveniente a los administradores concursales.

TERCERO Sobre tal punto la Sala entiende, en la interpretación que más favorece la tutela judicial efectiva (en su vertiente del acceso al proceso o los recursos establecidos), que el plazo para la impugnación es el previsto en el art. 96.1 citado, y ello en la medida en que es común a cualquier interesado y, por tanto y también, a los interesados a los que se refiere el art. 95.1 LC, aunque se les haya dirigido la comunicación personal; se trata, por otro lado, de un plazo breve y común que, precisamente, permite la posibilidad de acumular de oficio distintas impugnaciones a tenor a lo dispuesto en el art. 96.4 LC con una clara finalidad, como es la de que se resuelvan en una misma sentencia todas aquellas que interfieran o conciernan a unos mismos puntos (del inventario o de la lista de acreedores) para evitar que puedan dictarse resoluciones diferentes o contradictorias sobre tales puntos, respetándose la uniformidad necesaria en la decisión de todas ellas.

Naturalmente ello no impide que, comunicada personalmente a los interesados el informe de los administradores, aquellos formulen su impugnación sin perjuicio de que tenga que tramitarse a partir de la comunicación prevista en el art. 95.2, pero sin que esa presentación anticipada justifique una decisión de inadmisión, sobre todo a la vista de las dudas suscitadas sobre el plazo. Por otro lado y conforme a lo dispuesto en el art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-, las demandas solo pueden inadmitirse por causa expresamente prevista en la Ley, y la presentación anticipada de la demanda de impugnación no está prevista como causa de inadmisión, por lo que nada impide que se tenga por interpuesta sin perjuicio de que se proceda a su admisión a trámite una vez se inicie el plazo de impugnación.

A lo anterior no se oponen las alegaciones del recurso sobre la intención o voluntad de los administradores de proceder o no a la comunicación del informe por la vía del art. 95.2 citado, cosa más que improbable toda vez que la Administración Concursal ha manifestado no tener recursos para ello, según se señala literalmente en el recurso. Desde luego, la comunicación de la presentación al Juez del informe (que debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23 LC), no es facultativa para los administradores ni para las partes, sino que es legalmente obligatoria en la medida en que viene impuesta en términos imperativos en el art. 95.2 LC, de manera que no se puede eludir y el Juez debe velar por su estricto cumplimiento. Por otro lado, esta Sala desconoce el contenido del informe de los Administradores, pero si el activo de la masa alcanza una cantidad superior a 6.400.000 euros (según se señala en la demanda incidental presentada), no se alcanza a comprender cómo no hay recursos para sufragar la comunicación cuando su coste integra un crédito contra la masa (art. 84.2.2º de la LC), y cuando, por otro lado, no es el informe completo con todo su contenido lo que se tiene que comunicar y publicar en la forma señalada en el art. 23 LC, sino "la presentación al Juez" del referido informe tal y como señala literalmente el art. 95.2 de la misma Ley.

CUARTO En función de lo expuesto entiende la Sala que se debe estimar en parte el recurso formulado y, más en concreto, en su petición subsidiaria, que alude a la necesidad de suspender la tramitación del incidente hasta que se proceda en su caso la comunicación prevista en el art. 95.2 de la LC. Es decir, lo que procede es tener simplemente por interpuesto el incidente promovido y estar a que se realice dicha comunicación para que, una vez se lleve a cabo, se acuerde lo procedente sobre su admisión definitiva y su tramitación ulterior (con las acumulaciones que procedan en su caso).

Por otro lado esta es la solución procedente, según entiende la Sala, en función de lo expuesto en el auto que denegó la rectificación solicitada; en efecto y si, como se señala en dicha resolución, el plazo para impugnar es el de diez días desde la comunicación personal, a ésta comunicación debe asimilarse la notificación que se haga del mismo informe a través del Juzgado como interesado personado en el proceso, de manera que habría que entender interpuesta en plazo la impugnación; incluso podría darse la paradoja de que interpuesta e inadmitida ahora la demanda incidental por su presentación anticipada, se acordara después su inadmisión al presentarse tras la comunicación del art. 95.2 de la LC por entender que la notificación y traslado del informe equivale a su comunicación personal y debió entonces de formularse la impugnación».

TERCERO A tenor de los criterios señalados en dicho auto, de aplicación al caso y que esta Sala se encuentra obligada a seguir en virtud del principio de unidad de doctrina (que, a su vez, es expresión del derecho constitucional a la igualdad), procede también en este caso estimar la petición subsidiaria del recurso, sin que, por ello proceda imposición especial sobre las costas originadas con el mismo.": Auto AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) 26.09.2005 (AC 2005/1733)

“PRIMERO El recurso planteado por la entidad concursada MARICHAL FORWARDING SL sostiene que para la determinación del inicio del cómputo del plazo para impugnar la lista de acreedores o el inventario elaborados por la administración concursal no debe atenderse a la notificación individual recibida por aquella o a la directamente efectuada en el proceso sino a la publicidad general que se contempla en el nº 2 del art. 96 de la LC (la realizada en Internet - artículo 23 de la LC en relación con el RD 685/2005 -y en el tablón de anuncios del Juzgado- artículo 95.2 de la LC). No lo entendió así la resolución recurrida que, considerando aplicable el plazo previsto en el nº 1 del artículo 95 de la Ley Concursal y no el del nº 1 del artículo 96 del mismo texto legal, no admitió a trámite la demanda incidental presentada con ese fin por la concursada, al considerarla extemporánea, tras haber comprobado cuándo se le había notificado a su representación procesal la providencia dictada por el Juzgado acusando recibo del informe de la administración concursal.

SEGUNDO Los antecedentes legislativos pueden ayudar a comprender la génesis de una regulación, como la es la que se contiene en los artículos 95.1 y 96.1 de la vigente Ley, 22/2003, Concursal (LC), claramente contradictoria y problemática. El Proyecto de Ley Concursal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 23 de julio de 2002, núm. 101-1) preveía -en su art. 95.1- un único y común plazo de 15 días para todos los interesados, que se computaría desde la última de las notificaciones o comunicaciones realizadas, fuera ésta la inserción del anuncio en el B.O.E o fuera la comunicación personal a alguno de los acreedores cuyo crédito fuera rechazado o modificado, respecto de la pretensión del acreedor, por la administración concursal en su informe. Durante el trámite parlamentario, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propuso una enmienda, la núm. 628 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15), por la que el art. 95.1 quedaba con la siguiente redacción: "dentro del plazo de diez días a contar desde la inserción del anuncio en el "Boletín Oficial del Estado*(...) cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores. Para el destinatario de la comunicación a que se refiere el número 2 del artículo 94 [el acreedor que hayan sido excluidos o incluidos por cuantía inferior o con calificación distinta de la pretendida], dicho plazo contará desde la fecha de esa comunicación si fuera posterior". Como justificación de la enmienda, se decía: "mejora la redacción anterior, aclarando la diferencia en el cómputo de los plazos de impugnación, según se haya producido comunicación personal o no". Sin embargo, ni la redacción del Proyecto de Ley permaneció en la versión final de la ley, ni tampoco fue acogida la citada enmienda. Y donde el primitivo precepto preveía un término "a quo" para el cómputo del plazo que sería la publicación general o la comunicación personal a los acreedores, según cuál se verificara en último lugar, y la enmienda preveía dos plazos de igual duración, pero con inicio de cómputo distinto para el caso de que la comunicación personal a los acreedores se produjera con posterioridad a la publicación de alcance general, el texto definitivo de la ley, ahora en el art. 96.1, suprimió en la regulación del inicio del cómputo del plazo de impugnación cualquier referencia a la fecha de la comunicación personal a los acreedores, para dejar como único "dies a quo" para el cómputo de tal plazo, reducido de 15 a 10 días, la fecha de "la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior", que a su vez se remite al art. 23 de la Ley Concursal, y que en todo caso se trata de la comunicación edictal de carácter general. El legislador no "cerró" completamente el cambio sufrido por el texto legal en su tramitación parlamentaria, al no modificar la redacción del último inciso del primitivo art. 94-1 del Proyecto de Ley, art. 95.1 de la Ley definitiva, de modo que todavía se prevé que en la comunicación a remitir por la administración concursal a los acreedores cuyo crédito en el informe concursal difiera del comunicado en el plazo de comunicación de créditos, se les señalará "un plazo de diez días desde su recibo para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente".

TERCERO A la vista del texto vigente de la Ley, 22/2003, Concursal lo que puede afirmarse es que no existen dos cauces alternativos para discrepar de la decisión adoptada por la

administración concursal respecto al reconocimiento y calificación de un crédito. Sólo existe uno, el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores que contempla el artículo 96.4 de la Ley Concursal, por más que el art. 95.1 utilice la expresión "reclamación" y el art. 96 emplee la de "impugnación". Aunque el art. 95 de la Ley Concursal impone a la administración concursal la obligación de efectuar comunicaciones personales exclusivamente a determinados acreedores cuyos créditos resultan especialmente afectados por su informe (porque se les excluya el crédito insinuado, se les incluya sin haberlo pedido, se les rebaje la cuantía solicitada o se les califique de modo distinto al que pretendían) y de advertirles de su derecho a reclamar, no ha de olvidarse que tales comunicaciones han de remitirse de modo simultáneo a la presentación del informe en el Juzgado, por lo que la administración concursal no dispone ya de posibilidad de cambiar su contenido, debiendo estarse, en aras a un criterio de seguridad jurídica, a resultados de lo que se resuelva en los correspondientes incidentes concursales, si éstos se suscitasen. De modo que no cabe interpretar que el acreedor pueda optar entre dos vías diferentes para impugnar el criterio de la administración concursal, pues sólo tiene una a su disposición.

CUARTO El plazo de que disponen los interesados para impugnar el inventario y la lista de acreedores es, en cualquier caso, de diez días, y en ello coinciden las previsiones de los artículos 95.1 y 96.1 de la LC. Existe, sin embargo, una palmaria contradicción entre el tenor literal de estos preceptos legales a propósito de cuándo debe iniciarse el cómputo del mismo. Es preciso llegar a una interpretación razonable que salve tal discrepancia, puesto que el análisis de los antecedentes legislativos y los argumentos precedentes advierten de que, a tenor del texto vigente, no hay duplicidad de regímenes impugnatorios. Resulta imprescindible evitar situaciones de incertidumbre de respecto a la fijación del momento hasta el que resulta admisible el planteamiento de impugnaciones contra la lista de acreedores, pues ello condiciona que ésta pueda adquirir el carácter de definitiva y permita entonces el cierre de la fase común del concurso.

Tal contradicción puede ser salvada si no se pierde de vista cuál es la función concreta que vendría a cumplir la notificación del artículo 95.1 de la LC, que exclusivamente sería la de avisar a determinados acreedores, aquéllos cuyos créditos van a aparecer en el informe de modo distinto al que fueron insinuados, para que no les pase inadvertida tal circunstancia y el motivo de la misma, informándoles de su derecho a reaccionar frente a ello, ya que su vocación es que, salvo extraños, preceda a la publicación general. En cambio, la previsión legal del art. 96.1 de la LC tiene vocación unificadora, por lo que se menciona en ella a "cualquier interesado", lo que comprende a todo tipo de acreedor (se hayan aceptado o no sus pretensiones por la administración concursal y, por tanto, según proceda, se le haya enviado o no la comunicación personal) y a otros posibles afectados, con independencia de que estuvieren o no personados en el concurso (y por tanto de que hayan podido recibir noticia al respecto con cierta antelación), debiendo todos ellos atender como única referencia, objetiva y fácilmente determinable para cualquiera, a la publicación general de la presentación del informe, que supondrá el momento de apertura del plazo común para plantear la posible impugnación. Si común fue el plazo para comunicar los créditos (pues así lo establecen los artículos 21.1.5º y 85.1 de la LC), que es la clave para el reconocimiento de los mismos, tiene pleno sentido que también lo sea aquél para impugnar la lista de acreedores elaborada al respecto por la administración concursal (al amparo de la previsión del nº 1 del artículo 96).

Además, la prevalencia de la norma contenida en el artículo 96.1 es también la interpretación más lógica para salvar la mencionada contradicción legal, pues podría peligrar la eficacia y agilidad del proceso concursal, que por definición afecta a una pluralidad de interesados -en muchas ocasiones a centenares e incluso miles de personas físicas y jurídicas-, si se obviase aquél precepto en favor del 95.1, de modo que la progresión del concurso quedase comprometida al albur de la comprobación de la recepción de todas y cada una de esas paralelas comunicaciones individuales, pues el acreedor siempre habrá pedido tener noticia suficiente para actuar en defensa de sus derechos por vía de la publicidad general, que supone garantía bastante para ello, puesto que existe conocimiento previo de la existencia del proceso concursal.

Por último, si no se tratase de un plazo común se generaría incertidumbre sobre cómo computar un lapso temporal cuya expiración va a ser asimismo referente para otras relevantes actuaciones del concurso, no sólo para finalizar la fase común (artículo 111 de la LC), sino también para la posibilidad de manifestar adhesiones a la propuesta anticipada de convenio (artículos 108.1 y 109 de la LC), o, si no mediaren impugnaciones, para la presentación de propuesta de convenio por el concursado (artículo 113.1 de la LC) o para la petición de liquidación por el deudor (artículo 142.1.2 de la LC).

QUINTO En definitiva, el régimen de impugnación del inventario y de la lista de acreedores debe ser, también en cuanto al plazo para impugnar, único y común para todos los interesados. Y el deudor concursado también merece la calificación de "interesado" a los efectos de poder impugnar el inventario y la lista de acreedores que acompañan al informe de la administración concursal. De manera que el tratamiento para su demanda incidental de impugnación debe ser el sometimiento al régimen expuesto, por lo que el plazo para presentarla vencerá, como para los

demás, en diez días desde la publicación general de la presentación del informe (artículos 95.2 y 96.1 de la LC).

SEXTO La aplicación al presente caso de las consideraciones precedentes supone que la demanda incidental de la concursada M&RICHAL PORWARDING SL fue presentada dentro del plazo previsto en el artículo 96.1 de la LC. Por lo que procede la revocación de la resolución recurrida para decretar, en su lugar, que procede la admisión a trámite de la demanda incidental interpuesta por aquélla.”: Auto AP Madrid (Sección 28) 15.02.2007 (JUR 2007/132841)

“Sostiene la administración concursal que la TGSS ha interpuesto extemporáneamente el incidente puesto que el art. 95.1 le señala un término de diez días para impugnar desde que recibe la comunicación de la administración concursal, y no se ha presentado en tal plazo, sino dentro de los diez días siguientes a la providencia que se notifica por este juzgado a tal organismo, que está personado en las actuaciones.

Con apoyo en la interpretación que hace el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 6 de mayo de 2005 (AC 2005\ 817), la administración concursal considera que el término debe computarse desde la comunicación personal a la que alude el art. 95.1 LC , sin que transcurrido aquel pueda «renacer» el plazo por la comunicación hecha en la providencia del juzgado o por su conocimiento, de no estar personada ni haber recibido tal comunicación, a través de las publicaciones en el periódico y el BOE.

El precepto dispone una obligación de la administración concursal, la de comunicar personalmente a los acreedores que han visto alterada su pretensión al comunicar su crédito, que es simultánea al deber de presentar el informe al juzgado. Como ese segundo deber obliga al juzgado a cumplir los deberes de publicidad del art. 95.2 y 3, resulta que al tiempo que se produce la comunicación por la administración concursal el juzgado debe notificar a las partes personadas tal presentación, y realizar las publicaciones que dispone la norma.

Cuando el juzgado procede a cumplir las exigencias del art. 95.2 y 3 comienza la eficacia de la previsión del artículo siguiente, el 96.1. Esa previsión establece que «dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores». El término del art. 96.1 se comienza a computar desde que se comunica por el juzgado a las partes, por un lado, y se da publicidad, por otra, a la presentación del informe.

La primera reclamación, que realiza la administración concursal, sirve para que los afectados «formulen las reclamaciones que tengan por conveniente». Como lamentablemente la norma ha exigido simultaneidad entre la comunicación a los acreedores excluidos o afectados en la calificación pretendida y la presentación del informe, impidiendo que la administración pueda modificar este último a la vista de las reclamaciones de los interesados, que pueden ser tan razonables como asumibles, la única eficacia que produce la mencionada comunicación es advertir a los acreedores que habrán de reclamar en el término de diez días, término que pese a indicarse que es «desde su recibo», no puede impedir que desenvuelva efecto la previsión del art. 96.1 LC .

No es posible que ese término consuma el posterior, que es procesal. Si se admitiera, la comunicación personal a un acreedor personado en el concurso prevalecería sobre la que recibiera su representación procesal, algo incoherente con la regulación concursal, que ha dispuesto un procedimiento en el que rige supletoriamente (D.F.5ª LC) la Ley de Enjuiciamiento Civil . La falta de coordinación entre la comunicación personal, que el acreedor tendría que trasladar a su letrado, y la procesal, mediante Procurador, en la que el abogado confía, generaría una enorme perturbación, sobre todo en el caso de grandes empresas que reciben múltiples comunicaciones, que corren el riesgo de no llegar al despacho del asesor legal a tiempo de presentar la reclamación procedente. Es decir, que el derecho a la tutela judicial, que supone también el acceso al proceso y recursos, padece al admitir que quienes están personados, como es el caso de la TGSS, tengan que atender a una forma de notificación distinta si se trata de la impugnación del informe de la administración concursal.

Esos riesgos han de conjurarse con una interpretación razonable de la Ley Concursal , como la propuesta por el Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2005 (AC 2005\ 1117), que luego reitera en Auto de 26 de septiembre de 2005 (AC 2005\ 1733). En el mismo sentido, es decir, dar eficacia procesal al término del art. 96.1 LC para todos los acreedores se ha pronunciado en la doctrina CORDERO LOBATO O GARRIDO.

A pesar de la exigencia de simultaneidad, que provoca la imposibilidad de la administración concursal de corregir errores aritméticos, materiales, omisiones fácilmente subsanables que los acreedores les pongan de manifiesto, y que evitarían incidentes concursales absurdos y costosos, por la necesidad de postulación, hay que garantizar el derecho de defensa y, por lo tanto, permitir que la impugnación del informe se haga en el plazo y desde el momento que indica el art. 96.1, es decir, en diez días desde la comunicación a que se refiere el art. 95.2, y no el art. 95.1 al que no se alude.

En definitiva, la presentación de la impugnación ha sido temporánea y ha de entrarse a resolver la cuestión de fondo.”: Sentencia JM-1 Bilbao 19.05.2006 (JUR 2006/183441)

“La segunda causa de oposición de la administración concursal frente a la pretensión del trabajador que impugna es que se ha presentado extemporáneamente el incidente, ya que el art. 95.1 LC señala un plazo de diez días para presentar reclamación desde que se recibe la comunicación de la calificación del crédito por la administración concursal, y no desde que se conoce la lista que se presenta en el juzgado.

Para sustentar su interpretación la administración concursal cita el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 6 de mayo de 2005, que efectivamente señala que comunicado el crédito no puede volver a renacer el término de diez días para impugnar cuando se da publicidad al informe, aunque conviene resaltar que dicho auto lo hace destacando que «Del tenor de la demanda incidental se desprende que la impugnación de la lista de acreedores de Dorlast, SL se lleva a cabo, no tanto como consecuencia de la publicación acordada por el Juzgado respecto del informe y los documentos complementarios presentados por la Administración concursal (artículo 95.2 LC), sino por la comunicación personal efectuada por la Administración concursal al acreedor impugnante».

Es decir, que en aquel caso el propio demandante parecía sostener su pretensión como consecuencia de la comunicación personal de la administración concursal realizada conforme al art. 95.1, y no en el previsto en el art. 96.1, supuesto que nos ocupa. En efecto, el problema que plantea la regulación vigente es que obliga a la administración concursal a comunicar la exclusión, inclusión sin comunicación previa, por cuantía inferior a la comunicada o con calificación diferente de la pretendida, otorgando un término de diez días para reclamaciones, y «simultáneamente», a presentar su informe al juzgado, con lo que no puede modificarlo atendiendo a las pretensiones que los acreedores le hagan en ese plazo, por muy razonables que pudieran parecerle.

A ello se une que el Juzgado tiene la obligación de verificar la publicidad prevista en el art. 95.2 y 3, por remisión del art. 96.1. Es a partir de ese momento cuando comienza el término legal, que dispone se puede impugnar «dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores».

Mientras que el art. 95.1 concede un término de diez para que los acreedores «formulen las reclamaciones que tengan por conveniente», el art. 96.1 establece otro, también de diez días, para que procesalmente pueda impugnarse, por los trámites del incidente concursal, la conformación y contenido de las listas de masa activa y pasiva.

La Ley genera el problema al plantear la simultaneidad en la remisión de comunicaciones y la presentación del informe al juzgado. Si no lo hubiera hecho, la administración concursal, de estar en plazo, podría remitir previamente las comunicaciones y a la vista de las reclamaciones que realizaran los acreedores, modificar el informe a presentar al juzgado incluyendo aquellas que considerara admisibles.

Pero al no verificarlo sitúa al acreedor en una situación de relevante inseguridad jurídica. Si no utiliza la vía del art. 95.1, puede ver cerrada, como pretende ahora la administración concursal, la impugnación del art. 96.1, situando al acreedor colaborador, que recoge las comunicaciones con acuse de recibo, en peor situación, que los que se niegan a verificarlo, rechazando la comunicación postal, y prefieren utilizar su derecho a examinar en cualquier momento los autos, como autoriza el art. 185, o que el acreedor que hizo el esfuerzo de comparecer en el procedimiento concursal, atendiendo los gastos necesarios para cumplir los requisitos de postulación, pero luego no puede impugnar en el término previsto en el art. 96.1 LC.

Tal incoherencia obliga, como en tantos otros casos, a realizar una lectura integradora de la norma, tendiente a evitar tal inseguridad jurídica y garantizar el derecho a la tutela judicial. Por ello habrá que concluir que el efecto que produce el plazo del art. 95.1 es que los acreedores podrán ir preparando su impugnación, sin impedir que desenvuelva efecto la previsión del art. 96.1 LC.

Hay además argumentos procesales que avalan esa postura. Si hubiera que estar a la comunicación personal, en lugar de a la procesal de quien está personado, el letrado de la parte se vería en una comprometida situación, pues confía en la comunicación a través del Procurador y desconoce, si el acreedor tiene una dimensión de alguna importancia, que se ha recibido la comunicación personal, una carta con acuse de recibo que pasará a los departamentos respectivos hasta que termine en la asesoría legal y llegue a su destino, seguramente fuera de plazo, en franca contradicción con las previsiones de la LECiv, a las que se remite con carácter supletorio la DF 5ª LC.

Los tribunales tienen que garantizar el acceso al proceso y recursos, manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24. La doctrina constitucional obliga a interpretar las normas procesal para posibilitar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (STC 135/1986 [RTC 1986, 135], 137/1987 [RTC 1987, 137], 213/1990 [RTC 1990, 213]) y a realizar el cómputo de plazos procesales de manera favorable a la admisión del proceso o los recursos (STC 121/1993 [RTC 1993, 121]).

Por ello algún tribunal ya ha hecho la lectura que aquí se sugiere, la más acomodada a la Constitución. Así los Autos de la AP Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2005 (AC 2005, 1117), y 26 de septiembre de 2005 (AC 2005, 1733).

De lege ferenda sería razonable suprimir la exigencia de simultaneidad, que evitaría numerosos incidentes absurdos. Reclamar la corrección de errores aritméticos, de transcripción, omisiones fácilmente subsanables, o incluso reclamaciones que la administración concursal perciba como asumibles y fundadas, sería posible si la exigencia no fuera simultánea, porque previamente se remitiría la comunicación a la que se refiere el art. 95.1 LC y luego, con las modificaciones precisas del informe de la administración concursal, se facilitaría al Juzgado un informe con las listas corregidas, sin obligar al acreedor a recurrir al incidente concursal, y en consecuencia a los servicios de un abogado y un procurador (art. 184.3 LC).

Todo ello permite concluir que pese a la denuncia de administración concursal, la impugnación presentada por el trabajador lo ha sido en plazo y ha de resolverse la cuestión de fondo.”: SJM-1 Bilbao 19.05.2006 (AC 2007/65)

1.1.3 Desde la comunicación, aunque fue posterior a la publicación

“PRIMERO.- Impugna el auto dictado con fecha 17 de febrero de 2006 la representación de CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD. La resolución establece que la demanda de dicha entidad no se presentó dentro del plazo de diez días a que se refiere el art. 96. 1 de la Ley Concursal (LC), consecuencia de lo cual supone la inadmisión a trámite del incidente.

SEGUNDO.- La demanda tuvo entrada en el Juzgado nº Uno de lo Mercantil de Oviedo con fecha 17 de noviembre de 2005, y en ella suplicaba tuviera por planteado incidente concursal sobre reconocimiento de un crédito excluido de la lista de acreedores obrante en el Informe de la Administración Concursal en el concurso de la AGENCIA DE TRANSPORTES HIJOS DE FERNANDO ÁLVAREZ SL.

En el escrito del recurso la representación de CAJA ESPAÑA apunta que recibió a través del Servicio de Correos carta personalizada de la Administración Concursal, depositada el día 2 de noviembre de 2005 en la correspondiente oficina, siendo recogida por la destinataria al día siguiente; y señala al mismo tiempo que también la Lista de Acreedores fue expuesta en el Tablón de Anuncios del Juzgado el día 31 de octubre anterior. Con apoyo en estos hechos, señala que la resolución ha vulnerado el art. 95. 1 de la LC, puesto que el plazo de diez días terminaba el mismo en que se presentó la demanda incidental, restando aún el "día de gracia", es decir el siguiente hasta las catorce horas.

TERCERO.- Evidentemente, se trata de la interpretación de algunos preceptos de la LC que es realizada de manera diametralmente opuesta por la parte apelante, por un lado, y por la apelada, Administración Concursal, y por el Magistrado de Instancia, por el otro.

Deben tomarse en consideración los artículos 95 y 96 de aquella Ley. El 95. 1 dice: "La administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal, por cualquier medio que acredite su recibo, a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o con calificación distinta a las pretendidas, indicándoles estas circunstancias y señalándoles un plazo de diez días desde su recibo para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente". Por su parte, el 96. 1 que se refiere a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores señala: "Dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa".

En realidad se trata de dos plazos distintos, puesto que cada uno de ellos afecta a legitimados diferentes en la impugnación: a) El artículo 95. 1 se refiere a los interesados excluidos, a los incluidos sin comunicación previa del crédito, a los incluidos por cuantía inferior a la pretendida, o incluidos con calificación distinta a la que puedan considerar les corresponde; b) El artículo 96. 1 se refiere a aquellos otros interesados que no se encuentran en ninguna de las situaciones enumeradas en el artículo 95, quienes no tienen derecho a recibir comunicación personal por cualquier medio que acredite su recibo, y que han de alcanzar aquel conocimiento a través de la exposición en el tablón de anuncios del juzgado, conforme señala el apartado 2 del artículo 95, al que se remite expresamente el artículo 96. Dicho en otros términos, el plazo de diez días, común a cualquier interesado en la impugnación tiene un cómputo diferente, si bien desde el momento mismo en que pueden tener acceso a conocer la lista de acreedores con la naturaleza atribuida a cada uno de los créditos: quienes tienen derecho a la comunicación personal deberán presentar su demanda incidental en diez días contados desde "su recibo"; quienes no tienen ese derecho deberán computar el plazo desde la exhibición de la lista en el tablón del juzgado.

Puesto que acreditado quedó que aquella comunicación personal, si bien remitida con un simple certificado, que podría considerarse no es mediante el empleo "de cualquier medio que acredite su recibo", llegó a la entidad apelante el día 3 de noviembre de 2005 (extremo éste nunca rechazado por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de AGENCIA DE TRANSPORTES HIJOS DE FERNANDO ÁLVAREZ SL), deberá iniciarse el correspondiente cómputo desde el día

siguiente, día 4, excluyéndose tanto los festivos como los sábados, alcanzando dicho término hasta el día 17, fecha en que fue presentada la demanda, teniendo también razón el recurso en cuanto a que habría sido posible, y por tanto válida su presentación, en el día siguiente, 18 del mismo mes.

Debe estimarse el recurso en cuanto al primero de los motivos, es decir la admisión a trámite del incidente.”: Auto AP Asturias 19.12.2006 (JUR 2007/38056)

1.2 Impugnación por acreedor no notificado personalmente: cómputo desde la publicación

“Primero.- La representación en autos de de la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA solicitaba que se procediera a la modificación del informe de la administración concursal procediendo a calificar conforme a la última de las certificaciones aportadas, de igual modo solicitaba la exclusión del inventario del activo el IVA soportado.

La administración concursal en su escrito de alegaciones de 13 de enero considera extemporánea la impugnación por haberse presentado transcurrido el término de 10 días desde la remisión a la AEAT del fax comunicándole la providencia teniendo por presentado el informe de la administración concursal.

A la vista del contenido del artículo 95 de la Ley concursal debe rechazarse la alegación de extemporaneidad alegada por la administración concursal puesto que el mencionado artículo habilita tres mecanismos para que los acreedores conozcan las modificaciones que el informe pueda contener respecto del crédito insinuado:

1) La comunicación que la administración concursal debe realizar a los interesados cuyos créditos hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa o por cuantía inferior o calificación distinta.- No consta que la administración concursal haya realizado esta primera comunicación.

2) La comunicación o publicidad formal del artículo 95.2 referida no sólo a la providencia teniendo por presentado el informe sino a la documentación complementaria - en este caso el propio informe.- Con la Tesorería, al igual que con otros organismos públicos, se remitía el informe por correo electrónico normalmente en las fechas inmediatamente posteriores a su efectiva presentación salvo que, por problemas informáticos, no pudiera hacerse esa remisión demorándose en el tiempo.- En este caso la remisión del informe por vía telemática se demoró una semana.

3) La remisión que el artículo 95.2 de la Ley hace al artículo 23 del mismo texto exige que el Juez garantice, en el caso de comunicaciones telemáticas, la seguridad e integridad de las comunicaciones.- La remisión de la providencia por fax permite conocer que el interesado ha conocido el contenido de la providencia pero no garantiza que haya tenido acceso cierto al contenido del informe con el concreto tratamiento de su crédito.

Por lo tanto la fecha de cómputo inicial del plazo para impugnar prevista en el artículo 96.1 de la ley no puede convertirse en un mero reflejo automático de la constancia de la fecha de comunicación de la resolución en la que se advierte de la presentación del informe, sino que debe buscarse la garantía de que el contenido del informe es efectivamente conocido por el interesado, cuando no hay constancia de que el interesado haya podido conocer las modificaciones que afectan a su crédito por el cauce previsto en el artículo 95.1 no parece ajustado a las mínimas garantías procesales abrir plazos de impugnación sin tener previa constancia del puntual conocimiento del contenido material de las decisiones de la administración concursal que justificarían la impugnación.”: Sentencia JM-3 Barcelona 24.02.2006 (JUR 2006/113969)

2 OBJETO DE ESTE INCIDENTE

2.1. Interpretación restrictiva

“CUARTO Objeto de la impugnación de la lista de acreedores

Conforme al artículo 96.3 de la Ley Concursal el objeto de la acción de impugnación de la lista de acreedores es el de solicitar la inclusión o exclusión de créditos así como la determinación de la cuantía y clasificación de los reconocidos. Conforme a la doctrina más autorizada la impugnación constituye «un mecanismo por el cual los interesados hacen valer sus derechos frente a la actividad de formación de la masa activa y de la masa pasiva desarrollada por la administración concursal. De este modo, la actividad de la administración concursal queda sujeta a la revisión judicial siempre que los interesados consideren que no se han respetado los derechos que les corresponden» (José M^a Garrido en la obra colectiva Comentario de la Ley Concursal, coordinada por los profesores Rojo y Beltrán para la editorial Thomson-Cívitas).

El plazo para la impugnación es muy reducido -10 días desde la última de las publicaciones- y el sistema de recursos al que queda sometido el incidente es también limitado dado que no cabe apelación directa sino que hay que aguardar a la fase de convenio o liquidación para poder

materializar la apelación anunciada en la fase común. El trámite de impugnación se convierte en uno de los momentos de mayor trascendencia en el proceso concursal:

a) Porque, tal y como advierte la doctrina, es el momento en el que el Juez puede fiscalizar a instancia de los interesados la actuación de los administradores en la «decantación» de las masas.

b) Porque el informe de la administración concursal supone la culminación de la fase común y, por regla general supone un lapso procesal necesario para conocer cual es el verdadero destino del concurso y para conciliar si los datos facilitados por el concursado respecto de su activo y pasivo se corresponden con la situación real de dichas masas.

c) Porque ese trámite de impugnación es uno de los «cuellos de botella» del procedimiento que normalmente compromete el normal desarrollo del procedimiento ya que la tramitación de las impugnaciones demora la apertura de las fases de liquidación o convenio. Por estas razones deben extremarse las precauciones al objeto de evitar que en la impugnación puedan ventilarse cuestiones ajenas a la misma.

Todas estas consideraciones tienen sentido para analizar si el objeto de lo pretendido por Bansalease en su impugnación se puede enmarcar dentro de la acción regulada en el artículo 96 y concordantes de la Ley Concursal, planteando en todo caso una interpretación restrictiva del alcance de la acción de impugnación de la lista de acreedores y el inventario:

1) La solicitud de que se proceda a «la entrega de los bienes afectos» recogida en la parte final del suplico de la demanda de impugnación no hace sino introducir en trámite de impugnación de créditos la actuación prevista en el artículo 80 de la Ley Concursal, pretensión que debe ser rechazada puesto que el artículo 80 de la Ley Concursal establece que la decisión sobre la entrega corresponde a la administración concursal y la fiscalización de esa devolución al juez por medio de la correspondiente demanda de incidente concursal. No puede admitirse que la impugnante busque un pronunciamiento judicial favorable a la devolución o entrega fuera del cauce del artículo 80 de la Ley Concursal.

2) La lista de créditos contra la masa no forma parte del informe de la administración concursal, los acreedores contra la masa no son acreedores del concurso y, por lo tanto, quedan fuera de la lista regulada en el artículo 94 de la Ley. Cuestión distinta es que el legislador considere conveniente, a efectos operativos, que se incluya una relación separada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, relación en la que se detallan y cuantifican dichos créditos. La Ley concursal establece en el artículo 154.2 de la Ley concursal que la calificación y pago de los créditos contra la masa se ventilará por el trámite del incidente concursal, incidente que no es el previsto en el artículo 96 de la Ley, sino el genérico regulado en el artículo 192 de la Ley concursal. Las posibilidades de acumulación de incidentes en cuanto a la impugnación del informe de la administración concursal prevista en el artículo 96.2 debe defenderse respecto de la lista de acreedores, mayores problemas podría tener acumular en el incidente de impugnación pretensiones de distinta naturaleza que afectan a derechos y actuaciones distintas de las de la fiscalización de la lista y el inventario. Bansalease en su escrito de 30 de diciembre incluye acciones de distinta naturaleza y, concretamente, solicita pronunciamientos que afectan a la calificación de los créditos concursales -incluidos y excluidos- pero también a la conformación de los créditos contra la masa.

3) Conforme al artículo 61.2 de la Ley concursal la declaración de concurso no afectará por sí sola a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. De igual modo el artículo 62.1 respecto de esos mismos contratos advierte que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. El juego de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal determinan que la solicitud de concurso y la declaración del mismo no suponga la resolución de los contratos que el concursado pueda tener con terceros -siendo nula la cláusula que de modo automático así lo establezca- y que hayan de abrirse cauces procesales específicos -comparecencias e incidentes- para decidir sobre el mantenimiento y/o resolución de los contratos en vigor bien porque haya incumplimientos por las partes, bien porque el contrato no resulte de interés para el concursado. Fruto de estas comparecencias e intereses la Ley concursal establece una serie de normas sobre la consideración de los créditos pendientes como créditos contra la masa o créditos concursales. En este caso la mercantil Bansalease pretende obtener pronunciamientos que afectan a los créditos derivados de los contratos de leasing o de renting previstos en los artículos 61 y 62 pero eludiendo el trámite derivado de dichos artículos, es decir, se pretende la inclusión en la lista de acreedores o en el anexo de créditos contra la masa de unos créditos derivados de cuotas vencidas o pendientes sin la previa resolución de los contratos o la previa declaración de continuación de los mismos. A falta de un pronunciamiento expreso sobre la resolución de los 14 contratos de referencia -10 de renting y 4 de leasing- debe considerarse que los mismos siguen en vigor.”: SJM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC2006\140)

2. 2 Impugnación de la relación de créditos contra la masa

“1. ¿Se puede acumular a la impugnación de créditos de la lista de acreedores, la

impugnación por inclusión o no de créditos contra masa?

La impugnación prevista en el artículo 96 se refiere a la de la lista de acreedores, que recoge los créditos concursales (artículo 94) y no a de los créditos contra la masa, que van en relación separada (94.4), y aunque cualquier acción relativa a su calificación o pago también se ejercita ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 154. 2), existen razones de claridad, sistemática y orden que justifican que no se tramiten conjuntamente al ser la sección tercera donde se tramitan en tanto que las relativas a la impugnación ex art. 96 en la cuarta (art. 183) En sentido contrario se puede alegar que no hay incompatibilidad así como razones de economía procesal y celeridad, a fin de evitar duplicidad de vista (si esta se admite) ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, IMPUGNACION DE CREDITOS, 1

2.2.1 Admisibilidad

“PRIMERO No puede prosperar la excepción de inadecuación de procedimiento invocada por la Administración Concursal con base en los arts. 96 y 154 de la Ley Concursal en razón a las siguiente consideraciones:

1.-Si bien es cierto que los créditos contra la masa no integran -por definición y a tenor del art. 84-1 de la Ley Concursal- la masa pasiva del concurso, no lo es menos que, a la hora de determinar la estructura y contenido de la «lista de acreedores», el art. 94 obliga a incluir, además de sendas relaciones de acreedores incluidos y excluidos (en inequívoca referencia a lo que constituyen verdaderos créditos concursales), una relación separada en la que «... se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago». De ahí que si -pese a su naturaleza- la relación de créditos contra la masa se ha de integrar estructuralmente, aunque con separación, dentro de la «lista de acreedores», nada parece oponerse a que la realidad o la cuantía de dichos créditos sea objeto del incidente impugnatorio especialmente contemplado en el art. 96 de la Ley, precepto referido, precisamente, a la impugnación del «inventario» y/o de la «lista de acreedores».

2.-Aun cuando así no se entendiera por interpretarse que la relación separada de créditos contra la masa no forma parte estructural de la «lista de acreedores», nada impediría, en principio, la sustanciación de un incidente concursal como el aquí planteado a la luz del art. 192-1 de la Ley Concursal a cuyo tenor «... Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal». Por lo que, más allá del problema puramente formal relativo a la susceptibilidad de inordinación del presente incidente dentro del circunscrito ámbito del art. 96, lo cierto es que el mismo habría de ser en todo caso sustanciado desde el momento en que, cuando menos en relación con el problema relativo a la existencia de los créditos insinuados por la incidentante en el momento de la confección del Informe de la Administración Concursal, los posicionamientos encontrados de las partes evidencian el surgimiento de una auténtica controversia de proyección concursal.”: S JM-2 Madrid 1.03.2006 (AC 2006\414); en idénticos términos, Sentencia JM-2 Madrid 1.03.2006 (JUR 2006\104507)

2.2.2 Inadmisibilidad

“2) La lista de créditos contra la masa no forma parte del informe de la administración concursal, los acreedores contra la masa no son acreedores del concurso y, por lo tanto, quedan fuera de la lista regulada en el artículo 94 de la Ley. Cuestión distinta es que el legislador considere conveniente, a efectos operativos, que se incluya una relación separada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, relación en la que se detallan y cuantifican dichos créditos. La Ley concursal establece en el artículo 154.2 de la Ley concursal que la calificación y pago de los créditos contra la masa se ventilará por el trámite del incidente concursal, incidente que no es el previsto en el artículo 96 de la Ley, sino el genérico regulado en el artículo 192 de la Ley concursal. Las posibilidades de acumulación de incidentes en cuanto a la impugnación del informe de la administración concursal prevista en el artículo 96.2 debe defenderse respecto de la lista de acreedores, mayores problemas podría tener acumular en el incidente de impugnación pretensiones de distinta naturaleza que afectan a derechos y actuaciones distintas de las de la fiscalización de la lista y el inventario. Bansalearse en su escrito de 30 de diciembre incluye acciones de distinta naturaleza y, concretamente, solicita pronunciamientos que afectan a la calificación de los créditos concursales -incluidos y excluidos- pero también a la conformación de los créditos contra la masa.”: SJM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC2006\140)

“Admite la administración concursal que la Hacienda Pública tiene un crédito contra la masa de 8.307´12 euros, pero conviene precisar que la impugnación del informe no puede referirse a los créditos contra la masa, art. 96.3 LC, ya que el cauce de su reclamación y su discusión viene previsto en el art. 154 LC. Pero dado que conforme lo dispuesto en el art. 94.4 la lista de acreedores debe de incluir, en anexo separado, los contra la masa devengados y no satisfechos,

es necesario, para evitar equívocos que se modifique tal relación. “: Auto JM-4 Barcelona 04.04.2005 (Incidente Concursal 82/2005)

“SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo la administración concursal se opone a que las cuestiones respecto a los mismo puedan ventilarse en el incidente concursal, además de manifestar haber sido ya abonados. Se comparte el criterio de la administración concursal, ya que la impugnación de la lista de acreedores no es sede adecuada para dirimir las divergencias relativas a los créditos contra la masa, ya que conforme al art. 154.2 LC, “las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal”, pero no a través de la impugnación de la lista de acreedores que se reserva a los créditos concursales.”: Sentencia JM-1 Sevilla 07.02.2006 (JUR 2006/150150)

“Desde otro punto de vista, en la línea pedagógica de los primeros tiempos de estos incidentes concursales, tiene que asumirse un fallo atinente a créditos contra la masa, por la exclusiva razón de que, en este caso, suponen modificación de la lista de acreedores, en tanto que tocan a créditos concursales privilegiados especialmente por ser cuotas de "leasing", mientras que, en otro caso, se tendría que considerar inadecuado pronunciarse en estas impugnaciones, en uno u otro sentido, acerca de créditos contra la masa. La disciplina litigiosa de tales corresponde al incidente concursal de art. 154.2 LECO, sin que le relación separada de los insatisfechos a la fecha de emisión del Informe pueda ser objeto de impugnación ex art. 96 LECO, que sólo se refiere a los textos del Informe, inventario y lista de acreedores, y no a los anejos legales a tales.”: Sentencia JM-2 Bilbao 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06)

2.3 No cabe acumular la acción de entrega de bienes de dominio ajeno, que ha de tramitarse por el cauce del art. 80

“1) La solicitud de que se proceda a «la entrega de los bienes afectos» recogida en la parte final del suplico de la demanda de impugnación no hace sino introducir en trámite de impugnación de créditos la actuación prevista en el artículo 80 de la Ley Concursal, pretensión que debe ser rechazada puesto que el artículo 80 de la Ley Concursal establece que la decisión sobre la entrega corresponde a la administración concursal y la fiscalización de esa devolución al juez por medio de la correspondiente demanda de incidente concursal. No puede admitirse que la impugnante busque un pronunciamiento judicial favorable a la devolución o entrega fuera del cauce del artículo 80 de la Ley Concursal.”: SJM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC2006\140)

“Segundo.- Respecto del ejercicio de un derecho de separación que se insinúa en la vista al amparo del artículo 80 de la Ley Concursal ya se ha advertido y ahora se reitera que ni era el cauce ni el marco adecuado para reclamarlo ya que el artículo 80 y el 81 establecen el cauce adecuado.”: Sentencia JM-3 Barcelona 13.05.2005 (Incidente Concursal 156/2005)

“PRIMERO.- En el presente incidente [*impugnación del inventario y lista de acreedores*] la parte actora, la entidad Agricultura y Mercados S.A (en adelante AGRIMESA) pretende se dicte sentencia por la que se declare que la deuda de AGRIMESA frente a la concursada, por operaciones comerciales asciende a la cantidad de 528,16 euros y por fianzas a la de 6.147,54 euros, así como a que se le autorice para proceder a retirar del domicilio de la concursada las 450 cajas de su propiedad consignadas como “Existencias de tercero” en el informe. (...)

“TERCERO.- Finalmente, en cuanto a la autorización interesada en último lugar por la actora incidental no procede su acogimiento toda vez que dicha pretensión deberá ejercitarse en su caso a tenor de lo previsto en el art. 80 de la Ley Concursal, que regula la denominada “separatio ex iure dominio”.”: Sentencia JM-1 Murcia 29.11.2006 (Incidente Concursal 141/2006)

2.4 No cabe eludir el incidente de los arts 61-62

“3) Conforme al artículo 61.2 de la Ley concursal la declaración de concurso no afectará por sí sola a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. De igual modo el artículo 62.1 respecto de esos mismos contratos advierte que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. El juego de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal determinan que la solicitud de concurso y la declaración del mismo no suponga la resolución de los contratos que el concursado pueda tener con terceros -siendo nula la cláusula que de modo automático así lo establezca- y que hayan de abrirse cauces procesales específicos -comparecencias e incidentes- para decidir sobre el mantenimiento y/o resolución de los contratos en vigor bien porque haya incumplimientos por las partes, bien porque el contrato no resulte de interés para el concursado. Fruto de estas comparecencias e intereses la Ley concursal establece una serie de normas sobre la

consideración de los créditos pendientes como créditos contra la masa o créditos concursales. En este caso la mercantil Bansalease pretende obtener pronunciamientos que afectan a los créditos derivados de los contratos de leasing o de renting previstos en los artículos 61 y 62 pero eludiendo el trámite derivado de dichos artículos, es decir, se pretende la inclusión en la lista de acreedores o en el anexo de créditos contra la masa de unos créditos derivados de cuotas vencidas o pendientes sin la previa resolución de los contratos o la previa declaración de continuación de los mismos. A falta de un pronunciamiento expreso sobre la resolución de los 14 contratos de referencia -10 de renting y 4 de leasing- debe considerarse que los mismos siguen en vigor.”: SJM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC2006\140)

2. La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos.

Art. 96.2

1. Impugnación de las valoraciones de los bienes inventariados. Desestimación: valoración prudente

“**PRIMERO** Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal, que dimanen de los autos de concurso voluntario de acreedores núm. 125/2005 que se sustancian en este Juzgado y en cuyo seno aquélla ha venido declarada en concurso, pretensión de revisión de las valoraciones de bienes incorporadas al inventario que ha venido elaborado por el Administrador concursal e incorporado a su informe «ex» artículo 75 de la Ley Concursal.

SEGUNDO Dispone el artículo 75 de la Ley concursal, con la rúbrica de «Estructura del informe», lo siguiente:

«1. El informe de la administración concursal contendrá:

1º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2º del apartado 2 del artículo 6.

2º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6.

Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por 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.

3º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.

2. Al informe se unirán los documentos siguientes:

1º Inventario de la masa activa.

2º Lista de acreedores.

3º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado.

3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso».

Resulta indudable que el informe de la administración concursal conforma un eje central del proceso concursal, en cuanto que hasta ese momento el devenir procesal se ha producido en base a las circunstancias evidenciadas a partir de los estados contables y demás datos aportados por el deudor, que pueden no ajustarse a la realidad. Por el contrario, el informe de la administración concursal ya supone una comprobación objetiva del estado de la situación económica y patrimonial del deudor, con detalle de su activo (inventario de la masa activa) y de su pasivo (lista de acreedores). El contenido del informe presenta un marcado carácter económico-contable, aunque también se integra con elementos jurídicos (v. gr., graduación de créditos).

La Ley establece un contenido del informe especialmente detallado, hasta con cuatro apartados diferenciados: análisis de los datos y circunstancias de la memoria presentada por el deudor, estado de su contabilidad, memoria de la actuación de la administración concursal y exposición acerca de la situación patrimonial del deudor (ex núm. 3 del precepto). Además, al informe se unen tres documentos económico-jurídicos, a saber: inventario de la masa activa, lista de acreedores y, en su caso, evaluación de las posibles propuestas de convenio.

En lo que ahora nos interesa, conforme al núm. 3 del precepto, debe realizarse una *exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso*. Se trata de una redacción general y discursiva acerca de cuál es, en la inteligencia de la administración concursal, la situación patrimonial del deudor. Después de analizar su historia económica y jurídica en los últimos tres años, y las causas alegadas del concurso (artículo 75-1-1º), de examinar y enjuiciar la contabilidad de los tres últimos ejercicios (artículo 75-1-2º), de inventariar el activo y determinar el pasivo (artículo 75-2-1º y 2º), así como en su caso, valorar las propuestas de convenio presentadas (artículo 75-2-3º), se trata de efectuar una valoración

global de cuál sea la situación económica real del concursado, debiendo significarse cualquier circunstancia relevante para la ulterior tramitación del concurso.

Como documentos anexos al informe de la administración concursal siempre se incorporarán el inventario de la masa activa y la lista de acreedores. De esta forma, y aun cuando sea de modo provisional, se conocerán el valor del activo y del pasivo, de forma que los acreedores y el deudor concursado dispongan de datos objetivos para poder valorar la conveniencia y oportunidad de un convenio o concluir que la solución del concurso pasa por la liquidación. Y se dice que se trata de una fijación provisional en cuanto que es dable sostener impugnación frente a los particulares comprendidos, a sustanciar por los trámites del incidente concursal ex artículos 95 y 96 de la Ley concursal.

El inventario de la masa activa viene regulado fundamentalmente en los artículos 76 a 83 de la Ley concursal. De los bienes poseídos por el deudor han de separarse los de propiedad ajena (artículos 80 y 81) en tanto que deben reintegrarse a la masa aquellos que hubieren salido de su patrimonio de forma perjudicial, con arreglo a los artículos 71 a 73.

Pues bien, de todo ello, analizada la última ratio de la discrepancia surgida entre la concursada y la Administración concursal en punto a la valoración del inventario del activo de la titularidad de aquélla, considerando en gran medida las aclaraciones y justificaciones que vienen esgrimidas con ocasión de la contestación a la demanda en el seno del presente incidente concursal, no puede por menos que venir a confirmarse la prudente valoración económica que se ha llevado a efecto por parte del Administrador concursal, lo que no empece en absoluto que, en última instancia -y ello sería ciertamente lo deseable- pudiere llegar a obtenerse un precio superior. Y tal consideración se desarrolla en atención a desterrar, no ya puros voluntarismos subjetivos en punto a la valoración, lo que desde luego cabe erradicar en este momento y tal vez fuere la preocupación de la deudora concursada en cuanto a la eventualidad de venirse a apreciar un supuesto iuris tantum de culpabilidad -lo que no es, ciertamente, el caso por lo que a este particular se refiere-, sino antes bien en orden a mantenerse por parte del órgano de intervención criterios plausibles ante terceros y atendida la publicidad que cabe dispensar al informe de la Administración concursal, y la fase de liquidación a la que, ya deducida que ha sido la oportuna solicitud en este sentido por el deudor concursado, se ve abocado el procedimiento.": Sentencia JM-1 Valencia 13.07.2005 (AC 2005/1558)

3. La impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos.

Art. 96.3

1. Caso de los créditos no comunicados previamente

Interpretación sui generis del JM-1. Madrid No cabe por esta vía incluir créditos no comunicados antes del fin del plazo para la presentación del informe de la administración concursal. Tales créditos quedan fuera del concurso y no son incluíbles ni como subordinados

“**TERCERO** Dadas las circunstancias de hecho, la cuestión que se suscita es la de los efectos de la falta de insinuación tempestiva en el concurso. Esta cuestión fue resuelta por este Juzgado mediante Auto de fecha 10 de marzo de 2005 en los autos de concurso voluntario núm. 18/04 en el sentido de no atribuir a las comunicaciones extemporáneas, esto es, fuera del término que el artículo 74.1 LC concede a la Administración concursal para la presentación del informe, ninguna eficacia en el ámbito del concurso. Y debe considerarse comunicación extemporánea la que se lleva a cabo mediante la demanda de impugnación de la lista de acreedores.

La conclusión a la que acabamos de aludir, debe ser aquí mantenida. Para ello debemos partir de los plazos que la Ley Concursal marca para la Administración concursal a fin de que confeccione el informe y los documentos que han de serle unidos, en especial, la lista de acreedores (artículo 75.2.2º LC). El artículo 74.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), impone a la administración concursal el deber de presentar el informe en el plazo de dos meses -prorrogable por otro si concurren, y se justifican, circunstancias extraordinarias (artículo 74.2 LC)- a contar desde la aceptación del cargo de al menos dos de sus miembros. El otro plazo que debe ser tenido en cuenta para resolver la cuestión que se suscita es el que la Ley concede a los acreedores para que insinúen su crédito en el concurso. A tal efecto, el artículo 21.1.5º LC concede a los acreedores del concursado el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el Auto de declaración del concurso. En el supuesto, que es el que debemos considerar, en el que el término para la comunicación de créditos expire con anterioridad al que corresponde a la Administración concursal para la presentación de su informe, podemos contemplar tres hipótesis distintas que derivan de la combinación de los dos plazos a los que acabamos de aludir más arriba. La primera, consistente en que el acreedor del concursado comunique su crédito dentro del plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC. La segunda, que el acreedor comunique su crédito una vez

transcurrido el plazo del mes previsto el artículo 21.1.5º LC, pero con anterioridad a la expiración del plazo que la administración tiene para la entrega del informe. La tercera, que el acreedor comunique su crédito transcurrido el plazo que ésta tiene para la presentación de su informe.

CUARTO En la primera hipótesis, que debería constituirse en la ordinaria, la consecuencia es que la Administración concursal deberá proceder a examinar la solicitud y la documentación presentada por el acreedor, y la valorará según las normas para la determinación de la masa pasiva acordando la procedencia o improcedencia de su inclusión en la lista de acreedores y, en su caso, con la calificación que corresponda (artículo 86.1 LC). En la segunda hipótesis, nos encontramos ante lo que la Ley califica como de comunicación tardía de créditos. Las consecuencias que el artículo 92.1 LC anuda a la comunicación tardía de créditos pone de relieve la importancia para el acreedor de comunicar su crédito dentro del plazo que la Ley le concede. Aquí hay que hacer un inciso. No nos encontramos contemplando los supuestos en los que los créditos derivan de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. En tales casos el artículo 86.1 LC impone a la Administración concursal -con independencia de la comunicación aludida en el artículo 85 LC- la valoración de todos los créditos que le han sido puestos de manifiesto en el procedimiento por cualquier medio. Sin embargo, para el caso en que el crédito en cuestión no conste de ningún modo en el concurso, y el acreedor lo comunique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del Auto de declaración del concurso, pero con anterioridad a la finalización del plazo para que la Administración concursal entregue el informe al Juzgado, la consecuencia para tal crédito será la de su postergación a crédito subordinado.

QUINTO La contienda que se suscita en el presente incidente gira en torno a la última de las hipótesis más arriba apuntadas. Se trata del caso de falta de insinuación del crédito, esto es, bien no comunicado, bien comunicado con posterioridad a la finalización del plazo para la entrega del informe para la Administración concursal. En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Esta solución viene avalada por una correcta interpretación de los artículos 85.1, 86.1 y 92.1º, todos ellos de la Ley Concursal. Ninguna duda puede plantearse sobre la conducta que la Ley impone a los acreedores que pretendan ver reconocido su crédito. El artículo 85.1 LC exige su insinuación. Insinuación que si bien no se constituye en conducta a la que se pueda compeler obligatoriamente al acreedor, la Ley anuda graves consecuencias para el caso de no observarse. El artículo 86.1 LC impone a la Administración concursal la obligación de decidir sobre la exclusión o inclusión -y en este caso, la cuantificación y la clasificación- de todos los créditos que: a) hayan sido comunicados expresamente; b) resulten de los libros y documentos del deudor; o c) de cualquier otra forma consten en el concurso. Obviamente, quedan fuera de tal obligación aquellos créditos que no se encuentren en ninguno de los tres supuestos enumerados. Llegados a este punto, la Ley lleva a cabo una nueva distinción que ya ha sido examinada en el anterior fundamento jurídico pero que conviene recordar. Dentro de los créditos comunicados expresamente, se discrimina a aquellos que lo han sido después de vencido el plazo para la insinuación. A éstos, de comunicación tardía, se les atribuye la calificación de subordinados (artículo 92.1º LC). Sin embargo, el artículo 92.1 LC también prevé la calificación como créditos subordinados de aquellos que «no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta». Pudiera parecer que esta mención abre la vía para que aquellos créditos que no han sido en absoluto comunicados pudieran llegar a formar parte de la lista de acreedores por el trámite de la impugnación de la lista de acreedores. Entendemos que sostener esta tesis supone atribuir al cauce de impugnación de la lista de acreedores una virtualidad distinta a la que la Ley establece. En efecto, impugnar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, «combatir, contradecir, refutar». Esta contradicción precisa necesariamente de dos opiniones que previamente han sido contrapuestas. Y no hay contraposición de posturas relacionadas con la confección de la lista de acreedores -que se impugna- si el acreedor no ha insinuado previamente su crédito en el concurso. De ahí que el artículo 96.3 LC deba ser interpretado en el sentido de que la impugnación de la lista de acreedores podrá consistir en la inclusión de créditos, refiriéndose a aquellos que han sido previamente excluidos; o a la exclusión de créditos, respecto de los que han sido incluidos en la lista de acreedores, pero no podrá consistir en otra cosa. No puede mantenerse la tesis de que el artículo 92.1 LC abre una nueva vía -en este caso judicial- para el reconocimiento de créditos porque dicho precepto hace referencia a los créditos que no han sido comunicados «oportunamente». La «comunicación oportuna» no puede referirse a otra comunicación que no sea la prevista en el artículo 85.1 LC. Cualquier otra comunicación no podría verse calificada legalmente como oportuna. Hemos dicho que el artículo 92.1 LC no tiene como finalidad abrir un nuevo cauce para el reconocimiento de créditos, porque su fin es establecer reglas para la calificación de determinados créditos como subordinados.

Entendemos que cuando el artículo 92.1 LC hace alusión tanto a créditos comunicados tardíamente como a créditos no comunicados oportunamente, se está refiriendo a un mismo

supuesto de hecho. La diferencia radica en la situación de tales créditos comunicados tardíamente. En el primer caso se trata de créditos que la Administración concursal va a reconocer y por ello a incluir en la lista de acreedores. En este supuesto la regla para la clasificación de tales créditos se dirige a la Administración concursal. En el segundo caso se trata de créditos no comunicados oportunamente -dentro del plazo del artículo 21.1.5 LC, pero sí dentro del de confección del informe por la Administración concursal- pero que, a pesar de todo, y consecuencia de la valoración efectuada por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 86.1 LC, no han sido incluidos en la lista de acreedores. En esta hipótesis, la regla de valoración va dirigida al órgano judicial. Se trata de créditos que si consecuencia de la impugnación procede que sean incluidos en la lista de acreedores, tendrán la consideración de subordinados precisamente como consecuencia de su tardía, pero al fin necesariamente expresa insinuación. De ahí que ambas hipótesis previstas en el artículo 92.1 LC sean calificables como comunicaciones tardías de créditos.

De ahí que, para los créditos no insinuados dentro del término concedido a la Administración concursal para la presentación del informe, como ocurre con el de la entidad Zahonero, SL excluida la posibilidad de su calificación como de subordinados, no pueda ser otra la consecuencia que la de su exclusión definitiva del concurso.”: Sentencia JM-1 Madrid 25.05.2005 (AC 2005/976)

2. Gastos bancarios de devolución de efectos cambiarios descontados

2.1 Procede su inclusión

“PRIMERO.- La impugnación de la lista de acreedores formulada por el actor incidental se centra en dos extremos.

El primero se refiere a la exclusión de las partidas relativas a los gastos generados por el impago de los pagarés librados en su favor por la concursada, que habían sido descontados por la actora incidental.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 97 en relación al 33, ambos de la Ley Cambiaria y del Cheque, el firmante del pagaré está obligado a su pago a su vencimiento. La concursada no lo hizo, dejó impagados los pagarés a sus vencimientos, anteriores en el caso de todos los pagarés a la declaración de concurso, lo que provocó a la actora incidental una serie de gastos bancarios provocados por el impago de los pagarés librados por la concursada y puestos en circulación por la actora. Ha de recordarse que el pagaré tiene una vocación a la circulación cambiaria por su propia esencia de título cambiario. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, aplicable según prevé expresamente el art. 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque, la concursada adeuda a la actora las cantidades correspondientes al principal y gastos de devolución de los pagarés impagados.

Por ello, la partida de 6.113,10 € correspondiente a los gastos de devolución ha de ser incluida.”: JM-1 Sevilla 24/10/2005 (Incidente Concursal 296/2005)

“PRIMERO.- La impugnación de la lista de acreedores formulada por el actor incidental se centra en los gastos generados por el impago de los pagarés librados en su favor por la concursada, que habían sido descontados por la actora incidental.

Las partes se muestran conformes en que se trata de gastos de devolución generados tras la declaración del concurso.

En cuanto a incluir los gastos de devolución en el crédito reconocido a favor del acreedor cambiario, ha de decirse que por aplicación de lo dispuesto en el art. 97 en relación al 33, ambos de la Ley Cambiaria y del Cheque, el firmante del pagaré está obligado a su pago a su vencimiento. La concursada no lo hizo, dejó impagados los pagarés a sus vencimientos, anteriores en el caso de todos los pagarés a la declaración de concurso, lo que provocó a la actora incidental una serie de gastos bancarios provocados por el impago de los pagarés librados por la concursada y puestos en circulación por la actora. Ha de recordarse que el pagaré tiene una vocación a la circulación cambiaria por su propia esencia de título cambiario. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, aplicable según prevé expresamente el art. 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque, la concursada adeuda a la actora las cantidades correspondientes al principal y gastos de devolución de los pagarés impagados.

SEGUNDO.- En cuanto al hecho de que la fecha de generación de tales gastos sea posterior a la declaración de concurso, siendo cierto lo que se alega por la administración concursal respecto del art. 94.1 de la Ley Concursal, no lo es menos que no puede llegarse a la absurda conclusión de que el acreedor ha perdido su crédito. En todo caso, tratándose de un crédito “postconcursal”, habría de ser considerado como crédito contra la masa, por cuanto que se trata de un crédito generado por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, y generado tras la declaración del concurso, por lo que habría de encuadrarse en el art. 84.2.5º de la Ley Concursal.

En todo caso, habiendo solicitado el acreedor actor la ampliación de la cuantía de su crédito

ordinario, siendo la calificación de crédito contra la masa más beneficiosa (art. 154 de la Ley Concursal), reconocer tal partida de crédito con la calificación de crédito contra la masa infringiría el principio de congruencia que también rige en el proceso concursal (art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal), por lo que procede reconocer tal partida pero con la calificación de crédito ordinario. Por lo expuesto, la reclamación ha de ser estimada.”: Sentencia JM-1 Sevilla 24.10.2005 (JUR 2005/239687)

2.2 No procede su inclusión

“CUARTO.- Por último, queda por decidir sobre el importe de 38.885,32 euros que, según la entidad impugnante, derivan de impagos de efectos librados por Transportes Urgentes Frigoríficos, S.L. De acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, el tenedor puede reclamar de los obligados los siguientes importes: a) el importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses en ella indicados conforme al artículo 6 de la Ley; b) los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos; y c) los demás gastos, incluidos los del protesto y los de las comunicaciones. La cuestión es si dentro de la locución “demás gastos” cabe incluir cualesquiera, incluidos los derivados de comisiones devengadas por la devolución impagada de los títulos valores. Al respecto, tiene dicho el Tribunal Supremo que no cabe imponer al aceptante el pago de los servicios prestados al librador [STS (Sala 1ª) de 8 de julio de 1999]. Asimismo, dice la jurisprudencia menor que entre los “demás gastos” que el tenedor puede reclamar al obligado, no cabe incluir las “comisiones de devolución”, y ello básicamente porque tales comisiones se encuentran contempladas en el contrato de descuento del que son ajenos los obligados cambiarios, y del que forman parte únicamente la entidad bancaria y el descontante. Según tal tesis, los únicos gastos incluibles en la expresión “otros gastos” son los precisos para proceder al cobro del título valor. Y habida cuenta de que para el descontante no es obligatoria la contratación del descuento bancario a fin de percibir el importe del título valor, no cabe que repercuta sobre el obligado cambiario las cantidades satisfechas por un servicio bancario contratado para su comodidad - obtención del anticipo que representa el descuento y la gestión de cobro- [Ss. Audiencia Provincial de Segovia de 31 de diciembre de 1993; Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de 28 de diciembre de 1998; Audiencia Provincial de Zamora (Sección Única) de 9 de junio de 2000, entre otras]. La admisión de tal tesis nos conduce a que no pueda admitirse el incremento que por dicho concepto pretendía la entidad impugnante, aunque por el Juzgado no podrá excluirse la cantidad que ha sido reconocida por la Administración concursal puesto que, por un lado, no cabe la revisión de oficio de la lista provisional de acreedores, y por otro, ninguno de los interesados ha impugnado la lista de acreedores solicitando la exclusión de la cantidad reconocida por dicho concepto.”: Sentencia JM-1 Madrid 15.11.2006 (JUR 2007/68581)

3. Cantidad prudencialmente estimada para intereses y costas de ejecución: no procede su inclusión

“PRIMERO.- La impugnación de la lista de acreedores formulada por el actor incidental se centra en dos extremos (...)

SEGUNDO.- La segunda partida corresponde a la cantidad de 9.058,47 €, por la que se despachó ejecución como cantidad calculada para intereses y costas en el Auto de 14 de marzo de 2005 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Sevilla en un juicio cambiario promovido por la actora incidental.

Este extremo de la impugnación no puede ser incluido por dos razones.

La primera es que no se trata de un crédito vencido, líquido y exigible, sino de una partida calculada prudencialmente y que precisa de tasación en cuanto a las costas y liquidación respecto de los intereses para reunir los mencionados requisitos.

La segunda es que fue fijada en un Auto iniciando un proceso cambiario dictado tras la declaración de concurso y que, conforme al art. 50.1 y 55.3 Ley Concursal (o más exactamente, según uno u otro, según la naturaleza que quiera dársele al proceso cambiario), carece de validez.”: JM-1 Sevilla 24/10/2005 (Incidente Concursal 296/2005)

4. Precluido el plazo de comunicación de créditos, no cabe que los acreedores pretendan la modificación de los inicialmente comunicados. Facturas rectificativas de IVA (art. 80 de la Ley del IVA)

“3.- En caso de concurso, el artículo 80 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido no puede aplicarse ni interpretarse al margen de lo dispuesto en los artículos 21.1.5º y 85 de la Ley Concursal. Por tanto, aunque el citado artículo 80 no establezca un plazo concreto para efectuar la emisión de las facturas rectificativas de IVA, ha de entenderse que, para que tenga efectos en la fase de reconocimiento de créditos de un concurso, debe efectuarse en el plazo de comunicación que imponen los mencionados preceptos de la Ley Concursal, como se desprende

del propio artículo 80.3 de la Ley del IVA, que dice que la modificación "en su caso no podrá efectuarse después de transcurrido el plazo máximo fijado en el número 5º del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

4.- Como consecuencia de lo expuesto en los números anteriores, es irrelevante que las entidades recurrentes emitieran las facturas rectificativas el 21 de enero de 2005, pues lo trascendente es que cuando comunicaron sus créditos (curiosamente después de la fecha en que afirman se hizo la rectificación), no incluyeron las facturas rectificativas, sino las originales. Pero es que, además, cuando presentan sus demandas de impugnación de la lista de acreedores, los días 8 y 16 de abril, no hacen mención alguna a las facturas rectificativas ni a las consecuencias que de las mismas podrían derivarse para el reconocimiento de créditos. Por lo que la pretensión que ejercitan mediante el presente recurso no puede ser calificada sino como contraria a sus propios actos en el procedimiento concursal, pues recuérdese que el artículo 85.4 de la Ley Concursal establece que a la comunicación de créditos se acompañarán "los documentos relativos al crédito". Y como consecuencia de ello, si las recurrentes pretendían que sus créditos se reconocieran como habían quedado tras la emisión de las facturas rectificativas y las mismas ya estaban emitidas, no se explica porqué no acompañaron a sus comunicaciones estas facturas, en vez de las primitivas.

5.- Así mismo, no cabe olvidar que la comunicación de créditos, como acto procesal que es, produce una serie de efectos procesales, de los que los más relevantes son los siguientes: a) La delimitación de la concreta pretensión de parte que, juntamente con la del resto de acreedores concursales, conformará el objeto jurídico del concurso; y b) La "mutatio libellis", en los términos y con las matizaciones que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil (básicamente, artículos 412.2 y 426), aplicable supletoriamente, conforme a la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal. En su virtud, precluido el plazo de comunicación de créditos, no cabe que los acreedores pretendan la modificación de los inicialmente comunicados. A su vez, tras las operaciones de reconocimiento de créditos y una vez presentado el informe de la administración concursal, la única posibilidad de modificar un crédito respecto de su contenido en la lista de acreedores es la impugnación de ésta (artículos 94.1 y 96.3 de la Ley Concursal).": **Auto JM-1 Córdoba 2.06.2005 (Concurso 24/2004)**

5. Estima impugnación por rectificación de IVA

“PRIMERO Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal, que dimanán de los autos de concurso voluntario de acreedores núm. 137/2005, relativo a la entidad concursada Induplas Laminados Plásticos, SL, discrepando del quantum que le ha venido reconocido por la Administración concursal por mor de la expedición de facturas rectificativas por concepto de IVA, al amparo y con los efectos previstos en el artículo 80 de la Ley reguladora del referido tributo.

SEGUNDO El incidente que se promueve debe venir estimado habida cuenta que de suyo no se suscita diatriba alguna, siendo certero el criterio enunciado por el acreedor ahora actor en el sentido de que habiéndose procedido a emitir facturas rectificativas de IVA, se produce el efecto prevenido al núm. 5 del artículo 80 de la Ley del Impuesto, de suerte que la Administración concursal deberá proceder en sede de rendición de los textos definitivos del artículo 96-4 de la Ley concursal a reconocer el crédito correspondiente por este concepto a favor de la Hacienda Pública, y con la calificación correspondiente. La Administración concursal, como no podía ser de otro modo, se aquieta a la pretensión de la aquí actora, y viene en su contestación a admitir expresamente la certeza de tal solicitud, que en suma viene a pretender una reducción del crédito reconocido a su favor en cuanto que por mor de las facturas rectificativas se ha producido una novación subjetiva en la posición de aquel que debe pretender directamente del deudor el pago del IVA para su ingreso en la Hacienda Pública. “: S JM-1 Valencia 4/11/2005 (AC 2005/1777)

6. Falta de legitimación del concursado para instar la inclusión de créditos

“Cualquier interesado puede impugnar el informe de los administradores concursales conforme al art. 96-1º, pero puede ser más discutible que sea el propio deudor quien solicite la inclusión de determinados créditos en contra de su propio patrimonio, sobre todo, cuando éstos han sido excluidos por la propia inactividad de los interesados, y su inclusión siempre será en el evidente perjuicio del resto de los acreedores. Por tanto cabría plantearse si el deudor tiene legitimidad para poder impugnar la lista de acreedores, en defensa de la inclusión de aquellos excluidos por el informe.

Hay dos argumentos que permiten entender que no. Primero aún cuando el art. 49 habla que la totalidad de los acreedores, "cualquiera sea su nacionalidad" quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, también señala que siempre será conforme a lo establecido en las leyes. Y la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio establece un sistema para la insinuación de los créditos, que pone en conocimiento de los acreedores ese derecho/obligación no sólo por anuncios en BOE y diarios de difusión provincial, sino también por la comunicación individual que realizan los administradores concursales de conformidad con el art. 85 del texto legal, y establece un plazo determinado para tal insinuación o comunicación, con sanción para quien no lo realiza en tiempo, como es la calificación del crédito inicialmente como subordinado si no se

dan las circunstancias previstas en el art. 92-1º, y sólo para los créditos comunicados tardíamente e incluidos por la Administración Concursal o que no comunicados oportunamente, sean incluidos en la lista por el Juez al resolver la impugnación de ésta. Por tanto en todo momento se está imponiendo al acreedor una actividad positiva, o presenta la documentación en plazo, o la presenta tardíamente arriesgándose a que no sea admitida por la Administración Concursal o impugna el informe y el Juez lo acepta. Pero siempre es una actividad del acreedor, no del deudor. Y segundo, todos los créditos ordinarios y subordinados quedan vinculados al contenido del convenio, por los créditos anteriores a la declaración de concurso, "aunque por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos". Por tanto el deudor queda a salvo en caso de convenio de cualquier acción de reclamación directa e incluso de la acción de la acción de responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones del art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y en caso de liquidación, los acreedores no reconocidos tienen plena capacidad para interponer las demandas que consideren oportunas, tanto en reclamación de las cantidades no recibidas, como para el reconocimiento de sus créditos, momento en que la parte deudora tiene todos los mecanismo procesales de defensa o allanamiento que considere oportunos.

Por tanto, cabe concluir que la deudora no tiene legitimidad para impugnar la lista de acreedores, por aquellos que han sido excluidos y que no han ejercitado las oportunas acciones de los son titulares por la misma aplicación de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio.": Sentencia JM-1 Lleida 28.11.2005 (Incidente Concursal 41/2005)

4. Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes así como una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

Art. 96.4

1. Impugnación de la lista de acreedores. Legitimación pasiva: ha de ser parte demandada no sólo la administración concursal sino también el concursado

“**PRIMERO** 1. Debemos entrar en primer lugar en la alegación de la entidad concursada relativa a su falta de legitimación pasiva en el incidente de impugnación de la lista de acreedores. La cuestión es si en el caso en que un acreedor impugna la lista de acreedores pretendiendo su inclusión o el incremento en la cuantía de su crédito o la mejora de su calificación -como es el caso-, a la entidad concursada le corresponde la calificación de demandada, o si por el contrario no debe tener tal condición sin perjuicio de que pueda comparecer -si lo cree conveniente- como coadyuvante. La cuestión surge porque es la propia entidad concursada la que en su escrito de contestación ha mantenido que a ella le corresponde decidir su comparecencia en el incidente y de asistir, en todo caso, lo sería en la cualidad de coadyuvante de la Administración concursal. El fundamento de esta tesis lo sitúa la entidad Comercial Dormilón Descanso, SA en que dirigiéndose la impugnación contra un documento en cuya formación no ha intervenido -la lista de acreedores- la legitimada para ser demandada en el referido incidente debe ser sólo quien ha confeccionado el documento impugnado -la Administración concursal-.

2. No parece que quepa discusión sobre la condición de demandada que a la Administración concursal corresponde en el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, precisamente por su autoría en la confección de la misma. La cuestión es quién más debe actuar necesariamente como demandado. La duda deriva de la redacción del artículo 193 LC sobre este punto, ya que por un lado el apartado 1 califica como demandados a todos los intervinientes en el incidente que sostengan posiciones contrarias a la demandante, mientras que el apartado 2 prevé la posibilidad de que los interesados puedan comparecer en el incidente como coadyuvantes no sólo de quien haya promovido el incidente, sino también de la contraria. Sin embargo, no puede olvidar la concursada que la confección de la lista de acreedores es una función que afecta directamente a su patrimonio. Con la confección de la lista de acreedores se determina su pasivo, en definitiva, el quantum de la deuda de la concursada. Por tanto, es un acto que afecta directamente a su patrimonio. Es cierto que el artículo 1264 LECiv/1881 regulaba, a modo de facultad, la intervención del deudor en los ramos separados de impugnación de reconocimiento de créditos y, de intervenir, debía hacerlo necesariamente con la misma defensa y representación de la parte a la que pretendía coadyuvar. Esta situación derivaba de la incapacidad que la declaración del concurso suponía para el deudor que preveían los derogados artículos 1161 LECiv/1881 y 1914 CC. No es ésta la situación que se produce en la nueva regulación de la Ley Concursal según la cual,

como consecuencia de la declaración de concurso voluntario, se constituye como regla general que las facultades de administración y disposición del deudor queden meramente intervenidas (artículo 40.1 LC). Se trata de una situación parangonable a la que se establecía para el deudor en la derogada Ley de 26 de julio de 1922 de Suspensión de Pagos (en adelante LSP). En esta Ley se regulaba la posibilidad de ejercitar acciones contra el Auto resolviendo las impugnaciones efectuadas contra la lista definitiva de acreedores formada por los Interventores (artículo 12 LSP). La mejor doctrina entendió que en ese juicio ordinario la legitimación pasiva frente al acreedor que pretendía su inclusión o el incremento del montante de su crédito correspondía al deudor por su condición de principal obligado al pago. Es la misma situación que se presenta en casos como el presente en el que el principal afectado por la inclusión de un nuevo crédito en la lista de acreedores, o del incremento del quantum de cualquier crédito, no es la Administración concursal sino el deudor concursado, quien en definitiva deberá satisfacer de su patrimonio tales deudas.

3. Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que debe ser necesariamente llamado al juicio como demandado aquel interesado en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar que pueda resultar afectado por la resolución judicial quien no fue oído y vencido en el juicio. Baste citar a simples efectos ilustrativos las SSTs (Sala 1ª) de 3 de mayo de 1977 (RJ 1977, 1944), 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7448), 24 de abril de 1990 (RJ 1990, 2799), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8036), 12 de abril de 1996 (RJ 1996, 2947), y 12 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2490). Con este llamamiento a título de demandado se preserva, según la STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 389) «el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la Constitución». Por tanto el deudor tiene en el incidente de impugnación de la lista de acreedores la condición de demandado. De distinta manera parece que habría de tratar al resto de acreedores del concursado para quienes los efectos de la resolución judicial que recaiga en el incidente de impugnación de la lista de acreedores tendrá efectos reflejos, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial. Pero esta no es la cuestión que se suscita en el presente incidente.”: Sentencia JM-1 Madrid 5.07.2005 (AC 2005/1148); en términos prácticamente idénticos, Sentencia JM-1 Madrid 25.05.2005 (AC 2005/976)

2. Impugnación de la lista de acreedores. Aplicación de oficio de peor calificación de la que era objeto de debate en el incidente

“**TERCERO** Los términos del debate, sin embargo, se plantean entre la clasificación como crédito ordinario que mantiene la administración concursal en su informe y la de créditos con privilegio general que reclama la AEAT en su impugnación. Entendemos que tal planteamiento no constituye obstáculo para sentar la calificación de subordinación arriba expuesta y que ello no vicia de incongruencia la presente resolución, para lo cual habremos de tener presente que la clasificación crediticia y el régimen de privilegios diseñado por el legislador se configuran como una cualidad del crédito cuyo contenido y eficacia se despliegan en el ámbito procesal mediante la correspondiente anteposición en el pago para el caso de concurrencia con otros créditos y cuando así se haga valer oportunamente, de donde resulta que esta materia se erige como sustraída a la libre disponibilidad de las partes. Este carácter de orden público en lo que al establecimiento de los privilegios y su clasificación se refiere queda expresamente reflejada en el apartado 3 del art. 100 LC al proscribir el legislador «la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley», todo lo cual conduce a apreciar de oficio la clasificación como crédito subordinado respecto de la suma objeto de la presente impugnación.”: Sentencia JM Oviedo (Asturias) 27.05.2005 (AC 2005, 1020)

“4. En caso de impugnación de la calificación de un crédito ¿es posible fijar en sentencia una calificación distinta a la mantenida por las partes y a la que aparece en el informe del artículo 74 por considerar que es la que procede en derecho?

Son dos las posturas a mantener: i) aplicación estricta del principio dispositivo: si se impugna, debe el juzgador pronunciarse sobre si la pretendida por el impugnante es correcta; en caso afirmativo estimar la petición y calificar con arreglo a esa petición; en caso contrario desestimar la impugnación y estar a la calificación del informe al ser la administración concursal el órgano al que la ley otorga competencia inicialmente para la calificación, en evitación de que una distinta calificación de oficio pudiera provocar indefensión a los interesados por esa nueva calificación ii) aplicación del principio “iura novit curia”: si no se impugna no puede el juez modificar de oficio la calificación, pero una vez cuestionada la calificación, no vemos obstáculo alguno para calificar los créditos con arreglo a los criterios legales que se consideran procedentes, sin necesidad de ajustarse necesariamente al criterio apuntado por el impugnante o el mantenido en el informe, ya que al juez le corresponde aplicar el derecho que estime procedente, haya sido o no invocado por las partes. Parece más conveniente esta última.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos

3. Respeto del principio de congruencia

“PRIMERO.- Los términos en que ha de dictarse la sentencia vienen determinados necesariamente por los términos en que ha sido fijado el debate en la demanda incidental (condicionada, a su vez, por el contenido del informe de la Administración Concursal) y las contestaciones, y en la vista del incidente, puesto que pese a la peculiar naturaleza del concurso y de los incidentes concursales, entiendo que en modo alguno el principio de congruencia puede ser ignorado en la resolución de cuestiones como la de autos.

Así por ejemplo, en momento alguno se ha planteado controversia sobre si los recargos liquidados por la Seguridad Social son créditos subordinados, por lo que ha de partirse de que la totalidad del crédito de la Seguridad Social es crédito ordinario, privilegiado del 91.2º o del 91.4º, todos ellos de la Ley Concursal.”: Sentencia JM-1 Sevilla 22.09.2005 (Incidente Concursal 235/2005)

“La admisión de tal tesis nos conduce a que no pueda admitirse el incremento que por dicho concepto pretendía la entidad impugnante, aunque por el Juzgado no podrá excluirse la cantidad que ha sido reconocida por la Administración concursal puesto que, por un lado, no cabe la revisión de oficio de la lista provisional de acreedores, y por otro, ninguno de los interesados ha impugnado la lista de acreedores solicitando la exclusión de la cantidad reconocida por dicho concepto.”: Sentencia JM-1 Madrid 15.11.2006 (JUR 2007/68581)

4. Allanamiento de la AC

“Por otro lado, Promociones Iruraiz S.L. ha visto que expresamente, Administración Concursal, y la propia concursada, mantuvieron en el acto de la vista que se allanaban plenamente. Puesto que también el objeto es disponible, y lo mismo que el Informe de la Administración Concursal no impugnado en tiempo y forma supondrá un texto de la lista de acreedores inatacable, sea lo que fuere que resultara de la prevenciones legales de reconocimiento, clasificación y graduación, o la opinión del Juez, con arreglo al art. 21.1 LEC, dado que no se aprecia fraude de ley, lesión del interés general, o perjuicio de tercero, como se deduce del resto de la presente resolución, compete dictar el correspondiente pronunciamiento del fallo en armonía con lo pretendido por dicha mercantil acreedora.”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria) 23.09.2005 (JUR 2006/113973)

“Se soslaya razonar acerca de la cuarta falta de sintonía con el Informe, atendida a los créditos por cuotas de contrato de arrendamiento financiero insatisfechas con posterioridad a la declaración del concurso, dado que se ha eliminado con el allanamiento parcial en la contestación a la demanda, del que se dio traslado a la entidad acreedora previamente a la vista. No hay duda que este allanamiento parcial excusa una versión judicial de hecho y una argumentación de Derecho en su objeto, ya que no se percibe ninguna posibilidad fraudulenta o de perjuicio a tercero, en la medida que la administración concursal defiende a la masa, y ya que el Informe no impugnado por interesado legítimo prevalece como decantación del colectivo de acreedores de cara a las soluciones del concurso, con lo que no hay empacho en admitir el mecanismo de art. 21 LEC, siendo que, por simplificar el mandato para elaborar los textos definitivos, se ha entendido deberse preferir el no dictar auto de allanamiento parcial previo a sentencia.”: Sentencia JM-2 Bilbao 19.12.2006 (Incidente Concursal 215/06)

5. Reconvención por la concursada. Inadmisibilidad de la introducción por vía de reconvención las impugnaciones no presentadas oportunamente.

“El artículo 194 de la Ley Concursal establece en su apartado 3 que, admitido el incidente concursal, debe emplazarse a las demás partes personadas para que contesten a la demanda en la forma prevenida en el artículo 405 de la LECiv. Una vez contestada la demanda el propio artículo 194.4 de la Ley concursal remite a los trámites del procedimiento verbal. No hay en la Ley Concursal normas específicas sobre la posibilidad de reconvenir en los incidentes concursales circunstancia que lleva a considerar la posible aplicación del régimen general de la LECiv/2000.

Sentado lo anterior debe examinarse si en el supuesto de autos cabe la reconvención en los términos planteados por la concursada, en este punto debe advertirse:

1) Tanto el artículo 406 como el 438 de la LECiv exigen que para admitirse la reconvención es necesario que exista conexión entre las pretensiones de la reconvención y las que sean objeto de la demanda principal.-En el supuesto de autos hay dos elementos genéricos que permitirían apreciar esa conexión:

a. En la reconvención se plantean cuestiones que pueden afectar a la lista de acreedores,

b. En la reconvencción se pretende modificar la calificación de un tipo de crédito de los insinuados por la Agencia Tributaria -los recargos- y se pretende la inclusión de créditos inicialmente excluidos -los derivados de las facturas rectificativas de IVA-.

2) Pese a lo anterior la concurrencia de esa conexión genérica no habilita de modo automático la admisión de la reconvencción dado que el artículo 96.1 establece -cuando aborda la cuestión referida a la legitimación para impugnar- que cualquier interesado podrá impugnar la lista de acreedores, por lo tanto la concursada podría haber planteado el incidente de impugnación reclamando el tratamiento de ambas cuestiones dentro del plazo genérico de 10 días para impugnar el informe. Por la vía elegida de la reconvencción la concursada ha planteado una cuestión que debería, en su caso, haber planteado por medio de una específica demanda de impugnación -como ya ha hecho en este mismo procedimiento, la reconvencción no evidencia sino la preclusión del trámite para impugnar una calificación que la concursada considera desacertada respecto de los recargos, no puede eludir por la vía de la reconvencción un plazo que ya se le habilitaba por la vía de la impugnación.

3) La posición de la concursada en el incidente derivado de la impugnación del informe no es asimilable de modo automático a la posición de un demandado en un proceso declarativo, el concursado está legitimado activamente para impugnar pero en cuanto a su legitimación pasiva la cuestión es dudosa ya que no es la autora material del informe y su posición en estos incidentes no debe ser la del mero demandado sino la de un coadyuvante que pueda, indistintamente, tener interés en mantener las tesis de la administración concursal o del impugnante. Respecto de los coadyuvantes la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece norma alguna que les permita reconvenir.

4) El incidente concursal vinculado a la impugnación de la lista de acreedores e inventario tiene una especial trascendencia en el procedimiento concursal dado que con su resolución concluye la fase intermedia. El plazo de impugnación es muy reducido -10 días-, la Ley exige cierta urgencia en la resolución de los incidentes para que no quede comprometido el normal desarrollo del concurso y la sentencia que se dicte queda sometido a un limitativo régimen de revisión en segunda instancia. Estas circunstancias permiten defender de modo razonable que el Juez en este tipo de incidentes haya de limitar el objeto de debate al objeto de no demorar el normal desarrollo del procedimiento, especialmente cuando la Ley concursal habilita otros cauces también incidentales para resolver las discrepancias respecto de las diversas incidencias que respecto de los créditos concursales y contra la masa sucedan en un momento posterior.

5) El informe de la administración concursal es trascendente para la determinación de activos y pasivos con vistas a la conformación de los requisitos para votar en junta y mayorías necesarias para la aprobación del convenio pero esa trascendencia no supone que los interesados no puedan plantear sus pretensiones respecto de los créditos cuando éstos se manifiesten o modifiquen fuera de los plazos y términos legales para la insinuación.

6) Por la vía de la reconvencción la concursada altera las normas legalmente previstas para la insinuación de los créditos:

a. Se habla de facturas rectificativas pero lo cierto es que en su escrito no hay constancia de que las mismas hayan sido insinuadas en los términos y plazos derivados del artículo 21.1.5 de la Ley concursal, ni en la forma prevista en el artículo 85.

b. Tampoco hay una verdadera actividad certificativa de la Agencia Tributaria que permita confirmar la realidad de dichas deudas conforme exige el artículo 86.2 de la Ley Concursal en relación con el 92.1 del mismo texto legal respecto de los créditos insinuados tardíamente.

c. Tampoco la administración concursal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constancia y calificación de dichos créditos a partir de un examen detallado de la contabilidad y libros de la concursada.

Por lo tanto la vía elegida por la concursada para introducir el trascendente debate sobre las facturas rectificativas genera muchas incertidumbres procesales y materiales al abrir un cauce informal para incluir, modificar calificación o excluir de la lista de acreedores créditos que no se han incorporado por los cauces legales de insinuación.

7) Se plantea además la paradoja de que siendo créditos sobre los que no hay en los autos la seguridad de su existencia y cuantía al introducir la concursada su discusión por la vía de la reconvencción a lo mejor permite eludir las consecuencias sobre la falta de impugnación, consecuencias previstas en el artículo 97 de la Ley y que determinan que deba ser el acreedor y no el deudor quien actúe con especial diligencia.

En definitiva existen razones materiales y procesales para no admitir que por la vía reconvenccional se planteen por la concursada las dos cuestiones referidas remitiendo a los interesados para que en incidente independiente se pueda examinar el alcance y naturaleza de los créditos derivados de facturas rectificativas de IVA con mayores garantías procesales y materiales. No sería correcto que la Agencia Tributaria pretendiera traer a debate las cuestiones que resultan de su interés -las derivadas de las facturas rectificativas- y, sin embargo se escudara en las normas procesales para eludir la discusión respecto de lo que le pudiera perjudicar el tratamiento del recargo.": Sentencia JM-3 Barcelona 27.02.2006 (AC 2006\128)

6. Contestación por la administración concursal: está vinculada por la cuantificación y clasificación que incluyó en la lista

“debemos abordar, como cuestión previa, si existe la posibilidad de que la Administración concursal, aprovechando el escrito de contestación a la demanda incidental, pueda pretender una cuantificación o clasificación de los créditos impugnados, distinta a la efectuada en la lista provisional de acreedores. Para resolver esta cuestión debemos partir del hecho que, de no haber impugnado la Agencia estatal de la Administración Tributaria, la cuantificación y clasificación que la Administración concursal ha hecho de sus créditos, la consecuencia inexorable –ante la falta de impugnación por otros acreedores- hubiera sido la prevista en el artículo 98 LC, esto es, la conversión de tal texto en definitivo. De ahí que debamos colegir que la Administración concursal queda vinculada al contenido de los textos presentados en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 74 LC, y una vez presentados no es susceptible de llevar a cabo por dicho órgano modificaciones sustanciales de los documentos incorporados al informe, si no es por el cauce previsto en el artículo 96 LC.”: Sentencia JM-1 Madrid 18.11.2005 (Incidente Concursal 385/2005)

7. Modificación de créditos en los textos definitivos. No cabe degradación de un crédito inaudita parte

“ Se ha constatado en este procedimiento que la administración concursal de INGENIERIA TAG S.L. ha modificado en los denominados “textos definitivos”, a los que alude el art. 96.4 y 98 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), la calificación de dos créditos. El primero, de D^a PATRICIA VISO ALVAREZ, hija de la administradora social de la concursada, pasa de ordinario a subordinado.

Tal modificación tiene fundamento en el auto de cuatro de diciembre de dos mil seis, que acuerda embargar a la mencionada como consecuencia de su condición de administrador de hecho. Aunque no tenga acogida legal semejante modificación, puede incluirse porque tiene por fundamento una resolución adoptada en el concurso, que extiende el embargo preventivo del art. 48.3 LC a quien se considera como responsable de hecho de la concursada. Esa decisión pudo combatirse y de hecho está en trámite el incidente de oposición al embargo, de manera que no se ocasiona indefensión.

Sin embargo no hay razón para proceder de manera semejante con D. ALBERTO CILLAN, por mucho que sea esposo y padre de la administradora social y de la mencionada D^a PATRICIA, que se ha considerado administradora de hecho. No autorizan los preceptos citados de la Ley Concursal a que la administración concursal acometa semejantes cambios. La norma se limita a indicar que habrán de modificarse las listas en función de las sentencias dictadas en incidente concursal, supuesto que no es el caso.

Cierto es que el rigor de la norma no impide otros cambios. Está prevista la modificación del inventario, pues pueden haberse enajenado, con la autorización correspondiente, alguno de sus elementos, o es posible que hayan triunfado acciones rescisorias que determinen su incremento. Cabe también, aunque no lo recoja la norma, que se produzcan circunstancias sobrevenidas que afecten al valor de los bienes, expropiaciones, desaparición por robo, incendio u otros accidentes, etc.

El art. 96.4 LC también regula la eventual modificación del informe, puesto que habrá que explicar los cambios que se introduzcan por éstas u otras razones, o cualquier otra circunstancia que sin afectar a inventario o lista de acreedores, sean relevantes. Por último es posible la modificación de la lista de acreedores, porque puede haberse incluido por error alguno que reconozca que su crédito está satisfecho, concurrir renunciaciones como las previstas en el art. 176.1.5 LC u otras circunstancias semejantes. Es evidente que la lista de créditos contra la masa puede padecer cambios sustanciales, que es conveniente sean recogidos.

Sin embargo no es admisible que un acreedor que tiene reconocido un crédito ordinario padezca, sin un incidente concursal en el que haya tenido la oportunidad de defender su pretensión, la degradación de la calificación de su crédito a subordinado. Tal indefensión, que vulneraría el art. 24 de la Constitución, no puede ser tolerada por el Juzgado, de manera que en el caso del señalado acreedor, se entenderá, pese a lo recogido en los textos definitivos de la administración concursal, que el crédito de D. ALBERTO CILLAN mantiene en la lista de acreedores la calificación que inicialmente obtuvo. ”: Auto JM-1 Bilbao 08.02.2007 (Concurso 116/2005)

Artículo 97. Consecuencias de la falta de impugnación.

1. Quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque si podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones.

Art 97.1

1. No impugnación del inventario/lista que no reconoce la compensación pretendida

“TERCERO.- Centrado el debate del modo anterior, ha de partirse de que de conformidad con el artículo 97.1 LC “quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrían recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones”. Dicha prohibición de plantear modificaciones ha de entenderse referida también, por lo que nos ocupa, a los créditos no impugnados o a los argumentos no sostenidos en la impugnación, tal y como sucede en el supuesto en que habiéndose operado la compensación y no reconocida en la lista de acreedores de la administración concursal, no se impugnase ésta por tal concepto.

Por lo anterior, y estando reconocidos en el informe de la administración concursal las sanciones a que se refieren las partidas 4 y 5 y no haber sido impugnadas por su no consideración como créditos contra la masa, debe rechazarse la impugnación realizada en este momento por extemporánea.

CUARTO.- Por otro lado, de conformidad con el artículo 58 LC, existe prohibición de compensación tras la declaración de concurso entre los créditos y deudas del concursado, si bien se producen los efectos de la compensación cuyos requisitos existiesen con anterioridad a la declaración de concurso. En consecuencia, no dándose los requisitos de la compensación alegada en el momento de declaración de concurso no procede que opere la misma. A mayor abundamiento, aún en el supuesto de que se hubiesen dado con anterioridad, no habiéndose impugnado la lista de acreedores ni el inventario elaborado por la administración concursal por no haber operado la compensación, de conformidad con el precepto anterior y con el artículo 97.1 de la Ley concursal, procede rechazar la pretensión de compensación y su alegación por extemporánea.”: SJM-1 Santander 28.02.2007 (JUR 2007/125993)

2. Si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Quedan exceptuados de este supuesto los créditos comprendidos en el número 1.º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural.

TÍTULO V - DE LAS FASES DE CONVENIO O DE LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO I - De la fase de convenio

SECCIÓN 1 - DE LA FINALIZACIÓN DE LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

Artículo 98. Resolución judicial.

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda de conformidad con lo dispuesto en este título.

SECCIÓN 2 - DE LA PROPUESTA DE CONVENIO Y DE LAS ADHESIONES

[DT.1.4: las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de la presente ley]

[DT.1.3: En la quiebra de cualquier clase de sociedades no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos.]

Artículo 99. Requisitos formales de la propuesta de convenio.

1. Toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas.

Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente.

Art. 99.1.II

“En cuanto a la falta de requisitos formales, la actora denuncia la ausencia de firma en la propuesta de convenio presentada en su día por la concursada de los compromitentes, o de sus representantes con poder suficiente, del pago para la financiación contenida en la propuesta.

Pues bien, el artículo 99.1 en su apartado segundo afirma que “cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes legales”.

En la propuesta de convenio aceptada por los acreedores, y que ahora se impugna no se contiene ningún compromiso de pago a cargo de tercero que exija la firma de estos a tenor del precepto anteriormente transcrito. Sin desconocer que si hubiera sido interesante que la propuesta fuera acompañada de dicho compromiso, ya que hubiese sido indicativo de las posibilidades de la concursada en orden a su cumplimiento, lo cierto que el único compromiso al respecto es el acuerdo por la deudora en la propuesta de continuar con las gestiones encaminadas a obtener la necesaria financiación, y por ello este motivo de oposición ha de ser rechazado.”: Sentencia JM-1 Murcia 09.05.2006 (Concurso 11/2005)

2. Las firmas de la propuesta y, en su caso, la justificación de su carácter representativo deberán estar legitimadas.

Art. 99.2

“3. Por lo que respecta a la necesidad de que el proponente -o su representante con poder suficiente- suscriba la propuesta acreditando la legitimación de la firma (artículo 99 LC), debe entenderse por cumplido tal requisito al haber sido plasmada la propuesta en instrumento público”: Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)

“Se requería a la entidad concursada para que subsanara la falta de concreción del importe de la obligación de futuro contraída por los terceros, de la identificación de tales terceros, y de la plasmación de la asunción de éstos mediante la firma de la propuesta de convenio. Como hemos podido observar, mediante el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 no se identifica el importe de la obligación de futuro que asume D. Eusebio en relación con la segunda ampliación de capital puesto que en relación con la misma se manifiesta que no puede determinarse cuál será su importe. A pesar de lo anterior se expone que la obligación de futuro contraída por D. Eusebio asciende a la cantidad de 467.988,40 euros fruto de la venta de 1.034 acciones de la entidad Layros, SA de las que es titular cuyo valor actual es de 452,60 euros cada una de ellas. No corresponde al Tribunal enjuiciar la robustez de la propuesta, sino a los acreedores. Sin embargo, el Juzgado debe velar por el cumplimiento de todos los requisitos legales para la admisión a trámite de la propuesta, entre las cuales se encuentra la de que los terceros -en este caso D. Eusebio- asuman la obligación que anuncian contraer frente a los acreedores. Y, habida cuenta que en la propuesta de convenio no se concretaba la identidad del tercero que se proponía asumir la obligación de futuro consistente en suscribir la ampliación de capital sino que esta concreción -parcial como ya hemos señalado- se hace en el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006, era menester que la firma de éste constara legitimada (artículo 99 LC) no sólo en la propuesta de convenio sino también en el documento de asunción de la obligación. Al no haberse procedido de este modo, tampoco en este caso puede estimarse subsanado el defecto al que se aludía en la providencia de fecha 17 de febrero de 2006. “:Auto JM-1 Madrid 16.03.2006 (AC 2006/504)

Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio.

1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.

Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites.

Art. 100.1

1. Autorización para la superación de los límites

1.0 Consideraciones generales

“PRIMERO.- El primer requisito, de carácter previo, necesario para que una propuesta de convenio desborde los límites de espera de 5 años y quita del 50%, establecidos en el artículo 100 LC, y pese a ello no infrinja los requisitos de contenido del convenio establecidos por la Ley, es la de que el Juez autorice la superación de tales límites.

Por tanto, solicitada la superación de los mismos, expresamente dado el contenido de la propuesta acompañada, sin olvidar que esta autorización no es automática, sino que debe concederse “excepcionalmente” por el Juez, cuando, tras realizar un juicio valorativo de la propuesta de convenio, una vez concurren determinados presupuestos, estima oportuno autorizar sobrepasar tales límites, motivadamente, hemos de examinar primeramente la procedencia de esta autorización.

Esta autorización, motivada y excepcional, aún cuando, a tenor del informe emitido por la administración local, nos encontremos ante una empresa con especial trascendencia para la economía, no debe concederse, y ello no solo porque el plan de viabilidad, exigido por el art. 100.1 de la L.C., no contempla expresamente que la superación de tales límites es necesaria para atender el cumplimiento del convenio, sino porque, como veremos, la propuesta adolece de defectos insubsanables, a cuyo contenido y motivos, desarrollados en esta resolución nos remitimos, excluido claro está el de los límites del propio art. 100. 1 LC.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

1.1 Especial trascendencia para la economía

“A) El requisito subjetivo es el de que el concursado sea titular de «empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía». Aunque la Ley se refiere al «concurso de empresas», es claro que está utilizando este término con un significado subjetivo, esto es, como equivalente a empresario individual o societario. Pero la Ley ni define qué entiende por tener especial trascendencia para la economía, ni enumera, siquiera fuera a título de ejemplo, los casos en los que esa característica concurre.

Para empezar, y aunque trascendencia pueda considerarse equivalente a importancia, no es suficiente con que la «empresa» sea importante para la economía: la Ley exige una «especial» importancia o trascendencia. Sólo en aquellos casos en los que en la masa activa hubiese «empresas» *especialmente importantes* (o, si se prefiere, singular o particularmente importantes) sería posible que la propuesta de convenio, presentada por el concursado o por los acreedores, superase uno o ambos límites máximos.

De otro lado, tampoco determina la Ley a qué «economía» se refiere. Una empresa puede tener especial trascendencia para la economía de un término municipal, de una comarca o de una provincia, y carecer de esa característica si la referencia es a una determinada comunidad autónoma o a la totalidad del territorio del Estado. Existe, pues, un amplio margen para la discrecionalidad judicial. La imprecisión de los términos legales permitirá que, en concursos en los que objetivamente no concorra este requisito subjetivo si la economía es la nacional, el juez admita a trámite la propuesta por considerar que la «empresa» es especialmente importante para la economía de una comunidad autónoma o de una provincia determinadas o, incluso, para la economía de una comarca o de una localidad. Para determinar que la actividad de una determinada «empresa» es de especial trascendencia para la «economía», el juez cuenta con el informe que, al efecto, debe emitir la Administración pública económica competente, sin perjuicio de que el autor o los autores de la propuesta de convenio acompañen, si lo estiman oportuno, otros informes privados para acreditar que concurre este requisito subjetivo.

En todo caso, la importancia exige un juicio de valor en relación única y exclusivamente con la «economía». Se trata de una especial importancia económica, sin consideración de la «importancia social» de esa «empresa». Por muy importantes que sean los factores sociales que pueda comportar la desaparición de una determinada «empresa», la Ley no los ha considerado para, en base a ellos, permitir convenios en los que se superen los límites máximos de quita o de espera, o de quita y espera. (...) **SEGUNDO.-** En las presentes actuaciones, y como ha señalado la Administración Concursal en su escrito de fecha 21 de Julio de 2005, se ha podido comprobar que la empresa "D.G. INTERNACIONAL, S. A." tiene una trascendencia económica, por su propia repercusión económica, en el ámbito de la localidad de Buñol porque, como consta en el propio Informe emitido por el Ayuntamiento de Buñol señala que "D.G. INTERNACIONAL, S. A.", es la principal empresa del Sector Metal — Mecánico de la Hoya de Buñol — Chiva, es decir, la propia Administración económica local certifica que la empresa concursada es la principal empresa, la más importante de cualquiera de las otras empresas que desarrolle dicha actividad, entre todas las ubicadas, no sólo en la localidad de Buñol, sino en la propia Comarca de "La Hoya de Buñol Chiva".

Asimismo, en el referido Informe del Ayuntamiento de Buñol, se recalca el carácter de empresa autóctona de la mercantil "D.G. INTERNACIONAL, S. A.", sociedad que desarrolla su propia tecnología de fabricación y exporta gran parte de su producción, significando que incluso, dicha empresa ha tenido una trascendencia social, además de la económica, porque ha llegado a emplear a más de 150 personas.

En consecuencia, con base a estas indicaciones y, dentro del amplio margen para la discrecionalidad judicial que otorga la vigente Ley Concursal, se estima que concurre el requisito subjetivo que contempla el art. 100.1, párrafo 2º, dado que es de apreciar que la actividad económica que desarrolla la mercantil "D.G. INTERNACIONAL, S. A." tiene especial trascendencia para la economía de la localidad de Buñol e incluso de la Comarca de "La Hoya de Buñol — Chiva", calificándola el Ayuntamiento de empresa principal del sector metal — mecánico.”: **Auto JM-2 Valencia 27.07.2005 (Concurso 25/2005)**

“Especial trascendencia para la economía. Dentro de esta expresión debemos distinguir entre la locución «especial trascendencia» y el vocablo «economía». Con la primera, desde la perspectiva literal, se quiere señalar la actividad empresarial o profesional cuya materialización tenga un resultado singular, reseñable por su importancia. No parece descabellado pensar que con la expresión «especial trascendencia» se quiera hacer referencia a que los efectos de la actividad económica del deudor tengan cierto carácter de excepcionalidad. Con el adjetivo «especiales» se refuerza la idea de trascendencia. Desde un prisma sistemático y teleológico, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un precepto situado en el Capítulo 1º del Título V de la Ley que se destina a regular la fase de convenio, y por tanto, regulador de la solución conservativa de la empresa. Se intenta facilitar al deudor la posibilidad de que alcance el convenio que se establece como solución deseable para el legislador (Exposición de Motivos apartado VI). Esta posibilidad de superación de los límites legales previstos con carácter general para las quitas y las esperas, se configura como excepción que encuentra su fundamento en la importancia de la actividad empresarial o profesional del deudor. No obstante, deberá ser el análisis del caso concreto el que nos dé luz sobre la presencia o ausencia del carácter de «especial trascendencia» en la actividad empresarial o profesional del deudor. Básicamente deberán tenerse en cuenta, a fin de entender cumplido este requisito, los efectos socioeconómicos derivados de la existencia o del cese de la actividad del deudor. El carácter genérico del vocablo «economía» que es la que debe resultar afectada por la «especial trascendencia» de la actividad del deudor, impide un adecuado examen exegético a partir de los

crITERIOS establecidos en el artículo 3 CC Sin embargo, al respecto son elocuentes los materiales legislativos de los que resultó el texto definitivo del artículo 100.1 LC. La redacción del artículo 99 del Proyecto de Ley Concursal remitido al Congreso de los Diputados era del siguiente tenor: «La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio, sin perjuicio de que excepcionalmente cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía nacional, el Juez del concurso pueda, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites». La idea plasmada por el prelegislador aparecía con notable claridad. Frente a la regla general de respeto a los límites previstos para las quitas y esperas, se preveía la excepción, aunque limitada a unos supuestos muy concretos de deudores cuya actividad económica tuviera notable importancia para la economía en el territorio nacional. Ante este texto -y por lo que aquí nos interesa- se presentaron las enmiendas núm. 149 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), y núm. 515 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU). La primera de ellas, de modificación, proponía que el extremo que estamos examinando quedara redactado del siguiente modo: «excepcionalmente, cuando se trate de concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía en el ámbito estatal o en ámbitos autonómicos específicos...». La segunda rezaba del siguiente modo: «sin perjuicio de que, excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía nacional o autonómica...». En el primer caso la justificación de la modificación se situaba en que «el Proyecto incurre en el error de señalar como único referente a toda la economía nacional, mientras que es notorio que también debe ser un referente, incluso más lógico y de sentido común, el ámbito autonómico más localizado, dado que una de las principales innovaciones del Proyecto es la reconsideración judicial de la continuidad de la empresa concursada y que es una realidad incontestable que la mayoría del tejido empresarial no tiene una incidencia de dimensión nacional». La discusión de las enmiendas dio lugar al texto del informe de la Ponencia cuyo artículo 99 apareció, por lo que aquí interesa, en los términos que recoge el artículo 100 LC. Dicha modificación se encuentra ligada con la forma de articulación territorial que el artículo 2 de la Constitución Española prevé para la nación española. De este modo no parece que pudiera considerarse acertada una interpretación extensiva del artículo 100.1º segundo párrafo LC, en el sentido de considerar que la especial trascendencia de la actividad del deudor debe ir referida a cualquier zona o ámbito geográfico. Con ello quedaría vacío de contenido el carácter de excepcionalidad que se quiere conferir a la posibilidad de rebasar los límites establecidos en el artículo 100.1 primer párrafo para las quitas y esperas. A pesar de la modificación del texto del Proyecto, la redacción final del precepto indica que el legislador mantuvo su voluntad de que los efectos económicos que justifican la inobservancia de los límites del artículo 100.1º primer párrafo LC, tuvieran una considerable importancia desde el punto de vista geográfico. Sin embargo, se eliminó el alcance nacional de la trascendencia de la actividad económica del deudor. Y entendemos que dicha eliminación se llevó a cabo únicamente para permitir que la excepción que estamos contemplando fuera aplicable en aquellos casos en que la actividad empresarial o profesional del deudor tuviera especial trascendencia en el ámbito geográfico de una o varias Comunidades Autónomas. ”: Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)

1.2 Que lo contemple el plan de viabilidad que se presente

“B) El requisito objetivo consiste en que el plan de viabilidad que acompaña a la solicitud contemple expresamente, como condición objetiva para esa viabilidad, la superación de uno o de ambos límites legales máximos. Para que el juez admita a trámite la propuesta de convenio es condición necesaria la *objetiva viabilidad*, esto es, que el plan de viabilidad contemple la necesidad de una quita superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario o de una espera superior a cinco años, o la necesidad de ambas, para poder cumplir el convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor. Significa ello que sólo es posible superar esos límites cuando, para atender al cumplimiento del convenio, se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, ya que sólo en este caso procede presentar el denominado plan de viabilidad (art. 100.5). Es indiferente que la continuación de la actividad corra a cargo del propio concursado o que sea un tercero —el asuntor— quien continúe, total o parcialmente, dicha actividad (art. 100.2-II, inciso segundo). La única diferencia radica en que, si la continuación de la actividad corre a cargo, total o parcialmente, de un tercero se exige que, el juez, antes de admitir a trámite la solicitud, oiga a los representantes legales de los trabajadores (art. 10.2-II, inciso tercero).

El juez debe comprobar que el plan de viabilidad que acompaña a la propuesta de convenio contempla expresamente la superación de uno o de ambos límites legales. La admisión a trámite de la solicitud se produce en base a esa «objetiva viabilidad formal» es decir, en base al contenido del propio plan de viabilidad presentado por el autor o por los autores de la propuesta

de convenio. Aunque posteriormente el informe de evaluación de los administradores concursales considera inviable el cumplimiento de ese convenio propuesto (art. 1 15.2), el juez no puede dejar sin efecto la admisión a trámite de la propuesta, a diferencia de lo que acontece cuando ésta tiene el carácter de anticipada (art. 107.2, inciso tercero).(...) En segundo lugar, en cuanto al requisito objetivo que establece el repetido artículo, concurre en la propuesta presentada por esta empresa, porque el Plan de Viabilidad contempla la satisfacción del 20% de los créditos o deudas que ostenta la empresa, estableciéndose un plan de pagos, en virtud del cual, el primer año se abonará o pagará el 10% de los créditos, el segundo año el 10%, el tercer año el 20%, el cuarto año el 20% y el quinto año el 40%, cumpliéndose el requisito de la necesidad objetiva, a tenor del Plan de Viabilidad que se acompaña a la Propuesta.”: **Auto JM-2 Valencia 27.07.2005 (Concurso 25/2005)**

1.2.1 ... sólo si es preceptivo ex art. 100.5 que se presente plan de viabilidad

“Que lo contemple el plan de viabilidad que se presente. El artículo 100.1º segundo párrafo LC dispone que para autorizar la superación de los límites previstos en el mismo precepto para las quitas y las esperas, es necesario que «el plan de viabilidad que se presente» prevea la especial trascendencia que la actividad empresarial del deudor tiene para la economía. El plan de viabilidad es un documento que no es exigible en todos los casos. El artículo 100.5º LC sólo prevé la obligación de aportarlo en aquellos supuestos en que «para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial» del deudor. De ahí que consideremos que la presentación del plan de viabilidad no es un requisito necesario para obtener la autorización judicial para la superación de los límites previstos en el artículo 100.1º LC, sino que sólo lo será en aquellos casos en que, conforme al artículo 100.5º LC deba presentarse. En tales supuestos será menester que en el mismo se contemple la especial trascendencia que la actividad del deudor tiene para la economía. Sin embargo, en el caso ante el que nos hallamos en que la propuesta de convenio lo es de asunción, en la que los pagos se llevarán a cabo en función de lo establecido en cada una de las propuestas -básica o alternativa- sin relación con la continuación de la actividad empresarial del deudor, no consideramos precisa la aportación del plan de viabilidad, ni el mismo se constituye - como ya se ha adelantado- en requisito para poder obtener la autorización judicial para la superación de los límites establecidos en el artículo 100.1º primer párrafo LC para las quitas y las esperas.”: **Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)**

1.3. Informe emitido al efecto por la Administración económica competente

“El requisito documental es el de que la propuesta se presente acompañada de un «informe emitido al efecto por la Administración económica competente». La determinación de qué Administración debe emitir el informe está en función de la respuesta que se dé a la pregunta de qué «economía» es la referencia a tomar en cuenta para realizar el juicio sobre la «especial trascendencia». Es evidente que si, en la masa activa, existieran una o varias empresas cuya actividad fuera especialmente importante para la economía nacional, el informe deberá ser emitido por aquel Ministerio económico del que dependa la actividad económica. Pero no es menos evidente que si se admitiera que el requisito subjetivo comprende «economías» infranacionales, la determinación de la Administración pública competente estará en función de la «economía» que resulte especialmente afectada por ese concurso de acreedores. Por lo que se refiere al contenido del informe, entre las distintas interpretaciones posibles, la que parece mejor fundada es aquella según la cual la Administración pública competente debe justificar que la actividad de esa «empresa» que exista en la masa activa del concurso tiene «especial trascendencia para la economía». Esa es la idea que probablemente intenta expresarla Ley al señalar que el informe se emite «al efecto», expresión que parece indicar no sólo que debe tratarse de un informe específico sobre la «empresa» afectada, sino también que debe tratarse de un informe justificativo de la «especial trascendencia» de la continuación de la actividad. Naturalmente, el informe no tiene por qué contener compromisos públicos, de contenido económico o de otro tipo. La Ley no exige que, para la superación de los límites máximos, la Administración pública se comprometa en el plan de viabilidad. (...) En tercer lugar, como último requisito, se requiere un requisito documental, consistente en el acompañamiento del Informe emitido por la Administración económica competente y de la aportación de un Plan de Viabilidad en el que se contemple la necesidad objetiva de superar el límite, en este caso el límite de quita, requisito que se ha cumplido por la empresa concursada al aportar el repetido Informe emitido por el Ayuntamiento de Buñol, Administración económica competente, aportando asimismo el preceptivo Plan de Viabilidad, en el que se señala la necesidad objetiva de fijar la quita en un 80%, en aras de superar la crisis económica y de mantener todos los puestos de trabajo, incluso, se prevé el incremento de la plantilla laboral o recursos humanos, en 8 trabajadores.”: **Auto JM-2 Valencia 27.07.2005 (Concurso 25/2005)**

“Informe emitido al efecto por la Administración económica competente. La exigencia legal se refiere a un informe emitido por la Administración económica, que deberá trasladar al órgano judicial las consecuencias que la continuación o el cese de la actividad empresarial o profesional del deudor tiene para el ámbito geográfico que afecta. En el presente caso, el Gobierno de La Rioja pone en conocimiento del Juzgado que «las fábrica de colchones y almohadas de látex de Dorlast, SL, ubicada en la localidad de Agoncillo, de esta Comunidad Autónoma, ha venido desarrollando su actividad hasta convertirse en una pieza fundamental de la economía de La Rioja». Se justifica tal afirmación en el hecho que la actividad de la empresa de Dorlast, SL no sólo ha generado un importante número de puestos de trabajo, sino que «ha colaborado de manera notable en la formación de un tejido empresarial indirecto singularmente trascendente, con la implicación de numerosas empresas de la Comunidad en las distintas fases de producción, desde el suministro de distintas materias primas, el mantenimiento de las instalaciones o el apoyo a la comercialización del producto final», concluyendo que la actividad económica de Dorlast, SL en La Rioja «tiene especial trascendencia para la economía de la zona». A fin de autorizar la superación de los límites legales previstos para las quitas y esperas, entendemos que basta con que en el informe emitido por la Administración económica competente se contenga un grado de información suficiente como para que el Juez del concurso pueda valorar adecuadamente si concurre el requisito de «especial trascendencia» de la actividad económica del deudor concursado en el ámbito geográfico correspondiente. Por el contrario, no sería bastante un informe en el que la Administración económica competente se limitara a «certificar» la especial trascendencia de la actividad empresarial o profesional del deudor. Es necesario que en el informe se expongan los hechos -respecto de cuyo relato asume la responsabilidad de su certeza la autoridad o funcionario firmante- en virtud de los cuales puede constatarse la referida «especial trascendencia». No entendemos que quepa desarrollar sobre este extremo actividad probatoria alguna, puesto que esta posibilidad nos introduciría en una situación procesal de difícil solución -en este trámite de admisión de la propuesta de convenio-, para el caso de concurrir visiones disidentes sobre este punto. Por otro lado, es necesario que el informe se haya realizado específicamente para permitir la superación de los límites legales previstos para las quitas y esperas. No hay cuestión en relación con este último punto en el presente caso. En relación con la consideración de si la actividad empresarial de Dorlast, SL tiene especial trascendencia en la Comunidad Autónoma de La Rioja valoramos que según el informe: 1) ha colaborado a formar un tejido empresarial indirecto que se vería afectado por su desaparición; y 2) que diferentes empresas de la Comunidad Autónoma se encuentran implicadas en las diferentes fases de producción. Y aunque hubiera sido deseable una mayor precisión en el informe, así como una mayor extensión en relación con las consecuencias positivas de la pervivencia de la actividad empresarial de la entidad concursada, así como de las negativas derivadas de su desaparición, no podemos olvidar que el interés en la actividad de Dorlast, SL en La Rioja expresado por la entidad Flex Equipos de Descanso, SL al suscribir la propuesta de convenio de asunción, es reflejo de la singularidad e importancia que debe atribuirse a la actividad empresarial de la concursada en La Rioja.”: Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)

2. Inconcreción de la espera

“SEGUNDO.- La propuesta, vulnera el art. 100 LC, impidiendo además, el necesario control de cumplimiento del convenio. La propuesta señala el comienzo del pago, transcurridos 30 meses desde la firmeza de la resolución en que se apruebe el convenio, en el primer semestre del año 2009, sin expresar qué cantidad o porcentaje de la quita se pagará en ese momento. Es decir realmente la propuesta, no incorpora la necesaria determinación de la espera al silenciar qué cantidades o porcentaje de la quita, se abonara en las fechas en las que se comprometen los pagos, inicial y sucesivos, que como además veremos también, indebidamente, aparecen condicionados. Con esta indeterminación de la espera, no estableciéndose tampoco los parámetros objetivos para la determinación del porcentaje de la quita que se pagara en cada momento, sin establecerse tampoco que consecuencias tendría la no obtención en un año de beneficios en "la actividad", y como afectaría al calendario de abonos, no precisándose si a los 30 meses de la firmeza de la resolución aprobando el convenio se pagara el 1% o menos del porcentaje de la quita o el 99,9% a los doce años y seis meses desde la firmeza de la resolución aprobando el convenio, hemos de estimar que la propuesta vulnera el art. 100.1 LC, al no determinar el alcance de la espera real que deben soportar los acreedores en el pago o permitir su determinación objetiva.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

2. La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente 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, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

Art. 100.2.II

“CUARTO.- En cuanto al motivo de fondo, se funda la oposición en la infracción de las normas sobre el contenido del convenio que recoge el artículo 100 de la Ley Concursal, concretamente de sus apartados 2 y 3. Dicho motivo ha de ser desestimado por las mismas razones anteriormente apuntadas, y ello habida cuenta de que dicho precepto parte de la existencia de una propuesta firme de enajenación de bienes del concursado, y en el presente supuesto lo que existe es un compromiso por parte de la concursada de continuar con las gestiones encaminadas a culminar dicha venta en las mejores condiciones.”: Sentencia JM-1 Murcia 09.05.2006 (Concurso 11/2005)

3. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, y sin perjuicio asimismo de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo.

4. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado.

Art. 100.4

1. Interpretación meramente formal

“CUARTO.- Una vez puntualizado lo anterior, procede entrar a conocer sobre el primero de los motivos de oposición a la aprobación judicial del convenio de los esgrimidos por la Administración Concursal en su demanda, a saber la infracción del apartado 4 del artículo 100 de la Ley Concursal por entender que el convenio no va acompañado del preceptivo plan de pagos.

El artículo 100.4 de la Ley Concursal indica que el plan de pagos, que necesariamente ha de acompañar a toda propuesta de convenio, debe especificar “con detalle” los recursos previstos para el cumplimiento del convenio, incluidos los generados por la enajenación de determinados bienes o derechos del deudor.

En consecuencia, se ha de precisar de donde va a salir concretamente el dinero para pagar a los acreedores, indicando las fuentes de recursos que pueden consistir, según se especifica en el propio precepto, en ingresos de la propia actividad empresarial o profesional del concursado, en productos de la venta de bienes o en financiación supletoria obtenida de tercero o de acreedores (art 100.5), aunque pudiera consistir en cualquier otro tipo de recursos no especificados en el precepto.

En el caso que no ocupa, en la condición TERCERA de la propuesta de convenio se contiene un calendario de pagos en las dos propuestas alternativas que propone;

“A.-QUITA. LORCA INDUSTRIAL S.A. pagara a los acreedores en el plazo de espera que se dirá con quita del cincuenta por ciento del importe de sus respectivos créditos, y sin devengo de intereses alguno, quedando excluidos y de conformidad con lo previsto en el artículo 59 LC los créditos salariales que resultan reconocidos, que devengarán el interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos.

B.-ESPERA.- LORCA INDUSTRIAL S.A.- pagara a los acreedores, verificada quita del cincuenta por ciento, los créditos fijados en la Lista anexa al informe de Administración en el plazo de cinco años y en la siguiente forma: los tres primeros años carencia; el cuarto año el 30% de la cantidad que resulte, una vez verificada la quita; y quinto año el 70% restante.”

Para el cumplimiento de ese calendario de pagos se propone por la concursada en la condición SEGUNDA del convenio la enajenación de inmuebles y de la maquinaria y de los muebles que no sean necesarios para continuación de la actividad empresarial.

Cierto que sin especificar cual sean exactamente los bienes a enajenar ni los recursos que se pretenden generar con todas las enajenaciones para hacer frente al calendario de pagos, pero el hecho de que se indique que las enajenaciones se efectuaran “bajo la fiscalización de la administración concursal”, se entiende que colma aquella exigencia legal por cuanto la

administración concursal es perfectamente concedora de los bienes que integran el activo de la sociedad concursada, de cuales, de ellos, son necesarios para continuar con la actividad empresarial y de los recursos que podrían obtenerse con su venta atendiendo al inventario de la masa activa y de su valoración que figura en el informe presentado ante este Juzgado el día 23 de febrero de 2006.

Por lo que el primer motivo de oposición debe ser rechazado.”: Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2007 (Incidente Concursal 388/2006)

5. Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

Art. 100.5

“También debe denegarse la autorización, aunque estos defectos no concurren, cuando una espera tan excesiva, superior a diez años, e indefinida como la presentada, se lleva a cabo sin contemplar en el convenio como se pagaran los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad, art. 100.5 LC.

Realmente no puede justificarse y motivarse esta autorización judicial, con la valoración positiva de la propuesta que ello conlleva, cuando puede realmente encontrarse, hipotecado o garantizado con prenda todo el patrimonio de la concursada, sin control alguno, con riesgo de autocontratación (opción de compra) e incluso ejecutadas tales garantía con eliminación de todos los bienes, sin haber percibido los acreedores cantidad alguna. Realmente en la propuesta se oculta como y cuando se efectuarán los pagos de los hipotéticos prestamos, silenciando hasta su cifra o cuantía máxima y sus condiciones. Todo ello sin existir tampoco garantía alguna para el cumplimiento del convenio, ni tercero que se comprometa a cumplirlo, o asuma alguno de los pagos contemplados en la propuesta, o de financiación, aunque se contemplen a su favor el máximo de garantías posibles sobre el patrimonio de la concursada. Pero es mas la inexistente entidad, pendiente de creación, mencionada en el convenio, tal y como se desprende del contrato aportado, denominado de Gerencia, no asume ningún compromiso de prestar garantías, financiación, ó realizar pagos, y por ello tampoco firma la propuesta, como en tal caso resultaría preceptivo. Realmente además es imposible que quien no existe pueda subsanar este defecto y firmar la propuesta de convenio. Con todo ello surge el interrogante sobre el compromiso de INDENEVA, S.L.. Desde luego, a tenor del contrato aportado como documento número uno, no es la de financiar el "negocio", nuevo concepto indeterminado, tampoco la de asumir ninguna de las obligaciones de la parte llamada en el contrato como "La Gerente", tampoco se compromete en la propuesta al pago del convenio, a realizar alguno de los pagos contemplados en la propuesta o a la financiación del cumplimiento del convenio. Únicamente se limita a manifestar que constituirá una sociedad mercantil, participada al 100 %, que se "subrogará" en cuantos derechos y obligaciones dimanen del presente convenio (no concursal), y que en adelante se denominará "la Gerente"; aunque tampoco se expresa cuando, porqué no existe realmente ningún compromiso sobre el plazo de creación de la sociedad, sino solo una manifestación de intenciones, dificultando al máximo el control de cumplimiento del convenio para los acreedores, que hasta pasado mas de 10 años, no pueden comprobar el impago.

La concursada, solo afirma que el importe de los créditos se hará efectivo con cargo al beneficio de "la actividad", aunque ella no va a efectuar realmente ninguna, cediendo la gestión a un tercero que hoy no existe. Podría, incluso por ello plantearse la duda sobre quien realmente se compromete a realizar los pagos a los acreedores concursales, en muchos casos con seguridad a sus herederos, transcurrido mas de un decenio. Con semejante propuesta, con la duda de quien asume la continuidad de la actividad, surgen incluso importantes dudas procedimentales, sobre sí deben ser oídos o no los trabajadores, aunque difícilmente tendrían algo que decir ante solo una declaración de intenciones, de quien tras aprobarse el convenio, realmente de forma extraconcursal puede hacerse con el control de la sociedad concursada.

Por todo ello, no procede autorizar excepcionalmente rebasar los límites de quita y espera establecidos en el art. 100.1 L.C., y no procede admitir la propuesta de convenio que supera los tan repetidos límites establecidos en el meritado precepto.”. Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

“4. El segundo de los defectos a los que se refiere la providencia de 17 de febrero de 2006 es la falta de especificación de los recursos necesarios para el cumplimiento de la propuesta de convenio en el plan de liquidación, identificando y concretando los medios y condiciones para la obtención de los ingresos que permitirían el cumplimiento de la propuesta de convenio, así como el detalle de los compromisos de los terceros en la aportación de tales ingresos. El artículo 100.5

LC cuando se refiere al plan de viabilidad establece que «cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros». Como hemos advertido, en el texto de la propuesta de convenio se indicaba que «el pago de los créditos se efectuará con medios propios de la sociedad, sin que ningún tercero afronte su satisfacción. Para la realización de dichos pagos la empresa concursada se obliga formalmente a realizar y elevar a público las ampliaciones de capital que sean necesarias» a fin de afrontar la deuda pendiente una vez aplicada la quita planteada a los acreedores. Hay que poner de relieve que no puede comprenderse muy bien cómo va a afrontar la sociedad concursada la ampliación de capital «sin que ningún tercero afronte su satisfacción». Debemos partir de que el artículo 73.2 LSRL establece que «el contravalor del aumento del capital social podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la aportación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio». Pues bien, o la entidad concursada indica con qué reservas o beneficios pretende afrontar las ampliaciones de capital anunciadas y lo expone en el correspondiente plan de viabilidad -al asumir que el cumplimiento del convenio se llevará a cabo con recursos generados como consecuencia de la actividad empresarial- o bien indica qué terceros se obligan a suscribir la ampliación de capital. No se hacía esta concreción en la propuesta de convenio inicialmente presentada. Mediante el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 se indica que se tiene previsto articular «dos ampliaciones de capital, que serán suscritas y desembolsadas por el actual administrador concursal(?), D. Eusebio(...) para realizar las ampliaciones de capital mencionadas se pondrá a la venta las acciones de las que el Administrador ordinario, D. Eusebio, es titular(..)Don Eusebio es propietario de 1.034 acciones. Cada acción, dice el certificado, tiene un valor de 452,60 euros, lo que hace un total de 467.988,40 euros. Esta cantidad es suficiente para desembolsar las ampliaciones de capital propuestas». En cuanto a las ampliaciones de capital y su importe se dice en el escrito presentado por la entidad deudora el 1 de marzo de 2006 que «debemos fijar la cuantía de la primera ampliación de capital en 60.000 euros. Con dicha cantidad se asume, y se sobrepasa, el 1º pago estipulado en el plan de pagos presentado al Juzgado. La segunda ampliación tendrá las mismas características del primero pero destinándose al 2º pago del convenio. En este segundo pago variará lógicamente el importe, el cual es materialmente imposible de cuantificar, pero que tal y como se ha comentado, llegará a cubrir el resto -una vez descontado el primer pago- de los créditos, hasta alcanzar los 2/3 de las deudas actuales de la empresa, pagando a todos los acreedores por igual e independientemente de su clasificación». Tampoco puede tenerse por subsanado el defecto al que se aludió en la providencia de fecha 17 de febrero de 2005 por dos razones: a) se pretende indicar que la segunda ampliación de capital pudiera derivar -al menos en parte- de las reservas o beneficios obtenidos con la continuación de la actividad empresarial y no se aporta el correspondiente plan de viabilidad que lo indique; b) en relación con la segunda ampliación no se concreta el alcance del compromiso del tercero D. Eusebio. “:Auto JM-1 Madrid 16.03.2006 (AC 2006/504)

1. Interpretación meramente formal

“QUINTO.- Misma suerte desestimatoria, y por idéntico motivo, merece el segundo motivo de oposición esgrimido por mor del apartado 5 del artículo 100 de la Ley Concursal.

La administración concursal entiende que el convenio no va acompañado de plan de viabilidad pese a ser preceptivo a tenor del citado precepto por cuanto que el convenio contempla contar con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad empresarial o profesional.

Efectivamente, el plan de viabilidad, al igual que ocurre con el plan de pagos, ha de especificar cuales son los recursos necesarios, aunque tratándose del plan de viabilidad, para la continuidad de la empresa, así como de donde hayan de obtenerse aquellos recursos.

En el caso que nos ocupa en el plan de viabilidad(condición SEGUNDA del convenio propuesto) se concreta que los recursos que se pretenden obtener para posibilitar la continuación de la empresa procederán de las enajenaciones de los bienes que resulten precisos para tal finalidad, fiscalizadas tales ventas, por la administración concursal.

Por tanto, si bien es cierto que el plan de viabilidad, como ocurre con el plan de pagos, no tiene una redacción tan detallada como sería de desear, al especificarse que los recursos precisos para atender uno y otro han de obtenerse en todo caso con la fiscalización, por parte de la administración concursal, de las enajenaciones que sean precisas para ello, se entiende que sendos documentos (plan de pagos y de viabilidad) cumplen con las mínimas exigencias de contenido de los apartados 4 y 5 del art. 100 de la Ley Concursal, pues los administradores en tal caso y pese al cese de su cargo a que alude el segundo inciso del apartado 2 del artículo 133 de la ley Concursal, mantendrían aquella función encomendada en el convenio según les faculta el mismo precepto.”: Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2007 (Incidente Concursal 388/2006)

Artículo 101. Propuestas condicionadas.

1. La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada.

Art 101.1

“TERCERO.- La propuesta, vulnerando el art. 101.1, condiciona el cumplimiento de la eficacia del convenio, es decir, el pago a los acreedores, respecto a los siguientes pagos a realizar, después del inicial, ya que no se llevaran a cabo sino "una vez aprobadas las cuentas anuales del ejercicio anterior", sin saber tampoco de quien, de la concursada o de "la gerente", pudiendo justificarse así indebida y fácilmente el incumplimiento, sin que tal acuerdo, una vez puede constarse objetivamente la obtención de beneficios, no señalándose tampoco que ocurre cuando no se obtienen, pueda estimarse imprescindible para el cumplimiento del convenio.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros.

Art. 101.2

“QUINTO.- Por otra parte, al no admitirse a trámite, en ésta misma fecha, las propuestas de convenio de D^a Marcelina, Comercial Alimentaria de Trevelez, S.L. y Despensa de la Alpujarra, S.L., a las que válidamente se condicionaba la propuesta de convenio, al no poder cumplirse tal condición, por la estimación de solo una de las causas de inadmisión apreciadas en los mencionados concursos, debe inadmitirse esta propuesta de convenio ya que, en definitiva, no puede concluir en convenio aprobado judicialmente.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

Artículo 102. Propuestas con contenidos alternativos.

1. Si la propuesta de convenio ofreciese a todos los acreedores o a los de alguna clase la facultad de elegir entre diversas alternativas, deberá determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección.

2. La facultad de elección se ejercerá por cada acreedor en la propia junta de acreedores que acepte el convenio o en el plazo que éste señale, que no podrá exceder de diez días a contar de la firmeza de la resolución judicial que lo apruebe.

Artículo 103. Adhesiones a la propuesta de convenio.

1. Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en esta Ley.

2. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido.

3. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el secretario del juzgado en el que se tramite el concurso, o mediante instrumento público.

4. La adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan.

SECCIÓN 3 - DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

Artículo 104. Plazo de presentación.

1. Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio.

2. En caso de presentación de propuesta anticipada de convenio, cuando se dé el supuesto previsto en el número 5 del artículo 100, siempre que el plan de viabilidad contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el apartado 1 de dicho artículo, el juez podrá, a solicitud del deudor, autorizar motivadamente la superación de los límites que para el convenio se establecen en esta Ley.

1. Autoriza espera de 7 años

“**CUARTO** A tenor de lo previsto en el núm. 2 del artículo 104 de la Ley Concursal cabe autorizar la superación del límite quinquenal, al que se refiere el núm. 1 del artículo 100 de dicho texto legal, hasta alcanzar la espera de siete años que se contiene en la propuesta de convenio presentada por la concursada. Resulta razonable que se admita tal excepción, ya que si se desea satisfacer el 100% del importe de los créditos, como se pretende convenir, lo que supone una buena solución para los acreedores, pues les permitirá cobrar la totalidad de lo que se les adeuda, es preciso contar con la financiación adecuada. Y no se generará suficiente caja para culminar el pago del total de las deudas, según se desprende del plan de viabilidad de la deudora, hasta el sexto (el 20%) y el séptimo año (el 10% restante), una vez consolidada la reestructuración de patrimonio (que supondrá la enajenación de activos y la adquisición de inmuebles de dimensión adecuada) y de líneas de actividad negocial (prescindiendo de las que no estaban resultando rentables) previstas por la empresa concursada. “:Auto JM-4 Madrid 24.01.2005 (AC 2005/148)

2. El artículo 104.2 remite al contenido del artículo 100.5 de la Ley pero no 100.1.La propuesta anticipada de convenio no queda sometida a los límites de quitas y esperas del artículo 100

“**Quinto**.- El último motivo se vincula a una supuesta infracción de los límites legales del artículo 100 de la Ley concursal – plazos de quitas y espera -. En este punto debe advertirse que ni tan siquiera para los supuestos de convenios no anticipados el límite legal se aplica de modo automático ya que el propio artículo 100 prevé supuestos en los que previa autorización del juez y con informe de la autoridad económica pueden superarse justificadamente los límites legales.

Por otro lado la propuesta anticipada de convenio en su regulación legal – artículo 104.2 – remite al contenido del artículo 100.5 de la Ley pero no al párrafo primero del texto legal lo que ha llevado a la doctrina de un modo abrumadoramente mayoritario a considerar que la propuesta anticipada de convenio no queda sometida a los límites de quitas y esperas del artículo 100 sino al criterio del Juez que, no en vano, se guarda la facultad de no admitir el convenio anticipado – artículo 107.2 – si la evaluación que de la propuesta hacen los administradores se contienen reservas o si la evaluación es desfavorable, lo que permitirá al Juez examinar el plan de pagos desde una perspectiva menos rígida – no dispone de límites iniciales – pero más rigurosa – puede dejar sin efecto la admisión incluso de convenios que se encontraran dentro de los parámetros del artículo 100 si resultan a su parecer y, a la vista de la evaluación, inviables.

El profesor ROJO considera y argumenta las razones por las que las propuestas anticipadas no se deben someter a los límites del artículo 100.1 vinculando esa superación de los límites a la bondad del plan de viabilidad. En el mismo sentido la profesora BALLESTEROS DE LOS RIOS en la obra coordinada por el Profesor BERCOVITZ.

En definitiva deben rechazarse las pretensiones de la parte oponente. “:SJM-3 Barcelona 19.12.2006 (Incidente Concursal 638/2006)

Artículo 105. Prohibiciones.

1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:

Art. 105.1

1. Interpretación restrictiva de estas prohibiciones

“Efectúa su oposición la parte impugnante considerando que no se dan los presupuestos o requisitos formales y materiales que conforme al artículo 105 de la Ley concursal permitirían a la mercantil LABIANA LIFE SCIENCES S.A.U. disfrutar de las posibles ventajas de una propuesta anticipada de convenio.

Con carácter previo debe indicarse que el contenido del artículo 105 de la Ley concursal ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina (profesor VILARRUBIAS y profesora PULGAR) y que en el trámite parlamentario – tanto ante el Congreso de los Diputados como ante el Senado – se planteó en diversas ocasiones la necesidad de suprimir el artículo que podía enrarecer la posibilidad de alcanzar el convenio que, como expresa la exposición de motivos de la Ley concursal, tendría que ser la solución del concurso, debiendo facilitarse la posibilidad de convenio anticipado a todos los acreedores. Sin embargo en el trámite parlamentario tomó carta de naturaleza la posición de los autores (CERDÁN/SANCHO) que defendían que sólo pudiera acceder a la propuesta anticipada el “deudor honesto”

Por eso la doctrina más acertada considera que la interpretación de las causas de prohibición deben considerarse taxativas e interpretarse de modo restrictivo (así el profesor ROJO).”: SJM-3 Barcelona 19.12.2006 (Incidente Concursal 638/2006)

- 1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.
- 2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

Art. 105.1.2º

1. Depósito de cuentas: inaplicabilidad de la prohibición cuando obedece a un motivo razonable

“Tercero.- El primero de los motivos esgrimidos, al amparo del artículo 105.1.2º, es que el concursado no haya cumplido durante alguno de los últimos tres ejercicios con la obligación de depósito de las cuentas anuales. La doctrina que ha analizado este precepto ha considerado que el alcance del mismo es excesivo y que se echa en falta un poco de flexibilidad (profesora BALLESTEROS DEL RIO). SALAS REIXACHS considera que la medida es drástica y aboga por considerar que es un defecto subsanable.

La propia concursada citando a la doctrina más autorizada (ROJO y CORDÓN, entre otros) considera que no todo incumplimiento del deber de depositar cuentas debe ser objeto de la misma sanción, sobre todo cuando en el ámbito societario la jurisprudencia ha declarado que el incumplimiento del deber depositar cuentas no es, por sí solo, causa directa y automática de responsabilidad del administrador.

En este caso el no depósito de las cuentas se vincula a las discrepancias entre el socio mayoritario del holding y la dirección originaria de la compañía respecto de la situación real de las cuentas de la sociedad, circunstancia que ha dado lugar a discrepancias de toda índole entre socios. Se habla de un retraso en el depósito y una reformulación de las cuentas motivadas por estas discrepancias.

No tiene ningún sentido considerar que la prohibición de falta de depósito ha de operar en el concurso de modo automático cuando ese automatismo no se reconoce en otros ámbitos del derecho societario – responsabilidad de administradores -. Si el objetivo es que el acreedor pueda conocer el reflejo real de la situación de las cuentas del deudor en el momento de proceder a su adhesión a la propuesta anticipada lo cierto es que esa información la puede obtener acudiendo al propio informe de la administración concursal emitido y a disposición del deudor.

Si se trata de evitar que deudores no “honestos”, en la terminología de la doctrina más cualificada, puedan acceder a las facilidades del convenio anticipado quien evidencia las razones para no depositar no puede ser inicialmente tildado de “deshonesto” e impedirle las facilidades del convenio anticipado, facilidades que no son para el concursado pero también para los acreedores que apoyan el convenio.

Por lo tanto debe rechazarse el motivo de oposición.”: SJM-3 Barcelona 19.12.2006 (Incidente Concursal 638/2006)

- 3.º No figurar inscrito en el Registro mercantil, cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria.
- 4.º Haber estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentra en tramitación hayan transcurrido tres años desde la conclusión de aquél.
- 5.º Haber realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso alguno de los siguientes actos:
 - a) Disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades al uso.
 - b) Disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de un tercero o de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado a que se refiere el artículo 93, realizada en condiciones que, al tiempo de su celebración, no fueren las normales de mercado.
 - c) Pago de obligaciones no vencidas.
 - d) Constitución o ampliación de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes.
 - e) Otros actos que hayan sido declarados en fraude de acreedores por sentencia, aunque no haya alcanzado firmeza.

Art 105.1.5º-d)

1. Análisis en el contexto de las acciones de reintegración

“**Cuarto.**- El segundo motivo de oposición hace referencia al presupuesto del artículo 105.1.5º de la Ley, que hace mención al acreedor que hubiera constituido en los tres años anteriores garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes. La concursada no niega la existencia de estas garantías, articuladas a partir de un poder irrevocable constituido en favor de un grupo de bancos acreedores el 18 de diciembre de 2003.

Esta prohibición no puede desvincularse de las denominadas acciones reintegratorias reguladas en el artículo 71 y siguientes de la Ley concursal. En la regulación de las acciones de reintegración se articulan dos supuestos distintos: el de la presunción iuris et de iure, previsto en el artículo 71.2, y el de la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial, artículo 71.3, en el que se incluye la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes.

En este punto debe advertirse:

a) Que se trata de presunciones legales iuris tantum, es decir, el acreedor beneficiado o el propio concursado asumen la carga de probar que no se ha producido perjuicio patrimonial evitando, de ese modo, la cancelación de las garantías.

b) Que la reintegración no es automática, debe ejercitar la administración concursal o los acreedores interesados la correspondiente pretensión reintegradora por medio de incidente.

Por lo tanto hay argumentos legales para eludir el automatismo que parece surgir del artículo 105 e incardinarlo en los supuestos en los que dicho obstáculo o circunstancia se produce que no es otro que el contexto de las acciones reintegratorias.

En el supuesto de autos la concursada ha dado razones de la constitución de estos mecanismos de garantía. La administración concursal no ha iniciado acciones reintegratorias pese a que algún acreedor ha instado a la administración concursal (artículo 72.1) a que inicie esas acciones. La administración concursal ha explicado las razones por las cuales en esta fase del procedimiento no cree de interés para el concurso el ejercicio de acciones de reintegración, sin perjuicio de reservarse esta posibilidad para el supuesto de que el convenio fracasara.

Ningún acreedor ha iniciado hasta la fecha acciones de reintegración destinadas a la cancelación de las garantías.

Por lo tanto analizada la prohibición legal en el contexto de las acciones reintegratorias el motivo de oposición debe ser rechazado cuando ni la administración concursal, ni el acreedor oponente ni el resto de acreedores han iniciado acciones de reintegración. No tendría sentido establecer para la propuesta de convenio anticipada una traba legal que

se desvinculara del ejercicio de estas acciones de reintegración.”: SJM-3 Barcelona 19.12.2006 (Incidente Concursal 638/2006)

- 6.º Haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso o haber infringido durante la tramitación del concurso alguno de los deberes u obligaciones que impone esta ley.

2. Si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobare que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación.

Artículo 106. Admisión a trámite

1. Para su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, prestadas en la forma establecida en esta ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.

1. Cómo se computan los créditos a estos efectos, no existiendo informe de la Administración Concursal

“1) En los convenio anticipados en la medida en la que no hay informe de la administración concursal se plantea como computar los créditos que luego serán determinados para obtener el porcentaje mínimo de admisión.

El artículo 6.2.4º de la LC cuando establece los documentos que debe aportar el concursado advierte que debe adjuntarse una relación de acreedores con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como la cuantía, el vencimiento y las garantías personales o reales constituidas, en este precepto no se plantea exigencia alguna sobre la determinación de la naturaleza de los créditos. En el artículo 106, dentro de las normas sobre el convenio anticipado, se indica que para su admisión la propuesta debe ir acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen 1/5 del pasivo presentado por el deudor, sin embargo en el momento en el que se presenta la propuesta anticipada de convenio no hay todavía un informe provisional o definitivo de la administración concursal en el que se califiquen los créditos. El artículo 108.2 trata de la “modificación” de la clase o cuantía del crédito por el informe de la administración concursal y sus efectos en cuanto a la adhesión al convenio. Del conjunto de normas referidas no se define con claridad un criterio para determinar la calidad de las adhesiones necesarias para la admisión a trámite del convenio anticipado, en la medida en la que no hay informe de calificación de créditos y el concursado no tiene obligación de identificar la clase de créditos en su solicitud inicial de concurso parece razonable y ajustado al espíritu de la ley de favorecer los convenios anticipado computar a los efectos de la admisión a trámite de dicha modalidad de convenio la totalidad de los créditos sin efectuar una valoración previa de su naturaleza y su hipotética condición de subordinados. Cuestión distinta es que una vez el informe de la administración concursal sea definitivo hayan de excluirse del cómputo las adhesiones de aquellos acreedores que finalmente se hayan calificado como de subordinados no aprobando aquellas propuestas que no obtengan la adhesión final de los acreedores ordinarios o privilegiados fijados en la Ley. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 1

2. Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara 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 de concurso.

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

En el mismo plazo, de apreciar algún defecto, el juez lo notificará al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo.

3. El juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la proporción del pasivo exigida, cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio o cuando el deudor estuviere incurrido en alguna prohibición.

4. Contra el pronunciamiento judicial que resolviere sobre la admisión a trámite no se dará recurso alguno.

Artículo 107. Informe de la administración concursal.

1. Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación.

2. La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno.

1. No es admisible en esta fase un incidente de impugnación u oposición por los acreedores

“2) También en los convenios anticipados algunos acreedores han planteado la posibilidad de oponerse a la admisión de los convenios cuestionando a priori la viabilidad de la empresa.

Del contenido del artículo 106 y 107 de la Ley Concursal parece que el legislador atribuye en exclusiva al Juez la facultad de admitir a trámite las propuestas de convenio anticipadas, el juicio de valor que debe realizar le exige confirmar, en primer lugar, que el convenio cumple con los requisitos formales y de contenido derivados del artículo 99, 100 y siguientes de la LeCo, en segundo lugar, si concurre alguna de las causas de prohibición del artículo 105, y, en tercer lugar, tras la evaluación de los administradores, sobre las posibilidades del plan de pago y plan de viabilidad. El análisis que se le exige al Juez es primero de legalidad objetiva del convenio, segundo de la concurrencia de circunstancias subjetivas que determinen que el concursado tiene vedado el acceso al convenio anticipado y, tercero, las bondades económicas del convenio. Tanto el artículo 106 como el 107 vedan la posibilidad de revisión de estas decisiones en segunda instancia. El artículo 105.2 advierte que el Juez podrá de oficio rechazar un convenio anticipado inicialmente admitido cuando conozca de modo sobrevenido la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en ese artículo que prohíban al concursado presentar convenio anticipado. No parece que los acreedores personados en el procedimiento tengan expresamente reconocidas facultades procesales para cuestionar el convenio anticipado en esa fase inicial de admisión. En la Ley los acreedores sólo pueden fiscalizar el convenio por la vía de la impugnación de la aprobación del convenio tras la junta por medio del correspondiente incidente concursal, o en la propia junta por medio del voto negativo y de la intervención en el turno de palabra advirtiendo a otros acreedores de los problemas de legalidad que pueda conllevar el convenio presentado. Parece razonable rechazar las impugnaciones que los acreedores puedan hacer del convenio antes de su admisión y sometimiento a votación ya que si se habilita este sistema de fiscalización previo se corre el riesgo de que los incidentes concursales que pudieran plantearse paralizaran o ralentizaran la fase de convenio.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 2

Artículo 108. Adhesiones de acreedores.

1. Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio 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 con los requisitos y en la forma establecidos en esta ley.

1. Adhesiones escritas temporáneas pero de constancia tardía

“4) Cómputo de las adhesiones escritas ante notario que llegan tardíamente al Juzgado y si pueden ser tenidas en cuenta a posteriori para conformar las mayorías necesarias para la aprobación.

En el convenio anticipado el artículo 108 establece que los acreedores pueden manifestar su adhesión a la propuesta de convenio desde la admisión a trámite de la propuesta hasta que expire el plazo para la impugnación del inventario – 10 días computados a partir de la publicación de los edictos en los que se comunica la presentación del informe de la administración concursal -. El artículo 109 establece que el cómputo de esas adhesiones no se inicia hasta que no hay informe definitivo – para que puedan efectuarse los ajustes correspondientes en cuanto a la determinación cuantitativa y cualitativa de los créditos -. Si no hay impugnaciones el lapso de tiempo que discurre desde el cierre del plazo hasta la aprobación es por lo menos de 5 días, si hay impugnaciones el plazo se amplía ya que deben resolverse los incidentes concursales – 10 días para contestar más vista más plazo o término para dictar sentencia – más los cinco días

para el informe definitivo; las adhesiones anteriores a la fecha legalmente prevista que lleguen al Juzgado con posterioridad a esa fecha pero antes de la aprobación judicial deberán computarse ya que el criterio que fija la Ley es que las adhesiones se manifiesten antes de que expire el plazo de impugnación del informe, si esas adhesiones llegan con posterioridad por haberse remitido por correo, por haberse extraviado o por no haber sido depositadas en el Juzgado en el momento oportuno no deben quedar invalidadas. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 4

2. Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la secretaría del juzgado. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista.

Artículo 109. Aprobación judicial del convenio.

1. Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones, el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida. El juez, mediante providencia, proclamará el resultado. En otro caso, dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, según corresponda.

2. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. La sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136.

La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta ley.

Artículo 110. Mantenimiento de propuestas no aprobadas.

1. Si no procediera la aprobación del convenio, el juez requerirá de inmediato al deudor para que, en plazo de tres días, manifieste si mantiene la propuesta anticipada de convenio para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la liquidación.

2. Los acreedores adheridos a la propuesta anticipada se tendrán por presentes en la junta a efectos de quórum y sus adhesiones se contarán como votos a favor para el cómputo del resultado de la votación, a no ser que asistan a la junta de acreedores o que, con anterioridad a su celebración, conste en autos la revocación de su adhesión.

SECCIÓN 4 - DE LA APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO Y APERTURA DE LA SECCIÓN QUINTA

Artículo 111. Auto de apertura y convocatoria de la Junta de acreedores.

1. Cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio conforme a lo establecido en la sección precedente, el juez, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta.

2. El auto ordenará convocar junta de acreedores de acuerdo con lo establecido en el artículo 23, fijando lugar, día y hora de la reunión. En la notificación de la convocatoria se expresará a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3.

Cuando se trate del supuesto previsto en el artículo precedente y en el apartado 1 del artículo 113, la junta deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto. En los demás casos, deberá serlo para su celebración dentro del tercer mes contado desde la misma fecha.

Cuando el deudor hubiera mantenido la propuesta de convenio anticipado, el juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni informe de la administración concursal, dictará auto convocando la Junta de acreedores.

3. El auto se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y contra él no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que puedan invocarse los motivos de impugnación en recurso de apelación contra la sentencia que resuelva sobre la aprobación del convenio.

1. Sobre la publicidad y notificaciones del auto

“8) También referido al convenio se plantea el problema de las garantías para la convocatoria en la medida en la que la Ley no establece una convocatoria individualizada a los acreedores.

El artículo 111 de la Ley Concursal establece que la convocatoria de la junta queda sometida al régimen de publicidad del artículo 23 de la Ley Concursal, dado el contenido de este artículo 23 los problemas prácticos pueden ser importantes ya que el artículo 23.2 sólo exige publicación de edictos en BOE y en diario en el supuesto de la declaración de concursos y en el resto de resoluciones la publicidad es más “difusa”. Lo que sí parece claro es que el auto acordando la convocatoria de la junta deberá notificarse a todos los acreedores personados y a las partes “públicas” del proceso concursal: Fondo de Garantía Salarial, Agencia Tributaria y Tesorería de la Seguridad Social. Es conveniente que cuando el número de acreedores sea elevado y no estén personados se publiquen los edictos cuando menos en un diario de difusión en el ámbito territorial de la concursada; por otra parte la Ley no excluye que el Juez de oficio o a petición del proponente del convenio pueda habilitar medios complementarios de publicidad – convocatoria por correo con acuse de recibo, burofax u otros medios análogos. ”; II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 8

2. Sobre la suspensión de la Junta. Sobre la convocatoria de Juntas sucesivas

“5) Criterios para suspender las juntas convocadas.- Entre ellos la solicitud del concursado de un plazo extra para garantizar el éxito del concurso.

No hay normas específicas en la Ley concursal respecto de la suspensión de la convocatoria de la Junta, habría que acudir a las normas generales de la LEC para autorizar una suspensión cuando concurra causa legal, entre las causas legales no aparece en ningún caso la de que el concursado requiera de un plazo extraordinario para recabar adhesiones. En cualquier caso la interpretación de las causas de suspensión debe ser muy restringida para evitar perjuicios a los acreedores, sólo será posible la suspensión cuando la ausencia de alguna de las partes sea preceptiva y cuando no haya posibilidades de sustitución o apoderamiento – caso de los acreedores - Cuestión distinta es que la totalidad de los acreedores y el concursado reclamen la suspensión del curso de las actuaciones conjuntamente (artículo 188.1.3 de la LEC), en este caso sí será posible suspender la junta siempre y cuando se constate que la suspensión la reclaman todas las partes, podría extenderse esta interpretación a los supuestos en los que la suspensión la piden conjuntamente el concursado y acreedores que representen un número determinante para la obtención del quórum de constitución o la mayoría para aprobar el convenio.

Dentro del análisis de esta cuestión se plantea también si en el marco del artículo 111 de la Ley Concursal sería posible habilitar varias convocatorias de junta de acreedores, la redacción del artículo 111 permite considerar que la Ley Concursal establece la celebración de una única convocatoria de junta, en la vieja tradición concursalista la convocatoria de las juntas en quiebras y suspensiones de pago habilitaba días complementarios para el supuesto de que la junta hubiera de suspenderse o interrumpirse por fuerza mayor – amenazas de bomba – permitiendo la continuación en el día hábil posterior a la incidencia, nada impide mantener estas fórmulas en la nueva ley para evitar estas incidencias. Más complicado es admitir que, a petición del deudor o de los acreedores proponentes del convenio, se pudieran fijar varias fechas para la celebración de juntas sucesivas cuando se hubieran de debatir distintas propuestas de convenio ya que el artículo 121 establece que el debate de distintas propuestas debe hacerse de modo sucesivo pero con unidad de acto. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 5

Artículo 112. Efectos del auto de apertura.

Declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el título III de esta ley.

Artículo 113. Presentación de la propuesta de convenio.

1. Transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, podrá presentar ante el Juzgado que tramite el concurso propuesta de convenio el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación. También podrán hacerlo los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación.

2. Cuando no hubiere sido presentada ninguna propuesta de convenio conforme a lo previsto en el apartado anterior ni se hubiese solicitado la liquidación por el concursado, éste y los acreedores cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva podrán presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración.

Art. 113.2

1. “Hasta cuarenta días antes” Cómputo del plazo

“PRIMERO.- Sobre la presentación de la propuesta de convenio

La recurrente sostiene que ha presentado la propuesta de convenio en plazo. Para justificar su afirmación mantiene que no es de aplicación el art. 104 de la Ley Concursal (LC), por referirse a la propuesta anticipada de convenio. Dicho precepto dispone que la propuesta puede presentarse hasta el momento en que expira el plazo para comunicación de créditos, y no consta que se hiciera en ese plazo.

A partir de ahí opera la previsión del art. 113 LC, cuyo apartado 2, de cumplirse los requisitos de avales que señala, dispone que hasta cuarenta días antes de la fecha de la junta podrá presentarse propuesta de convenio. El cómputo que propone la parte recurrente es de días naturales, es decir, en la forma que dispone el art. 5.2 del Código Civil (CCv).

El juzgado sin embargo ha considerado procedente entender los plazos de la Ley Concursal como un plazo procesal, de manera que verifica el cómputo en la forma que dispone el art. 185 de la Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Tal consideración parte del entendimiento de que el procedimiento concursal, como opina unánimemente la doctrina, es un auténtico proceso, en el que cabe oposición si el afectado no está conforme, y en el que se dilucida el modo en que se convendrá con los acreedores superar la situación de insolvencia o liquidará el patrimonio.

A pesar de los argumentos de la concursada, la solicitud de concurso se verificó en sede judicial, las partes han tenido que acudir asistidos de abogado y procurador lo que no siempre es preceptivo en procedimientos de jurisdicción voluntaria, los recursos presentados se formulan conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y en definitiva, cuantos avatares se plantean se someten a las normas de esa clase que, junto con la concursal, regulan un verdadero proceso, por mucho que sea especial.

Si cupiera alguna duda, que no la hay, la Disposición Final 5ª de la propia Ley Concursal establece que en lo no previsto por la ley, y la ley no prevé como computar los plazos, habrá que estar a lo dispuesto en la LEC, “y específicamente en lo que ser refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma”.

Cierto es que ahora la regulación del concurso no se encuentra en la LEC, sino en una norma diferente. Pero tal circunstancia no oculta que se regule un proceso, con las exigencias y características propias del mismo.

Nada hay que analizar subsidiariamente porque lo que pretende la concursada es que no se le apliquen las disposiciones legales que disponen como proceder en un procedimiento como el concursal. ”: Auto JM-1 Bilbao 04.05.2007 (concurso 116/2005)

Artículo 114. Admisión a trámite de la propuesta.

1. Dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el juez admitirá a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta ley. De apreciar algún defecto, dentro del mismo plazo lo notificará al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo. Si estuviese solicitada la liquidación por el concursado, el juez rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta.

Art. 114.1

1. Cómputo del plazo para la admisión a trámite en caso de convenio propuesto por los acreedores

“PRIMERO 1. A pesar de que el artículo 114 LC afirma que «dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el juez admitirá a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta Ley», no podemos obviar que en el caso -como el presente- en que la propuesta de convenio ordinario ha sido presentada por los acreedores, el artículo 113.1 LC exige al Juez del concurso que, para la admisión a trámite de la misma conste que sus «créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores», lo que nos indica que el cómputo del aludido plazo de cinco días previsto en el artículo 114 LC sólo puede iniciarse desde el momento en que la Administración concursal ha presentado la lista definitiva de acreedores, lo que en este caso tuvo lugar el día 28 de octubre de 2005. Aludíamos más arriba a que la propuesta de convenio ordinario ha sido presentada por los acreedores porque, a pesar de que aparece firmada por la entidad concursada, quien ha interesado que la misma fuera admitida a trámite ha sido la entidad Banco Español de Crédito, SA, titular en la lista definitiva de créditos concursales por un importe total de 2.100.462,25 euros.”: Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)

2. El trámite de subsanación no permite presentar nuevas propuestas de convenio fuera de plazo

“Por otra parte, no pueden además estimarse válidamente presentadas en tiempo, nuevas propuestas de convenio con contenido esencial diferente, no rectificando meros errores materiales, cuando ha transcurrido ampliamente el plazo mínimo de 40 días anteriores a la Junta y ha precluido el plazo para presentar propuestas de convenio, como realmente serían las presentadas en este caso cambiando el fondo, pues aunque tal modificación pudiera hacerse, antes de la admisión a trámite de la propuesta, estaríamos realmente ante una propuesta nueva para que pudiera estimarse ajustada al contenido legal, presentada una vez transcurrido el plazo establecido en el art. 113 LC, sin que el art. 114 autorice a traspasar los límites temporales de la propuesta establecidos en el artículo anterior.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

2. Una vez admitidas a trámite, no podrán revocarse ni modificarse las propuestas de convenio.
3. No habiéndose presentado dentro del plazo legal que fija el artículo anterior ninguna propuesta de convenio, o no habiéndose admitido ninguna de las propuestas, el juez, de oficio, acordará la apertura de la fase de liquidación, en los términos previstos en el artículo 143.

Art. 114.3

“SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 143.1.º LC procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación cuando no se hubiere presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el art. 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas. En este caso, como ordena el apartado 2 del precepto inicialmente citado, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

Por tanto, transcurrido el plazo para presentación de propuestas de convenio previsto en el art. 113 LC e inadmitidas las presentadas, en este momento y en esta resolución, sin más trámite, como ordena la Ley, procede acordar la apertura de fase de liquidación en este concurso.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

Artículo 115. Tramitación de la propuesta.

1. En la misma providencia de admisión a trámite se acordará dar traslado de la propuesta de convenio a la administración concursal para que, en el plazo improrrogable de diez días, emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe.
2. Los escritos de evaluación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirán a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75, y los emitidos con posterioridad se pondrán de manifiesto en la secretaría del juzgado desde el día de su presentación al juez.

3. Desde que, conforme a lo establecido en el apartado anterior, quede de manifiesto en la secretaría del juzgado el correspondiente escrito de evaluación y hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta, se admitirán adhesiones de acreedores a la propuesta de convenio con los requisitos y en la forma establecidos en esta ley. Salvo en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 110, las adhesiones serán irrevocables, pero no vincularán el sentido del voto de quienes las hubieren formulado y asistan a la junta.

SECCIÓN 5 - DE LA JUNTA DE ACREEDORES

Artículo 116. Constitución de la junta.

1. La junta se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria. El presidente podrá acordar la prórroga de las sesiones durante uno o más días hábiles consecutivos.
2. La junta será presidida por el juez o, excepcionalmente, por el miembro de la administración concursal que por él se designe.
3. Actuará como secretario el que lo sea del juzgado.
4. La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

Artículo 117. Deber de asistencia.

1. Los miembros de la administración concursal tendrán el deber de asistir a la junta. Su incumplimiento dará lugar a la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación.
2. El concursado deberá asistir a la junta de acreedores personalmente o hacerse representar por apoderado con facultades para negociar y aceptar convenios. El concursado o su representante podrán asistir acompañados de letrado que intervenga en su nombre durante las deliberaciones.
3. En cualquier caso, la incomparecencia de los miembros de la administración concursal no determinará la suspensión de la junta, salvo que el juez así lo acordase, debiendo señalar, en ese caso, la fecha de su reanudación.

Artículo 118. Derecho de asistencia.

1. Los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista tendrán derecho de asistencia a la junta.
2. Los acreedores con derecho de asistencia podrán hacerse representar en la junta por medio de apoderado, sea o no acreedor. Se admitirá la representación de varios acreedores por una misma persona. No podrán ser apoderados el concursado ni las personas especialmente relacionadas con éste, aunque sean acreedores.
El procurador que hubiera comparecido en el concurso por un acreedor sólo podrá representarlo si estuviese expresamente facultado para asistir a juntas de acreedores en procedimientos concursales.
El apoderamiento deberá conferirse por comparecencia ante el secretario del juzgado o mediante escritura pública y se entenderá que las facultades representativas para asistir a la junta comprenden las de intervenir en ella y votar cualquier clase de convenio.

3. Los acreedores firmantes de algunas de las propuestas y los adheridos en tiempo y forma a cualquiera de ellas que no asistan a la junta se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución.

1. Adhesiones escritas temporáneas pero de constancia tardía

“En el supuesto del convenio no anticipado el artículo 118.3 permite considerar que el plazo en el que expira la posibilidad de adhesión es el de la celebración de la junta, los acreedores podrán adherirse por escrito al convenio cuando manifieste su voluntad antes de la constitución de la Junta ya que el Secretario Judicial ha de hacer constar en acta tanto para la constitución de la junta como para las mayorías necesarias para aprobar el convenio la existencia de estas adhesiones, en este caso por un razonable criterio de seguridad jurídica no podrán computarse las adhesiones que hubieran llegado tardíamente al Juzgado. El problema se plantea cuando

tras la celebración de la junta se comprueba que hay adhesiones que siendo de fecha anterior a la celebración de la junta sin embargo llegaron al Juzgado con posterioridad a su celebración, no hay ningún cauce legal para que juntas no constituidas por falta de quórum o convenios rechazados por falta de los apoyos necesarios fueran nuevamente convocados a la vista de la llegada tardía de estas adhesiones. EL único cauce legal que le queda al concursado o a los acreedores es el de plantear la nulidad de las actuaciones y reclamo de una nueva convocatoria de junta cuando, por causas no imputables al deudor o a los acreedores adheridos, se hubiera alterado el normal desarrollo de la convocatoria de junta, pero esta vía de la nulidad debe considerarse como una solución excepcional. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 4

4. Las Administraciones públicas, sus organismos públicos, los Órganos Constitucionales y, en su caso, las empresas públicas que sean acreedoras se considerarán representadas por quienes, conforme a la legislación que les sea aplicable, les puedan representar y defender en procedimientos judiciales.

Artículo 119. Lista de asistentes.

1. La lista de asistentes a la junta se formará sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores, especificando en cada caso quienes asistan personalmente, quienes lo hagan por representante, con identificación del acto por el que se confirió la representación, y quienes se tengan por presentes conforme al apartado 3 del artículo 118.

2. La lista de asistentes se insertará como anexo al acta bien en soporte físico o informático, diligenciado, en todo caso, por el secretario.

Artículo 120. Derecho de información.

Los acreedores asistentes a la junta o sus representantes podrán solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal y sobre la actuación de ésta, así como sobre las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos.

Artículo 121. Deliberación y votación.

1. El presidente abrirá la sesión, dirigirá las deliberaciones y decidirá sobre la validez de los apoderamientos, acreditación de los comparecientes y demás extremos que puedan resultar controvertidos. La sesión comenzará con la exposición por el secretario de la propuesta o propuestas admitidas a trámite que se someten a deliberación, indicando su procedencia y, en su caso, la cuantía y la clasificación de los créditos titulados por quienes las hubiesen presentado.

2. Se deliberará y votará en primer lugar sobre la propuesta presentada por el concursado; si no fuese aceptada, se procederá del mismo modo con las presentadas por los acreedores, sucesivamente y por el orden que resulte de la cuantía mayor a menor del total de los créditos titulados por sus firmantes.

3. Tomada razón de las solicitudes de voz para intervenciones a favor y en contra de la propuesta sometida a debate, el presidente concederá la palabra a los solicitantes y podrá considerar suficientemente debatida la propuesta una vez se hayan producido alternativamente tres intervenciones en cada sentido.

4. Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella. Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de convenio los de los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la junta hayan sido tenidos por presentes.

[DT-1: debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la Junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio deba aprobarse sin celebración de Junta, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento]

5. Aceptada una propuesta, no procederá deliberar sobre las restantes.

Artículo 122. Acreedores sin derecho a voto.

1. No tendrán derecho de voto en la junta:

- 1.º Los titulares de créditos subordinados.
- 2.º Los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa.

2. Los acreedores comprendidos en el apartado anterior podrán ejercitar el derecho de voto que les corresponda por otros créditos de que sean titulares.

Artículo 123. Acreedores privilegiados.

1. La asistencia a la junta de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no afectarán al cómputo del quórum de constitución, ni les someterán a los efectos del convenio que resulte aprobado.

2. El voto de un acreedor privilegiado a favor de una propuesta producirá, en el caso de que sea aceptada por la junta y de que el juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio.

3. El voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación.

Artículo 124. Mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio.

Para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra.

Para que se considere aceptada una propuesta anticipada de convenio será necesaria, en todo caso, la adhesión de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

A efectos del cómputo de las mayorías en cada votación, se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta.

Artículo 125. Reglas especiales.

1. Para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. A estos efectos, no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios.

Art. 125.1

“Además, habida cuenta que en el concurso de Dorlast, SL se da la circunstancia de que en la lista de acreedores los titulares de créditos privilegiados lo son también de créditos ordinarios, debe hacerse hincapié en que para el cómputo de la doble mayoría no podrá tenerse en cuenta el importe de la parte del crédito ordinario que corresponda al acreedor privilegiado que haya votado a favor o se haya adherido a la propuesta de convenio. Para llegar a dicha conclusión debemos alejarnos de una perspectiva meramente formal o mecanicista en la articulación de las mayorías que exige la Ley Concursal. Se hace preciso profundizar en el sentido de la exigencia de tales mayorías. La finalidad pretendida por el legislador con la exigencia de la doble mayoría es que no se produzca la situación en que los acreedores beneficiados por el trato singular puedan imponer a los demás la propuesta de convenio que más les interese. De ahí que si los acreedores titulares de créditos afectados por el trato singular, lo son al mismo tiempo de otros créditos no afectados por dicho trato, su voto favorable al convenio sólo será computado a efecto de entender aceptada la propuesta de convenio, pero no para la obtención de la mayoría del pasivo no afectado por el trato singular exigida por el artículo 125.1 LC.”: Auto JM-1 Madrid 16.11.2005 (AC 2005\2067)

“3. El primero de los defectos a los que se aludió en la providencia de fecha 17 de febrero de 2006 consistía en la ausencia de determinación de la fecha o fechas de pago de la deuda pendiente una vez aplicada la quita del 33% que se proponía. En el plan de pagos acompañado a la propuesta de convenio se dice que el plazo para el primer pago es de un mes que se iniciará «al día siguiente a la notificación de aprobación judicial y se contará de fecha a fecha». En relación con el segundo de los pagos se afirma que «una vez se haya abonado el último desembolso relativo al primer pago, se iniciará el plazo del segundo pago. El plazo del segundo plazo será de dos años». En el escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 la entidad concursada se limita a exponer -lo que califica de mejor explicación- que el segundo pago «se abonará, por igual e independientemente del grupo al que pertenezcan, y hasta un montante que llegue, junto con lo abonado en el primer pago, a los 2/3 del total de la actual deuda societaria». Tal comentario no supone la subsanación del defecto al que se refería la providencia de 17 de febrero de 2006. La redacción transcrita de la propuesta de convenio en relación al momento en que se compromete a efectuar el pago permite al deudor concursado elegir para cada acreedor la fecha de pago dentro del período de un mes -para el primero de los pagos- y el de dos años -para el segundo-. Esta libertad de elección supone una potencial espera distinta para cada acreedor o grupo de acreedores en función de la libérrima decisión del deudor. Y es evidente que las quitas deben quedar concretadas en la propuesta de convenio a fin de que cada acreedor o grupo de acreedores sepa la fecha exacta en que va a percibir su crédito, máxime cuando la elección de una fecha u otra puede suponer dar un trato singular a un acreedor, a varios, o a un determinado grupo de acreedores. Trato singular que debe explicitarse puesto que atribuye a la propuesta de convenio un quórum específico para su aprobación (artículo 125 LC), y cuya inconcreción impide a los acreedores destinatarios de la propuesta hacerse una idea cabal de lo que el texto de la misma supone para cada uno de ellos, y correlativamente la imposibilidad de configurar adecuadamente su voto frente a la propuesta de convenio. “:Auto JM-1 Madrid 16.03.2006 (AC 2006/504)

2. No podrá someterse a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de éstos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones.

Art. 125.2

1. Caso de imposición de renuncia a exigir responsabilidad a un administrador

“CUARTO.- La propuesta incorpora una renuncia de derechos de los acreedores, que incluso, al referirse en plural "a las relaciones presentadas por la administración concursal" puede exceder hasta los límites del propio concurso que nos ocupa.

Es decir se incorpora como necesaria, pues en otro caso la cláusula sería ociosa, la renuncia a la exigencia "de toda responsabilidad" a D.^a Marcelina administradora, solidaria de Jamones Fernando, S.L., Despensa de la Alpujarra S.L, y Comercial Alimentaria de Trevélez, S.L, reiterada en todos los concursos acumulados, afectando a todos y cada uno de los acreedores del grupo de Jamones Fernando.

Tal cláusula, que no condiciona implícitamente la efectividad del convenio a un hecho, futuro e incierto como es la efectiva realización de tal renuncia por todos y cada uno de los acreedores de Jamones Fernando, S.L., Despensa de la Alpujarra S.L, Comercial Alimentaria de Trevélez, S.L. y D.^a Marcelina, realmente debe encuadrarse entre las previstas en el art. 125.2 LC, imponiendo a todos los acreedores una obligación, realmente de no hacer, renunciando a la exigencia de "toda" responsabilidad a D.^a Marcelina.

Tal imposición, determina que para que pudiera someterse "a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores", art. 125.2 LC, es necesario el consentimiento de todos los acreedores obligados. Es decir la Ley Concursal condiciona en estos casos la admisión a trámite de la propuesta, como enseña la doctrina, para que pueda deliberarse la propuesta de convenio, al consentimiento de todos los acreedores obligados, y aunque tal consentimiento pueda estimarse como un requisito formal susceptible de subsanación, realmente extendiéndose los acreedores afectados por tal obligación a toda la geografía nacional, y su enorme número (superior al medio millar), resulta realmente imposible efectuar tal subsanación en el plazo de tres días marcado por el artículo 114 LC, y no podemos seriamente hablar en este caso de un defecto realmente subsanable, en los términos establecidos por la Ley.”: Auto JM-1 Granada 23.01.2006 (JUR 2006\82879)

Artículo 126. Acta de la junta.

1. El secretario extenderá acta de la junta, en la que relatará de manera sucinta lo acaecido en la deliberación de cada propuesta y expresará el resultado de las votaciones con indicación del sentido del voto de los acreedores que así lo solicitaren. Los acreedores podrán solicitar también que se una al acta texto escrito de sus intervenciones cuando no figurasen ya en autos. Cualquiera que hubiera sido el número de sesiones, se redactará una sola acta de la junta.
2. Leída y firmada el acta por el secretario, el presidente levantará la sesión.
3. El acto será grabado en soporte audiovisual, conforme a lo previsto para la grabación de vistas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
4. El concursado, la administración concursal y cualquier acreedor tendrán derecho a obtener, a su costa, testimonio del acta, literal o en relación, total o parcial, que se expedirá por el secretario del juzgado dentro de los tres días siguientes al de presentación de la solicitud. Asimismo podrán obtener una copia de la grabación realizada.
5. El secretario del juzgado dará fe de la documentación de estas actuaciones conforme a lo dispuesto en los artículos 146 y 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SECCIÓN 6 - DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

Artículo 127. Sometimiento a la aprobación judicial.

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

Artículo 128. Oposición a la aprobación del convenio.

1. Podrá formularse oposición a la aprobación judicial del convenio en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el juez haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, en el caso de propuesta anticipada, o desde la fecha de conclusión de la junta, en el caso de que en ella se acepte una propuesta de convenio. Estarán activamente legitimados para formular dicha oposición la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubiesen adherido a ella. La oposición sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que esta ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, la constitución de la junta o su celebración. Se consideran incluidos entre los motivos de infracción legal a que se refiere el párrafo anterior aquellos supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios.
2. La administración concursal y los acreedores mencionados en el apartado anterior que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios podrán además oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable.

Art. 128.2 - Oposición por inviabilidad objetiva del convenio

1. Falta de legitimación de los acreedores que no alcancen el 5%

“QUINTO.- Misma suerte desestimatoria merece el último motivo de impugnación esgrimido por la actora, toda vez que carece de legitimación para ello.

Efectivamente el artículo 128.2 de la Ley Concursal contempla, junto a los motivos tradicionales de oposición una causa nueva “cuando el cumplimiento del convenio sea objetivamente inviable” cuya legitimación reserva sólo a la administración concursal y a los acreedores cuyos créditos alcancen el 5 por cien del pasivo ordinario, y en el presente caso el acreedor impugnante lo es por una cantidad irrisoria en relación al total del pasivo ordinario (por 2000 euros frente a los más de 25.000.000 de euros del total).

No puede desconocerse que concurren en el presente caso razones más que suficientes que permiten dudar de la viabilidad de cumplimiento del plan presentado en su día, máxime tras

conocerse la oferta de compra de los terrenos que la concursada ha hecho condicionar a la aprobación judicial del convenio, pues como ha apuntado la administración concursal en el acto de la vista celebrada en la mañana de hoy, el precio fijado por ello alcanzaría a satisfacer a la integridad de los acreedores concursales y contra la masa, pero no para acometer el proyecto industrial a la que la concursada se comprometió en la propuesta de convenio, en su apartado 6.3, y más firmemente en la información ofrecida por la dirección letrada de la concursada en el mismo acto de la celebración de la Junta a tenor de lo prevenido en el punto 6.4 de la propuesta de convenio.

No obstante lo anterior, lo procedente no es la no aprobación judicial del convenio, pues la citada causa –como se ha apuntado- no ha sido esgrimida por los legitimados para ello, sino que en todo caso facultaría a cualquier acreedor afectado para solicitar en su día el incumplimiento del convenio a tenor de lo prevenido en el artículo 140 de la Ley Concursal.”: Sentencia JM-1 Murcia 09.05.2006 (Concurso 11/2005)

2. Concurrencia de inviabilidad objetiva

“SEXTO.- Se invoca como tercera causa de oposición a la homologación judicial del convenio la contemplada en el art. 128.2 de la Ley Concursal.

Este precepto contempla un motivo de oposición, no contemplado tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico concursal, y es la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio.

Además de por su novedad, esta causa de oposición se caracteriza porque, a diferencia de las demás, no tiene nada que ver con la infracción de normas sino que lo que trata de determinar es la oportunidad del convenio sobre las posibilidades de su cumplimiento, de ahí que no sea posible establecer ninguna regla previa para determinar cuando el cumplimiento de un convenio es inviable en todo caso, sino que habrá que atender a cada caso concreto, para determinar la concurrencia de esta causa, dado que el juicio de oportunidad acerca de la inviabilidad objetiva de un convenio de hacerse atendiendo a criterios económicos mas que jurídicos.

En definitiva ha de efectuarse una valoración específica en cada caso, teniendo en cuenta las posibilidades concretas en orden al cumplimiento.

Que el cumplimiento de un determinado convenio es objetivamente inviable significa que no es posible cumplirlo. Es decir, la expresión “objetivamente inviable” supone una valoración rigurosa de la situación y una constatación muy fundada de tal juicio sobre el cumplimiento del convenio, y no simplemente una impresión. Es la convicción de que por razones de peso y bien contrastadas el convenio en los términos en que ha sido aceptado, con la información disponible y con previsiones ciertas no podría ser razonablemente cumplido.

Pues bien, esas razones de peso, esos criterios económicos que ponen en evidencia la imposibilidad objetiva de cumplir el convenio nos lo suministra la administración concursal en el hecho tercero y cuarto de su escrito de demanda.

En el hecho tercero al precisar textualmente que “es inviable el convenio porque el activo de la concursada, inicialmente valorado por ésta en su solicitud en 3.314.355,81 euros, prudencialmente valorado en el informe de la administración concursal en 3.157.790´19 euros. Con parte de este activo, pues se pretende que la empresa siga funcionando con algunos de los medios de producción existentes, habría que pagar 4.228.038,92 euros, que correspondan al siguiente detalle:

A) La suma de las deudas contra la masa que ascendían a fecha de 07/11/2006, día de celebración de la Junta de acreedores a 3.010.933,74 euros.

B) La hipoteca del inmueble a favor del FONDO DE GARANTIA SALARIAL por importe de 1.084.885,15.

C) El resto de créditos privilegiados, según lista definitiva de créditos presentados en el informe de la administración concursal, que asciende a 132.190,03 euros.”

Y en el hecho cuarto de su demanda de oposición la administración concursal insiste en que”Los números hablan por si solos, sin precisar de conjeturas ni suposiciones, tal y como se expone a continuación:

• Cuando la empresa insta el concurso, en octubre de 2.005, el total de su masa pasiva ascendía a 2.077.648,26 euros.

• A la fecha del informe de la administración concursal, febrero de 2006, la lista de acreedores del concurso era de 2.176.126,05 euros, y además tenía créditos contra la masa, sin haberse producido despidos y por ende sin indemnizaciones, por importe de 140.922,28 euros, por lo que la suma de sus deudas ascendía 2.317.048,33 euros.

• A la fecha del informe definitivo de la administración concursal, junio de 2.006, la lista de acreedores del concurso era de 2.260.106,05 euros y además tenía créditos contra la masa, sin contra con las indemnizaciones por despido, por importe de 449.635,73 euros. El total de créditos contra la masa, incluyendo las indemnizaciones ascendía a 2.961.373,78 euros, por lo que el total de deudas de la concursada era de 5.221.479,83 euros.

• El día anterior a la celebración de la Junta de acreedores, 6 de noviembre de 2006, la lista de acreedores del concurso seguía siendo de 2.260.106,05 euros y además tenía créditos contra la masa, sin contar con las indemnizaciones por despido, por importe de 499.195,69 euros. El total

de créditos contra la masa, incluyendo las indemnizaciones ascendía a 3.010.933,74 euros, por lo que el total de deudas de la concursada era de 5.271.039,79 euros”.

La concursada en su escrito de contestación a la oposición trata de justificar la viabilidad del convenio argumentando que con la recalificación de los terrenos se posibilitaría su cumplimiento, lo cual resulta del todo punto inadmisibles por cuanto el cumplimiento del convenio no puede hacerse depender de una condición, de un hecho futuro e incierto, que de haberse mencionado en la propuesta de convenio hubiese motivado su rechazo de plano a tenor de lo dispuesto en el art. 101 de la Ley concursal.

En consecuencia, y atendiendo a los datos económicos que concurren en este momento ha de concluirse que el convenio aceptado por la Junta es objetivamente inviable y por tanto, no puede ser homologado.”: Sentencia JM-1 Murcia 30.01.2007 (Incidente Concursal 388/2006)

3. Dentro del mismo plazo, el concursado que no hubiere formulado la propuesta de convenio aceptada por la junta ni le hubiere prestado conformidad podrá oponerse a la aprobación del convenio por cualquiera de las causas previstas en el apartado 1 o solicitar la apertura de la fase de liquidación. En otro caso quedará sujeto al convenio que resulte aprobado.

4. Salvo en el supuesto previsto en el último párrafo del apartado 1, no podrá formularse oposición fundada en infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta por quien, habiendo asistido a ésta, no la hubiese denunciado en el momento de su comisión, o, de ser anterior a la constitución de la junta, en el de declararse constituida.

Artículo 129. Tramitación de la oposición.

1. La oposición se ventilará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En todo caso, el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo.

2. Si la sentencia estimase la oposición por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, el juez convocará nueva junta con los mismos requisitos de publicidad y antelación establecidos en el apartado 2 del artículo 111, que habrá de celebrarse dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia.

En esta junta se someterá a deliberación y voto la propuesta de convenio que hubiese obtenido mayoría en la anterior y, de resultar rechazada, se someterán, por el orden establecido en el apartado 2 del artículo 121, todas las demás propuestas admitidas a trámite.

3. La sentencia que estime la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento declarará rechazado el convenio. Contra la misma podrá presentarse recurso de apelación.

4. El juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, podrá tomar cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición. Entre tales medidas cautelares podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine.

Artículo 130. Resolución judicial en defecto de oposición.

Transcurrido el plazo de oposición sin que se hubiese formulado ninguna, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, salvo lo establecido en el artículo siguiente.

Artículo 131. Rechazo de oficio del convenio aceptado.

1. El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio que haya obtenido adhesiones suficientes de acreedores o que haya sido aceptado por la junta, si apreciare que se ha infringido alguna de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la constitución de la junta o su celebración.

1. Alcance de esta facultad del juez

“9) *Facultades de oficio del Juez para rechazar un convenio una vez ha sido votado.*

El control de oficio que prevé el artículo 131 de la Ley Concursal debe circunscribirse a la apreciación de defectos o problemas formales observados en el trámite de admisión, convocatoria o desarrollo de la Junta, así como al conocimiento sobrevenido de alguna de las

circunstancias o requisitos formales – objetivos o subjetivos – del convenio. No parece razonable que en el ámbito de estas facultades el Juez se arrogue la posibilidad de rechazar de oficio convenios por razones de tipo económico vinculadas a las objeciones que pudiera plantear el plan de pagos o el plan de viabilidad. En el caso del convenio anticipado el Juez puede no admitir a trámite una propuesta que cuente con un informe desfavorable de la administración concursal, en el convenio no anticipado la evaluación del mismo no permite al Juez volver a revisar los criterios de admisión. La inviabilidad objetiva como motivo de oposición – artículo 128.2 – sólo debe reconocerse como motivo de oposición a la administración concursal y a los acreedores titulares de al menos un 5% de los créditos ordinarios. ”: Il CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Convenio, 9

2. Aplicación de una facultad interpretativa análoga a la prevista en el art. 129.1

“Es menester referirse al punto relativo a las esperas plasmadas en la propuesta aceptada. El artículo 129.1 LC permite al Juez fijar la correcta interpretación del convenio sólo cuando sea menester para resolver la oposición -que no es el caso-, sin embargo, entendemos que el artículo 131 LC al regular el rechazo de oficio del convenio, faculta al Juez del concurso para introducir determinadas consideraciones sobre su contenido. En el presente caso esta necesidad deriva de la redacción de las cláusulas de espera que se contienen en la propuesta de convenio que se aprueba. Dichas estipulaciones cuya redacción admite diferentes interpretaciones, deben ser objeto de consideración por este Juzgado a fin de que en el cumplimiento del mismo no pueda introducirse un trato singular a los acreedores, trato singular que no fue tenido en cuenta ni en la tramitación del convenio ni en el momento de su votación. Nos referimos a las cláusulas de espera que no establecen una fecha final de vencimiento sino que se refieren a todo un período temporal dentro del cual el deudor puede hacer el pago. En el punto 1.2 de la Propuesta Básica se incluyen cláusulas como la indicada cuando se dice «la parte que corresponda pagarse conforme a lo dispuesto en el apartado (...) será pagada dentro de (...)» señalándose a continuación el término final hasta cuando podrá hacerse el pago, que en algunas ocasiones es dentro de los seis o doce meses siguientes a la firmeza de la aprobación judicial del convenio, y en otras el período final se fija aludiendo a «antes de cumplirse el quinto año a contar desde la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del presente Convenio». Asimismo en el ámbito de la propuesta alternativa se indica que el 30% del importe de los créditos que hubiesen optado por tal propuesta se satisfarán «dentro del plazo de diez días a contar desde la fecha en que el convenio adquiera “plena eficacia”». En cualquiera de estos casos, el deudor puede elegir una fecha de pago dentro del período previsto en el convenio para tal fin. Pero en el caso en que la elección -y correlativa fijación de fecha de pago- la realice el deudor, tal fecha deberá afectar de manera igual a todos los acreedores incluidos en el mismo presupuesto cuantitativo. De este modo no puede admitirse -porque sería introducir indebidamente un trato discriminatorio- que el deudor decida pagar la deuda en diferentes fechas a acreedores incluidos dentro de un mismo grupo de los previstos en el convenio, a pesar de que todas las fechas de pago se encontraran dentro del período contemplado en la propuesta.”: Sentencia JM-1 Madrid 30.01.2006 (AC 2006/397)

2. Si la infracción apreciada afectase a la forma y contenido de algunas de las adhesiones, el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución.

3. Si la infracción apreciada afectase a la constitución o a la celebración de la junta, el juez dictará auto acordando la convocatoria de nueva junta para su celebración conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 129.

Artículo 132. Publicidad de la sentencia aprobatoria.

Se dará a la sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley.

SECCIÓN 7 - DE LA EFICACIA DEL CONVENIO

Artículo 133. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio.

1. El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que, recurrida ésta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197.

2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42.

Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de lo previsto en el capítulo II del título VI. Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale.

Art. 133.2

1. Continuidad de los administradores concursales para las funciones de la sección de calificación

“**SEGUNDO** Entrando en los efectos derivados de la aprobación del convenio, debemos acudir al artículo 133 LC. Dicho precepto establece los siguientes efectos: a) el convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la Sentencia de su aprobación; b) se produce la cesación de los efectos de la declaración del concurso; y c) cesan del cargo los miembros de la Administración concursal con la correlativa obligación de rendir cuentas de su actuación. Nada hay que añadir en relación con la eficacia del convenio desde la fecha de la presente resolución salvo que, recurrida ésta, quede afectada por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, pudiera adoptarse conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197. En cuanto al fin de los efectos de la declaración de concurso los mismos se producirán en relación con la limitación de las facultades de administración y disposición de la concursada acordada en el Auto de declaración de concurso de fecha 29 de noviembre de 2004, sin perjuicio del deber que continua pesando sobre la entidad concursada según lo previsto en el artículo 42 LC. En relación con los miembros de la Administración concursal, debemos tomar en consideración que en el convenio aprobado se contienen estipulaciones que suponen quitas superiores a un tercio de los créditos de los acreedores, y esperas superiores a los tres años, por lo que de acuerdo con el artículo 163.1.1º LC procede la apertura de la Sección Sexta de calificación del concurso. De ahí que, retomando la cuestión de los efectos de la aprobación del convenio en relación con el cese de los miembros de la Administración concursal, éstos deban permanecer en el cargo para llevar a cabo las funciones previstas «en el capítulo II del título VI» (artículo 133.2 segundo párrafo LC). Por tanto, el cese de los miembros de la Administración concursal tendrá carácter limitado a sus facultades interventoras de la actividad de gestión y disposición de la entidad concursada -lo cual conllevará la obligación de rendir cuentas de su gestión para lo que se les concede el plazo de DOS MESES-, y sin perjuicio de continuar en el desempeño de sus funciones como Administración concursal de la entidad Dorlast, SL para todos aquellos actos previstos legalmente para la tramitación de la Sección Sexta del concurso a cuya apertura se procederá, así como de los que legalmente pudieran derivar en su día, de la Sentencia de calificación.”: Sentencia JM-1 Madrid 30.01.2006 (AC 2006/397)

1.1. Retribución de los administradores concursales en este caso

“**TERCERO** De acuerdo con el artículo 9.1 del Real Decreto 1860/04, de 6 de septiembre, por el que se establece el Arancel de derechos de los administradores concursales, los miembros de la Administración concursal con derecho a retribución continuarán percibiendo durante cada uno de los meses de duración de la fase de convenio, el 10% de la retribución aprobada en la fase común. En fecha 16 de noviembre de 2005 se dictó Auto cuya parte dispositiva establecía: «Se fija definitivamente la retribución por la fase común, con cargo a la masa, a percibir por los administradores concursales de la entidad Dorlast, SL, D. Marcelino y D. Juan Antonio, en la cuantía de 135.189,99 euros para cada uno de ellos, que se abonará en la parte no satisfecha en el plazo fijado en el cuarto razonamiento jurídico de esta resolución». A los efectos de determinar la retribución de los miembros de la Administración concursal después de la fecha de la presente resolución debe tenerse en cuenta lo limitado de sus funciones -según se ha señalado más arriba-. Tal circunstancia no ha sido contemplada en el citado Real Decreto, por lo que es procedente hacer uso de la facultad que genéricamente contempla el artículo 12 del mismo en orden a modificar la retribución de los miembros de la Administración concursal cuando concurra justa causa. De ahí que la retribución que deberán percibir los miembros de la Administración concursal con derecho a retribución a partir de la fecha de la presente resolución será la del 1% de la retribución aprobada para la fase común durante cada mes en que se mantengan en el cargo de administradores concursales de Dorlast, SL. “:Sentencia JM-1 Madrid 30.01.2006 (AC 2006/397)

3. La eficacia parcial del convenio podrá acordarse provisionalmente por el juez conforme a lo prevenido en el artículo 129.4, pero en tal caso no será de aplicación el anterior apartado.

Artículo 134. Extensión subjetiva.

1. El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos.

Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

2. Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio.

Artículo 135. Límites subjetivos.

1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos.

2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido.

Art. 135.2

1. Casos en que ambos obligados están en situación de concurso

“6) Convenios en concursos vinculados.- Condicionar un convenio a otro, problemas de interpretación del 135.2 de la Ley.

El supuesto de hecho que da lugar a esta cuestión se sintetiza del modo siguiente: Concurso de una sociedad y concurso personal del administrador de la sociedad, un número de acreedores importantes dispone de avales personales del administrador en garantía de las obligaciones de la sociedad, en el convenio de la sociedad se pacta una quita del 50% de la deuda, sin embargo en el concurso personal nada se establece respecto de quitas. Los acreedores que no hubieran votado favorablemente a este tipo de convenios quedan amparados por el párrafo 1 del artículo 135, subsiste plenamente su derecho, respecto de los acreedores que hubieran votado favorablemente las dudas interpretativas del artículo 135.2 son mayores; el artículo 135.2 advierte que la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído o, por los convenios que sobre el particular hubieran establecido, el término convenios puede generar confusión ya que con él puede hacerse referencia: a) Al contenido de los convenios concursales que se hubieran presentado en uno y otro concurso, en este caso la Ley permite que un convenio pueda condicionarse a otro en el supuesto de concursos acumulados o vinculados – se pacta una quita de un 50% en uno de los convenios y en el otro las quitas quedan vinculadas a la aprobación del primer convenio -, no hay problemas en la medida en la que todos los acreedores conocen el contenido de ambos convenios y pueden expresar en las juntas su parecer respecto de las propuestas; b) El convenio o lo convenido puede hacer referencia también al contenido de las obligaciones recogidas en los contratos correspondientes – las convenidas por las partes en esos contratos en los que se constituyen las obligaciones y garantías – en estos casos tampoco parece que haya problemas dado que los contratos en cuestión serán anteriores a la declaración del concurso y la administración concursal en su informe advertirá de las contingencias y alcance de las obligaciones derivadas de estos contratos; c) hay una tercera acepción más compleja que es la que habilitaría que el concursado y sus avalistas pudieran convenir acuerdos o pactos con los acreedores con posterioridad al establecimiento de la obligación, convenios o pactos no reflejados en el convenio concursal ni en el contrato inicialmente pactado, en estos casos conforme a las reglas del artículo 40 de la Ley Concursal tanto si el deudor tiene intervinidas sus facultades como si las tiene suspendidas la administración concursal ha de conocer y autorizar estos pactos teniendo en cuenta el interés de todos los acreedores del concurso. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa

Artículo 136. Eficacia novatoria.

Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

SECCIÓN 8 - DEL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

Artículo 137. Facultades patrimoniales del concursado convenido.

1. El convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor.

2. Las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite.

Artículo 138. Información.

Con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al juez del concurso acerca de su cumplimiento.

Artículo 139. Cumplimiento.

1. El deudor, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. El juez acordará poner de manifiesto en la secretaría del juzgado el informe y la solicitud.

2. Transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto, al que dará la misma publicidad que a su aprobación.

Artículo 140. Incumplimiento.

1. Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento al que se refiere el artículo anterior.

2. El juez tramitará la solicitud por el cauce del incidente concursal.

3. Contra la sentencia que resuelva el incidente cabrá recurso de apelación.

4. La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136.

Artículo 141. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio.

Firme 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 en los artículos 23 y 24 de esta Ley.

CAPÍTULO II - De la fase de liquidación

SECCIÓN 1 - DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

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

1. El deudor podrá pedir la liquidación:

- 1.º Con la solicitud de concurso voluntario.
- 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite.
- 3.º Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110.
- 4.º Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya.

Art. 142.1

Revocación por el deudor de su solicitud de liquidación

“PRIMERO 1. En el presente procedimiento, la entidad concursada, a pesar de haber manifestado con su solicitud de declaración de concurso (hecho tercero) su opción por la liquidación de la empresa -por lo que aportaba junto con la solicitud el plan de liquidación como documento núm. 10-, presentó escrito el día 27 de enero de 2006 mediante el cual ponía en conocimiento del Juzgado que había «decidido desistir de la inicial solicitud de liquidación y dirigir a los acreedores una propuesta de convenio» (alegación segunda del aludido escrito). Ninguna objeción puede hacerse a la opción inicial realizada por la entidad concursada habida cuenta de que es el artículo 142.1.1º LC el que prevé de manera expresa que el propio deudor puede solicitar la liquidación «con la solicitud de concurso voluntario». Para tal supuesto, el artículo 6.4 LC dispone que el deudor «deberá acompañar(se) propuesta de plan de liquidación», a lo que -como hemos señalado- dio cumplimiento la entidad concursada. La cuestión que se plantea como mérito de la propuesta de convenio presentada con el escrito de 27 de enero de 2006 es si una vez que el deudor ha optado explícitamente por la liquidación de su empresa cabe que, en el curso del procedimiento, rectifique y opte por la fase de convenio mediante la presentación de una propuesta. Debemos partir de que el artículo 104.1 LC al regular la legitimación y el plazo para la presentación de la propuesta anticipada de convenio atribuye legitimación sólo al «deudor que no hubiese pedido la liquidación». De parecido modo se pronuncia el artículo 113.1 LC cuando establece que «podrá presentar ante el Juzgado que trámite el concurso propuesta de convenio el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación». Por último, el artículo 114.1 LC se muestra categórico cuando dispone que «si estuviere solicitada la liquidación por el concursado, el juez rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta».

2. A pesar del tenor de los textos que acabamos de reproducir, lo cierto es que no existe en la Ley Concursal ningún precepto que establezca la irrevocabilidad de la solicitud de liquidación expresada por el deudor -evidentemente antes de la apertura de la fase de liquidación-. Por tanto, haciendo una lectura del texto legal conforme al principio favor convenii (Exposición de Motivos Apartado VI) lo que parece que quieren poner de manifiesto los aludidos preceptos es la absoluta incompatibilidad entre la fase de convenio y la fase de liquidación, las cuales no pueden tramitarse de manera simultánea. Con tales preceptos se persigue impedir las siguientes situaciones: a) que se puedan admitir propuestas de convenio presentadas por los acreedores cuando el deudor tenga solicitada la liquidación; y b) que el deudor pretenda mantener una situación incompatible consistente en la petición de apertura de la fase de liquidación y la presentación de una propuesta de convenio. De ahí que siguiendo a la mejor doctrina concursalista debamos entender que es posible la presentación de la propuesta de convenio por parte del concursado, aunque previamente hubiera manifestado su opción por la liquidación de su actividad empresarial o profesional, si con aquella pretende reconducir el procedimiento evitando su inicial opción. Esta solución ya había sido adelantada por este Juzgado en el texto de la providencia de fecha 17 de febrero de 2005 mediante la cual a la par que se requería a la entidad concursada para que subsanara determinados defectos apreciados en la propuesta de convenio ordinario presentada, se tenía por revocada la petición de liquidación efectuada por la entidad concursada con la solicitud de declaración de concurso. “:Auto JM-1 Madrid 16.03.2006

2. Dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, si el deudor así lo hubiese pedido conforme al apartado anterior, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de liquidación.

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

4. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley. El juez dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación.

Artículo 143. Apertura de oficio de la liquidación.

1. Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en los siguientes casos:

- 1.º No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas.
- 2.º No haberse aceptado en junta de acreedores ninguna propuesta de convenio.
- 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.

[DT-1.2: La resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria y gane firmeza después de la entrada en vigor de la presente Ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella. Conocerá de este concurso el mismo Juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal.]

2. En los casos 1.º y 2.º del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

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

Artículo 144. Publicidad de la apertura de la liquidación.

A la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación, sea a solicitud del deudor, de acreedor o de oficio, se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley.

SECCIÓN 2 - DE LOS EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN

Artículo 145. Efectos sobre el concursado.

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

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

2. Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa.

3. Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley.

El cese ex lege de los administradores no impide que se mantenga la capacidad y representación procesal de la concursada

“PRIMERO El recurso planteado por la administración concursal suscita el problema de la representación procesal del concursado persona jurídica una vez abierta la fase de liquidación. Aunque el artículo 145.3 de la Ley Concursal (en relación con el art. 48.1 del mismo texto) prevea, alcanzada esa fase, el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la Constitución. Teniendo en cuenta que, entre otras cosas, todavía está en trámite la sección de calificación (donde está prevista, en caso de imputación de culpabilidad, la intervención separada del propio deudor artículo 170.2 de la LC) y que quienes han venido siendo los responsables de la concursada pueden enfrentar, en ese y en otros aspectos, sus intereses con los de la administración concursal (que vela por los de la masa y no por los de la concursada), no puede sino concluirse que existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC).”: Auto JM-4 Madrid 28.09.2005 (AC 2005/1711)

Artículo 146. Efectos sobre los créditos concursales.

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

Artículo 147. Efectos generales. Remisión.

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

SECCIÓN 3 - DE LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

Artículo 148. Plan de liquidación.

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

El juez acordará poner de manifiesto el plan en la secretaría del juzgado y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente.

1. Caso de existencia de ofertas previas. Criterios de valoración de los bienes. Posibles adjudicaciones directas

“1) El grado de concreción de los planes de liquidación, especialmente si los planes de liquidación pueden hacer mención a ofertas ya existentes y propuestas de adjudicación directa.- Nada establece el artículo 148 respecto del contenido y alcance del plan de liquidación, sólo se indica que deberá presentar un plan para la realización de bienes y derechos. Si hay ya ofertas que hubieran llegado a la administración antes de la apertura de la fase de liquidación es conveniente que se reflejen en dicho plan y que puedan servir como referencia para concretar el modo de realización y el valor de los bienes que se van a enajenar. Debe tenerse en cuenta que en la fase de liquidación no hay prevista en la Ley concursal una valoración de los bienes a los efectos de su enajenación y, por lo tanto, el valor de referencia debe ser el que aparezca referido en el inventario que se adjunta al informe de la administración concursal. Excepcionalmente podrá la administración concursal plantear una nueva valoración de los bienes cuando dada su naturaleza o condición hayan podido sufrir alteraciones en el valor durante la tramitación del concurso, de igual modo será necesario realizar una valoración específica de los bienes del concursado o de determinadas unidades productivas cuando se pretenda su enajenación unitaria dado que estas unidades productivas no fueron objeto de valoración específica en el inventario. Si se establece un criterio objetivo y transparente de valoración y se fijan unos máximos y mínimos a obtener que puedan ser objeto de conocimiento por parte del deudor y de los acreedores no debe ponerse obstáculo para que la administración concursal opte ya en el plan de liquidación por una de las ofertas recibidas e incluso para que solicite la aprobación de un sistema de adjudicaciones directas.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 1

2. Plan de liquidación mediante venta directa (bienes muebles)

“2º. El plan de liquidación presentado por los administradores concursales prevé la venta directa, por lotes de material homogéneo, de los bienes que integran el inmovilizado material de la concursada, descartando desde luego la venta unitaria de los activos por tratarse de una empresa carente de actividad desde antes de la declaración de concurso. La justificación de la opción de la administración concursal a favor de la venta directa radica en la falta absoluta de tesorería, de modo que no sería posible cubrir los gastos que la subasta acarrearía.

Frente a esa propuesta, la única objeción que se ha presentado dentro de plazo legal es la del acreedor HORMIGONES VALLE MIÑOR S.L., representado por la procuradora Sra. Miranda Osset, en escrito de fecha 15 de noviembre pasado, y se basa en señalar que la venta directa no ofrece garantías de seguridad para el conjunto de los acreedores, así como en la posibilidad de obtener mayor precio en caso de subasta. Pues bien, si por una parte no cabe compartir la previsión de que se vaya a obtener un mayor precio mediante la venta en pública subasta -puede desde luego no ser así, como por desgracia demuestra la experiencia diaria de las subastas judiciales-, la justificación ofrecida por la administración concursal para optar por la venta directa no se puede compartir teniendo en cuenta que la remisión a la vía de apremio de la LEC, en lo que atañe a la subasta de bienes muebles (que son los únicos que componen el inmovilizado material de la concursada), no presupone mayores gastos. Ha de tenerse en cuenta que en la fase de liquidación del concurso puede y debe prescindirse, con carácter general, del avalúo de los bienes, puesto que ya ha sido hecho por los administradores concursales en el inventario de su informe definitivo (salvo en el caso de que, por tratarse de bienes de rápida depreciación o apreciación sea aconsejable proceder a una nueva valoración o a la actualización de los valores asignados en el informe). Por otra parte, la publicidad que exige el artículo 645 de la LEC para la subasta de bienes muebles se limita a la inserción de edictos en la sede del Juzgado y en los lugares públicos de costumbre; no impone la ley la necesidad de que sean publicados edictos en, periódicos oficiales o en diarios de ámbito provincial, salvo que el tribunal lo considere conveniente a instancia del ejecutante o del ejecutado.

Ocurre en este caso, sin embargo, que el informe de los administradores concursales no contiene una valoración de mercado detallada de los bienes que integran el activo de la concursada; se remite a los valores contables y no proporciona, por lo tanto, el necesario punto de partida que permitiría prescindir del avalúo que la subasta judicial presupone, según lo anteriormente razonado.

En tales circunstancias, la subasta se presenta como un mecanismo de realización de imposible o muy difícil verificación en este caso, puesto que necesariamente habría que ordenar el avalúo individualizado de los bienes y no hay en la masa dinero para afrontar el gasto que ello supone. Se ha de optar, por ello, por el sistema de venta directa si bien, para garantizar la transparencia del sistema, la administración concursal deberá formar lotes de bienes homogéneos en el plazo de diez días a partir de la notificación de este auto y fijará un precio de garantía de cada uno de ellos. Los lotes así formados se pondrán de

manifiesto a las partes personadas por plazo de cinco días, para que cualquiera de ellas formule las alegaciones que estime convenientes. A continuación se abrirá un periodo prudencial, cuya duración fijará la administración concursal, durante el cual podrán presentarse ofertas en plica cerrada en el juzgado sobre cada uno de los lotes; finalizado el periodo de presentación de ofertas se abrirán las plicas en presencia del secretario judicial y la administración concursal adjudicará los bienes integrantes de cada lote al que haga la oferta mayor.

Sin perjuicio de la publicidad que se dará a la venta en el tablón de anuncios del juzgado, y de cualquiera otra que cualquier interesado quiera, a su costa, facilitar, la administración concursal cuidará de hacer llegar a los posibles interesados la noticia de la oferta de venta de los bienes y del plazo y condiciones de la venta, para asegurar la concurrencia del mayor número posible de oferentes.

Si alguno de los lotes no se logra vender por el sistema anterior, la administración concursal quedará en libertad para venderlo directamente en la forma y con las condiciones que estime más conveniente para el concurso.”: Auto JM-1 La Coruña 12.12.2005 (Concurso 49/2004)

3. Enajenación de la empresa como un todo. Venta directa.

“El art. 148.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) dispone que una vez evacuado por la administración concursal informe sobre las observaciones o propuestas de liquidación al Plan de Liquidación el juez, según estime conveniente para los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan, introducir modificaciones o acordar la liquidación mediante las reglas legales supletorias, que son las comprendidas en el art. 149 LC. Ha de destacarse, en consecuencia, que es posible la modificación del plan porque ha habido alegaciones, y que el informe de la administración concursal no es vinculante.

El plan propuesto en esencia supone la venta directa de los activos de la concursada. La cuestión que se ha suscitado en esta pieza es a quien haya de enajenarse, pues ni una sola de las alegaciones cuestiona que la venta directa sea la manera más prudente de proceder. Desde esa perspectiva han de analizarse las ofertas que se efectúan, pues la administración concursal hace una propuesta, tras el trámite de alegaciones, que en síntesis supone considerar que no es preciso enajenar la totalidad el negocio sino que puede hacerse por unidades independientes, sugiriendo que una parte se venda a SIGNE S.A. y la otra a J.B. MILLER & FORSYSTEM. Antes de otras consideraciones ha de afrontarse esa opción, decidiendo la venta de la totalidad o por unidades independientes.

Ciertamente nos encontramos ante una empresa, o mejor grupo de empresas, de artes gráficas, especial por su carácter estratégico. La concursada, como pieza esencial del que podría denominarse GRUPO LERSUNDI de impresión, se dedica junto con VAMA INTERNACIONAL ASESORES S.L., USOA INDUSTRIAL GRAFICA S.A.L. y CANTERTRON S.L., a la impresión de documentos de seguridad para las entidades bancarias, esencialmente libretas y cheques personalizados, con un alto nivel de exigencia en el producto que facilitan a sus clientes, que por razones obvias, no puede ser fácilmente reproducible, al sostenerse en ellos numerosas operaciones económicas, crediticias y financieras. Estas empresas tienen centros de trabajo en Bizkaia, Madrid y Barcelona.

Pocas empresas en España se dedican a esta clase de negocio, lo que quizá explique el inusual interés en el destino de la maquinaria, los trabajadores cuya experiencia es difícilmente reemplazable, su know-how y fondos de comercio, ya que a lo largo de la fase de liquidación se han formulado hasta cuatro ofertas, aunque algunas de ellas sean complementarias.

Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta que la Ley Concursal emplea en los arts. 100, 148 y 149 categorías semejantes a las que cita el art. 44.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), es decir, empresa, centro de trabajo y unidad productiva. El concepto de empresa puede entenderse, atendiendo al art. 149 LC como el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad, que es susceptible de transmisión. Centro de trabajo es aquella parte de la empresa con autonomía organizativa por contar con un poder de dirección y unidad productiva aquella parte que disponga de autonomía de producción.

Hay que recordar que fue precisamente la administración concursal la que, tras declararse LERCHUNDI DOCUMENTOS DE SEGURIDAD S.L. en concurso voluntario, recomendó que se instara también el concurso de las sociedades participadas, VAMA INTERNACIONAL ASESORES S.L. y USOA INDUSTRIAL GRAFICA S.A.L., que de manera conjunta se tramitan en este mismo juzgado. Estamos pues ante el concepto de empresa al que aluden las normas citadas, al margen de que puedan existir tres centros de trabajo diferentes, que a su vez se amparan en una personalidad jurídica específica para cada uno de ellos, coincidente por otro lado con las unidades productivas de Bizkaia, Barcelona y Madrid.

La unidad en la gestión del negocio, la participación no sólo en la composición social, sino en el proceso de producción, pues hay cedidos activos de la concursada a las otras sociedades, y la estrecha vinculación de las tres empresas justificaron la solicitud de la administración concursal de LERCHUNDI, que tuvo acogida. El informe de la administración concursal tanto en este concurso como en el de VAMA y USOA, corroboran esa convicción de la unidad de gestión. De

hecho, la propia administración concursal de LERCHUNDI ha destacado cierta confusión patrimonial entre las empresas del grupo.

Es indudable tal relación, que nadie ha puesto en cuestión y que la propia administración concursal admite en el informe a las alegaciones de los acreedores, pues justifica la primera de las opciones que plantea, que luego descarta. La finalidad de la Ley Concursal, reiteradamente manifestada en su Exposición de Motivos y articulado es tratar de asegurar el mantenimiento de actividad de empresas en crisis. Por otro lado, el art. 148.1 LC dispone que *"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 establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes del concursado o de algunos de ellos"*, de manera que apuesta indudablemente por la enajenación *unitaria*, utilizando los términos legales, que por otro lado en términos económicos garantiza un mayor valor de los activos a enajenar.

Esa voluntad del legislador es coherente con la previsión que hace para el convenio el art. 100.2 LC, que permite, como posible contenido del mismo, *"proposiciones de enajenación"*, bien *"del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional"*, o *"de determinadas unidades productivas"*. Además es proclamada en la Exposición de Motivos (VII) LC que resalta que *"la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o algunos de sus elementos componentes, con preferencia a la soluciones que garanticen la continuidad de la empresa"*. Incluso en el caso de venta sin sujeción a plan, regulada en el art. 149 LC, el apartado 1.1º de esa norma dispone que *"el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que previo informe de la administración concursal el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada..."*.

De todo ello se concluye, pese a lo manifestado por la administración concursal en su informe a las alegaciones, matizando su criterio inicial al proponer el plan de liquidación, que lo más razonable para atender la finalidad que la norma persigue es, precisamente, la venta de los activos de la concursada de forma unitaria, su *enajenación como un todo*, como inicialmente se propuso, desechando que pueda verificarse por unidades de negocio independiente, cuya viabilidad económica es discutible y que no asegura que las ofertas hechas se atiendan con garantía de máxima satisfacción a los acreedores de los concursos.

En consecuencia la decisión que se adopte sobre el plan partirá de este presupuesto, la venta directa de todos los activos como unidad. Procede, por lo tanto, analizar las diversas ofertas realizadas y valorar cual sea la más provechosa para todos los intereses, en muchos casos contrapuestos, que concurren en este caso.": Auto JM-1 Bilbao 30.03.2007 (Concurso 729/2005)

3.1 Elección de oferta inferior en precio, pero ofrece mayor garantía de viabilidad

"Habrà de aclararse, en primer lugar, que la última de las ofertas presentada, que se hizo llegar al juzgado el día veintiocho de marzo por la Procuradora Dª ELIDA CERDEIRA RICOY, en nombre y representación de D. LUIS MIGUEL CASTRO FERNANDEZ, no será tenida en cuenta. La administración concursal ha emitido su informe sobre las alegaciones de las partes el día veintiséis de marzo, aunque no haya llegado a este juzgado hasta el día veintinueve. La propuesta del Sr. de CASTRO se presenta al día siguiente de que se haya depositado el informe de la administración concursal en la oficina de presentación de escrito del Juzgado Decano, y en todo caso, superado el término de quince días que el art. 148.2 LC dispone para efectuar alegaciones al plan. No hay por lo tanto fundamento legal para que se tenga en cuenta.

Respecto a las otras tres propuestas hay que señalar que la de SIGNE S.A. y ADOS S.A. fueron las primeramente presentadas, y además han sido minuciosamente explicadas a los representantes de los trabajadores, tal y como éstos manifiestan, y a diversas instituciones, como reconoce, cuando menos, el Fondo de Garantía Salarial.

La administración concursal destaca, en el caso de esta oferta, la solvencia económica de las empresas, a la vista de sus estados financieros, el conocimiento previo de las sociedades concursadas, anterior incluso a la fase de liquidación y que dispone de la titularidad del inmueble en el que se encuentra VAMA, pues lo adquiere en diciembre de dos mil seis. Oferta 200.000 euros por los activos de la concursada y 400.000 por los de USOA, más casi 145.000 euros por las existencias, con pago al contado de 600.000 euros y el resto en 12 meses, con compromiso de mantener entre 47 y 50 puestos de trabajo y asegura la localización en Bizkaia durante un año.

En el caso de la oferta conjunta de J.B. MILLER y FORSYSTEM DOCUMENTOS INTELIGENTES S.A., hay que señalar que no se hace en nombre propio, sino de terceros. Su pertenencia al grupo DOCUWORLD UNIVERSAL le otorga respaldo económico suficiente a juicio de la administración concursal, aunque reconoce que su potencial económico es inferior a la anterior oferta. Los comités de empresa indican que no han sido informados de sus planes. Su

oferta es de casi 400.000 euros por los activos de la concursada y otros 435.000 euros por los de USOA, más existencias y con pago al contado, compromiso de recolocación de 51 trabajadores y localización indefinida en Bizkaia.

De la comparación de ambas ofertas se alcanza el convencimiento, vistos tanto los argumentos que algunos acreedores plantean y las circunstancias concurrentes, como el interés transmitido respecto de la masa social, que la primera de las ofertas es la más conveniente para todos los intereses en juego.

Al margen de que tanto el Fondo de Garantía Salarial como los Comités de Empresa destaquen el talante dialogante y la continua información facilitada por SIGNE S.A. y ADOS S.A., cuando ha sido requerida, la propia administración concursal reconoce la solvencia económica del citado grupo. Ciertamente que la oferta puede ser inferior en precio, pero ofrece mayor garantía de viabilidad, atendiendo a que, además, son empresas que ya tienen experiencia en un sector tan especializado como el que nos ocupa. Esta mayor experiencia y volumen, reconocidas por la administración concursal al comparar ambas ofertas, permitirían afrontar la totalidad del negocio que va a enajenarse con mejores expectativas que el del segundo grupo. Además permite atender con mayor garantía la finalidad legal antes expuesta de la *enajenación como un todo*, y el criterio legal de dar preferencia a las ofertas de compra de la concursada *“que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso, de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores”* (art. 149.1.3º LC).

No puede desdeñarse, tampoco, que SIGNE S.A. ya es propietaria del inmueble en el que desenvuelve su sede social VAMA, y que por lo tanto, está en inmejorable posición para garantizar la continuidad de la sociedad. Por otro lado afirman los comités de empresa que los oferentes han mantenido reuniones con todas las administraciones públicas implicadas (mencionan la Tesorería General de la Seguridad Social, Diputación Foral de Bizkaia y Agencia Estatal de la Administración Tributaria), lo que revela cierta implicación que podría existir en las otras ofertas, pero no consta.”: Auto JM-1 Bilbao 30.03.2007 (Concurso 729/2005)

3.2 ¿Cabe excepcionar los mecanismos legales de sucesión de responsabilidades?

“Y ello porque, contemplando el art. 148 LECO una libertad plena para el plan de liquidación - más allá de la línea del convenio traslativo de art. 100.2.pfo.2º LECO-, su apartado primero fija el criterio legal prioritario de transmisión de la empresa en su conjunto, por lo que la Ley inclina toda otra previsión legal precedente a esta voluntad, y el art. 149.2 LECO, desde un concepto concursal de sucesión de empresa, del todo idéntico al del Derecho laboral, para el caso de precisarse medidas de sustitución o complemento del plan, prevé expresamente, con potestad del Juez concursal, dos órdenes de excepciones a los efectos propios de la sucesión de empresa iuslaboral, en cuanto a salarios e indemnizaciones pendientes, que pueden trasladarse a prestaciones del FOGASA, y en cuanto a descuelgue convencional de condiciones colectivas de relaciones de trabajo. Son excepciones impelidas desde art. 3º Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre protección de trabajadores ante situaciones de insolvencia -texto consolidado-. Así, la competencia del Juez del concurso, a través de la aprobación del plan de liquidación, y en su ejecución, de un auto de adjudicación, puede igualmente, recta vía, excepcionar los mecanismos legales extraconcursales de sucesión de responsabilidades, ya sean laborales, tributarias, o pseudotributarias, de Seguridad Social. Se trata de un diseño legal que considera, por importantes principios en juego, la liquidación concursal como transmisión extravagante (así, expreso en art. 42.1.c) LGT).

La posibilidad de que la Recaudación disponga de un procedimiento administrativo por autotutela legalizada, como que los trabajadores tengan su propio orden jurisdiccional y proceso para acciones individuales, no puede enervar que en tales sedes resulte oponible unas resoluciones judiciales como las expresadas, en tanto que, tratándose de un intento de solidarizar frente a terceros créditos concursales, los acreedores concursales y los representantes legales de los trabajadores han tenido ocasión de objetar, y de cara a una resolución susceptible de segunda instancia, sin deberse asumir un silencio a cuenta de perseguir en el futuro inmediato una inseguridad jurídica del tráfico.”: Auto JM-2 Bilbao 14.05.2007 (Concurso 18/2006)

“Respecto a que se condiciona la venta a que no se produzcan los efectos que establece el art. 149.2 LC, no es posible admitirlos. No consta ningún compromiso semejante por quien podría adoptarlo, que son las instituciones públicas que podrían derivar responsabilidades. Ninguna de ellas ha manifestado nada al respecto y este juzgado sólo puede estar a los términos legales, que habrán de ser respetados.

Además la voluntad del legislador es clara al respecto pues se manifiesta también en el art. 100.2 LC, que dispone que si se conviene la transmisión del conjunto de bienes y derechos del concursado o de determinadas unidades productivas, tales proposiciones *“incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional...”*. En definitiva, sea en fase de convenio o, como es el caso, liquidación, la norma deja dispuesto cómo proceder, sin que pueda modificarse ese criterio legal. “:Auto JM-1 Bilbao 30.03.2007 (Concurso 729/2005)

3.3 Transmisión de la empresa a futuro tercero indeterminado. Necesidad de posterior auto de adjudicación

“**SEGUNDO.-** El plan de liquidación consiste en la transmisión de la empresa de titularidad de la mercantil disuelta Matriner S.L., en liquidación concursal, a un tercero indeterminado, como primera y preferida fórmula, a cambio de un precio al contado que, como mínimo permita satisfacer en su totalidad los créditos contra la masa, así como los créditos con garantía real sobre bienes y derechos en la masa, previéndose, en lugar de la redención de estos últimos, la subrogación en la carga del adquirente.

Las condiciones de esta transmisión lógicamente contemplan los sectores legales en que la transmisión puede suponer, de suyo, una conservación del crédito concursal, novando subjetivamente el lado pasivo de la relación mediante expromisión cumulativa, en términos del CCiv, o lo que en el iuslaboralismo se denomina sucesión de empresa, y en el campo de la Recaudación administrativa se dice "derivación" de responsabilidad.

Puesto que las previsiones al respecto, en cuanto a la bondad material de lo proyectado, no tienen sentido analizarse sin que se produzca el fenómeno deseado de la adquisición por un tercer empresario, para dicho momento se dirime la consideración.

Únicamente, sin que esté recogido legalmente, pero del todo útil, se matizará que, producida la selección definitiva de un adquirente por la administración concursal en las condiciones del plan, habrá de producirse la cesión en un acto formal en el Juzgado, con el pago solemne metálico que se haya acordado bajo fe pública, de modo que se proceda a dictar un auto de adjudicación del conjunto de la empresa hasta entonces de la concursada.

Dicha futura eventual resolución servirá para la purga de cargas que pueda ser menester, y en la misma se fundamentarán las condiciones técnicas en Derecho por las que se cede en la liquidación concursal al nuevo empresario.

Lo que no puede soslayarse ahora es afirmar la jurisdicción y competencia de este órgano, y por ende, orden público insobornable fiscalizado "ex officio iudicis", para dictar en su día tal resolución que corrobore las condiciones en que un adquirente será cesionario de la empresa de la mercantil concursada.

Y ello porque, contemplando el art. 148 LECO una libertad plena para el plan de liquidación -más allá de la línea del convenio traslativo de art. 100.2.pfo.2º LECO-, su apartado primero fija el criterio legal prioritario de transmisión de la empresa en su conjunto, por lo que la Ley inclina toda otra previsión legal precedente a esta voluntad, y el art. 149.2 LECO, desde un concepto concursal de sucesión de empresa, del todo idéntico al del Derecho laboral, para el caso de precisarse medidas de sustitución o complemento del plan, prevé expresamente, con potestad del Juez concursal, dos órdenes de excepciones a los efectos propios de la sucesión de empresa iuslaboral, en cuanto a salarios e indemnizaciones pendientes, que pueden trasladarse a prestaciones del FOGASA, y en cuanto a descuelgue convencional de condiciones colectivas de relaciones de trabajo. Son excepciones impelidas desde art. 3º Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre protección de trabajadores ante situaciones de insolvencia -texto consolidado-. Así, la competencia del Juez del concurso, a través de la aprobación del plan de liquidación, y en su ejecución, de un auto de adjudicación, puede igualmente, recta vía, excepcionar los mecanismos legales extraconcursales de sucesión de responsabilidades, ya sean laborales, tributarias, o pseudotributarias, de Seguridad Social. Se trata de un diseño legal que considera, por importantes principios en juego, la liquidación concursal como transmisión extravagante (así, expreso en art. 42.1.c) LGT).

La posibilidad de que la Recaudación disponga de un procedimiento administrativo por autotutela legalizada, como que los trabajadores tengan su propio orden jurisdiccional y proceso para acciones individuales, no puede enervar que en tales sedes resulte oponible unas resoluciones judiciales como las expresadas, en tanto que, tratándose de un intento de solidarizar frente a terceros créditos concursales, los acreedores concursales y los representantes legales de los trabajadores han tenido ocasión de objetar, y de cara a una resolución susceptible de segunda instancia, sin deberse asumir un silencio a cuenta de perseguir en el futuro inmediato una inseguridad jurídica del tráfico.”: Auto JM-2 Bilbao 14.05.2007 (Concurso 18/2006)

3.3.1 Transmisión de la empresa a futuro tercero indeterminado. Participación de los trabajadores, con voz pero sin voto, en la selección del adjudicatario

“**TERCERO.-** La Sección Sindical de CCOO en Matriner S.L. ha presentado escrito, lo mismo que ha hecho la presidenta del Comité de Empresa.

De la lectura de tales manifestaciones se desprende la sintonía con el plan de liquidación y el acuerdo con la administración concursal, según resulta lógico, en tanto que las medidas laborales colectivas del procedimiento han sido siempre pacticias, según es la ideología preferente de LECO.

Hay aspectos de interés, pero que no pertenecen a este trámite, otros que sí están claramente fuera de la competencia del Juzgado de lo Mercantil, y en fin, otros que son, más que nada, recomendaciones de gestión o de intenciones.

En cuanto a que la empresa cesionaria "en globo" de lo que queda de Matrinator S.L., en términos materiales y humanos, deba mantener determinadas condiciones laborales, recolocar con preferencia a los despedidos en ERE, o conservar el inmovilizado actual, son asuntos que pertenecen a un ámbito de relaciones laborales posterior y ajeno al concurso, en que los sindicatos y los representantes unitarios de los trabajadores estarán en la misma situación que estarían de no haber sucedido el procedimiento concursal, y que están el resto de trabajadores.

Lo que cumple al Juzgado es controlar la voluntad de mantener o excepcionar el dispositivo de art. 44 ET, puesto que con arreglo al Derecho comunitario derivado, y el tenor de art. 149.2 LECO, pudiera darse una solución u otra. El plan preserva todos los derechos de los trabajadores en art. 44 ET, por lo que nada se debe añadir a sus previsiones, en cuanto a subrogación, responsabilidad solidaria, mantenimiento transitorio de convenio colectivo, y cumplimentado el deber de información a los representantes legales de los trabajadores. Lo demás pertenece a la tensión universal de las relaciones laborales de cualquier empresa.

Por lo tocante a la preocupación por una deuda salarial concursal insatisfecha, una vez que está contabilizada en la lista de acreedores, el caso es que, si fracasa el mecanismo prioritario de cesión en globo significará que no hay patrimonio de respuesta desde el de la sociedad. Todo quedaría a eventuales corresponsables derivados de la calificación. Y si el mecanismo es exitoso, se producirá la sucesión de empresa, como queda dicho.

En fin, está el tema de la igualdad de condiciones en los oferentes para la cesión de la empresa, y en la ausencia de vinculaciones directas o indirectas con los anteriores propietarios o gestores de Matrinator S.L.

Aquí no hay más que recordar la responsabilidad en que incurren los administradores concursales por daño a los acreedores concursales por su indiligencia, depurable ex art. 36 LECO, y el convencimiento del Juzgado sobre que están persuadidos de la "limpieza" con que deben seleccionar al adquirente, dentro de sus poco mejorables condiciones de honestidad y experiencia.

No puede imponer el Juzgado que los representantes legales de los trabajadores coparticipen en la decisión, puesto que desequilibraría a unos acreedores frente a otros, pero sí establecer una participación en las entrevistas con los oferentes, y con voz pero sin voto, en dicha decisión, puesto que ello será también conducente para el candidato a cesionario.

Debe tenerse en cuenta que una cosa es el interés del concurso, y otra los intereses concurrentes, y entre éstos, los de los trabajadores. Más allá de resultar acreedores, y en la fase de liquidación, el interés del concurso, conforme a la Ley, es definir la mejor forma de liquidar la empresa, a través de la enajenación en bloque, de ser posible, de las unidades empresariales. LECO procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o algunos de sus elementos componentes, con preferencia para soluciones que garanticen la continuidad de la empresa.

Por último, y en cuanto a la calificación culpable, el procedimiento de concurso consiste en un conjunto de instituciones, ordenadas modernamente en un texto legal con pretensiones de unidad y bajo principios en diversos planos, que no es el lugar para desarrollar, destinadas al tratamiento judicial del crédito en masa.

Este tratamiento es tradicional y está extendido por todas las culturas jurídicas, y en la actual concepción "solutoria" del procedimiento, su objeto se identifica con una paradoja: por un lado, ante la insolvencia, debe tutelar al deudor para que se verifique la viabilidad de continuar como empresa; y por otro, debe tutelar, ante la insolvencia, la satisfacción del crédito.

De suyo, el juicio de constitucionalidad de este ordenamiento parte de asumir que se trata de una restricción del derecho a la facultad ejecutiva del singular crédito, y por lo tanto, del derecho a la efectiva tutela judicial, derecho fundamental cuya relajación impone una justificación razonable y suficiente.

La fórmula de superar la paradoja radica en proteger al crédito concurrente frente a la persona jurídica, y a la vez, proteger a la empresa de que es titular ésta.

En lo que pueden colaborar quienes dirigen la gestión procesal del concurso en los Juzgados de lo Mercantil, administradores concursales y jueces, a que la mentalidad paulatinamente cambie, y el concurso se establezca como fundamento del Derecho patrimonial, según fue el origen histórico del concepto en el siglo XVI, interviene una interpretación normativa que se dirija sin desmayo, en cada duda, a superar la predicha paradoja, y conceder un valor añadido al procedimiento.

Así, el de Matrinator S.L. es uno de los panoramas que pueden instaurarse como protocolo de actuación para una empresa mediana: La persona jurídica que detenta una empresa viable y un valor patrimonial en funcionamiento de importancia, y que puede mantener aquélla, aun reduciéndola en su dimensión, con transmisión en globo a un tercero, y el cual consiga, cambiando de personalidad al titular del negocio, adquirirla mediante un plan de liquidación por el

que asume, en exclusiva, la subrogación en créditos con garantía real y el pago de los créditos contra la masa. En este protocolo, la satisfacción de los acreedores concursales provendría de un suplemento de la masa desde la calificación culpable, cautelada con embargo de art. 48.3 LECO, y como era lógico, el concursado está suspenso desde un inicio, y le ha suplido una administración concursal profesional que dirige al "staff" de la compañía, no vinculado a la propiedad.

En este panorama hay incentivos para la empresa del deudor, a quien se tutela especialmente para que, en todo o parte, se conserve, y los hay para el acreedor concursal, a quien se tutela una cierta satisfacción de su crédito frente a entidad insolvente. Si se llega al resultado propicio, el concurso supondrá para el acreedor, respecto de la ejecución singular, con la colectivización y el coste que supone, algo con lo que no puede contar sin la existencia del concurso, a saber, la calificación culpable con pérdida de derechos en y contra la masa, reintegro indemnizatorio a ésta, y suplemento de ésta por administradores sociales, de hecho o de derecho. Y supondrá para la empresa que fuera de Matriner S.L. la exclusión de los efectos indeseados de una sucesión de empresa mediante la liquidación concursal, a fin de encontrar adquirente. Habrá que comprobarlo.": Auto JM-2 Bilbao 14.05.2007 (Concurso 18/2006)

2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la secretaría del juzgado el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo sin que se hubieran formulado, el juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. En otro caso, la administración concursal informará, en el plazo de diez días, sobre las observaciones y propuestas formuladas y el juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

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

4. En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley.

Artículo 149. Reglas legales supletorias.

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

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

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

- 2.ª En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de esta Ley.
- 3.ª Los bienes a que se refiere la regla 1.ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155.

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su

caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

Art. 149.1.3ª

“2) Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos. Cuando se apliquen las normas supletorias previstas en el artículo 149 de la Ley la previsión de la celebración de una subasta judicial determina que aprobada la subasta deba dictarse un auto de adjudicación. Cuando exista plan de liquidación y la enajenación se efectúe conforme a dicho plan no parece justificado que el Juzgado haya de dictar un auto de adjudicación específico más allá de la aprobación del plan de liquidación, esta afirmación determina que la administración concursada quede habilitada para poder llevar la liquidación a su último término si obstáculo ni limitación alguna.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 2

“6) Alternativas a la subasta.-Encaje de la LEC en la ley concursal.-Tanto los sistemas de adjudicación directa como la encomienda de venta a un tercero – artículos 640 y 641 de la LEC – pueden ser mecanismos previstos dentro del plan de liquidación y, por lo tanto, planteados por los administradores del Concurso. Si no existe esa previsión en el plan de liquidación el artículo 149 sólo permite la celebración de subasta judicial – sin las limitaciones que en cuanto a posturas ridículas o insuficientes permite la LEC – y la adjudicación directa si la subasta queda desierta.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 6

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

Art. 149.2

“7) Liquidación y continuidad de la actividad empresarial por terceros.- Alcance de las obligaciones que asumen los terceros.

A la vista de los artículos 148 y 149 parece compatible llegar a la fase de liquidación y que la concursada siga con actividad empresarial ya que la Ley permite que los expedientes de regulación de empleo se planeen en fase de liquidación y que terceros adquieran la empresa en funcionamiento o unidades productivas de la misma. Se observa una aparente contradicción entre el contenido del artículo 146, que afirma que la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, con el 148 que permite la realización de los bienes y derechos de la masa activa como una unidad. Si una empresa está en funcionamiento y se liquida como una unidad el tercer adquirente puede estar interesado no sólo en adquirir los bienes – maquinaria, suelo, stock, materias primas – los intangibles – fondo de comercio, derechos de propiedad industrial – y plantilla, sino también pedidos y contratos pendientes de realización y ejecución, terminar de cumplir con las obligaciones pendientes del concursado que no fueran resueltas durante la fase común. El plan de liquidación deberá habilitar fórmulas para dar cobertura legal a estos supuestos en los que un tercero adquiere una empresa en funcionamiento, fórmulas que deberán contar con el conocimiento y autorización de los terceros afectados por dichos contratos. El tercero que adquiere una empresa en funcionamiento o una unidad productiva no asume créditos concursales sino que se compromete al pago de una cantidad que pasa a formar parte de la masa activa del concurso para su distribución entre los acreedores, compra un bien a cambio de un precio. Sólo en lo referido a las obligaciones laborales el artículo 149.2 establece que estas adquisiciones suponen una subrogación a los efectos laborales, existiendo sucesión de empresa lo que determina que el adquirente sí se subroga en los créditos y responsabilidades laborales con la posibilidad legal de que el Juez acuerde que el Fondo de Garantía Laboral asuma el pago de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago antes de la liquidación conforme a los mínimos legales fijados en el Estatuto de los Trabajadores. Este precepto exige algunas precisiones legales:

- Exige una expresa autorización judicial.
- No distingue la Ley entre deuda contra la masa – derivada de la continuidad de la actividad empresarial – y deuda concursal – anterior al concurso, luego el Juez puede pronunciarse respecto de la subrogación tanto de una como de otra deuda,
- En cualquier caso debe ser oído el Fondo de Garantía Salarial,
- No parece posible extender esta posibilidad de subrogación a las deudas públicas vinculadas al pago de indemnizaciones y salarios – retenciones de IRPF y de Seguridad Social, que tienen la consideración de crédito bien concursal bien contra la masa en función de cuando se genere la deuda,
- La subrogación sólo será posible respecto de aquellos trabajadores y aquellos supuestos que se planteen en fase de liquidación, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúen en la empresa porque sus contratos se extinguió en la fase común bien individualmente, bien en EREs concluidos durante la fase común. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 7

Artículo 150. Bienes y derechos litigiosos.

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

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

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

Artículo 152. Informes sobre la liquidación.

Cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, que quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

El incumplimiento de esta obligación podrá determinar la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 36 y 37 de esta Ley.

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

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

Art. 153.1 Prórroga de las operaciones de liquidación más allá de 12 meses por situaciones de contingencia

“Conforme al artículo 153.1 de la Ley Concursal parece que la fase de liquidación no puede durar más allá de un año en el procedimiento ordinario – 6 meses en el procedimiento abreviado – esta previsión de duración no siempre será posible respetarla ya que puede haber créditos contingentes que no sea posible realizar en los términos previstos en el artículo 150 de la Ley, o pueden incorporarse a la masa activa bienes o derechos como consecuencia de la firmeza y ejecución de resoluciones judiciales – acciones rescisorias o de otro tipo – producida con posterioridad como consecuencia de las dilaciones ordinarias de los procedimientos judiciales – sobre todo los que queden pendientes de recursos de casación -. Atendiendo a la naturaleza y circunstancias de los bienes y derechos que hayan de ser liquidados tanto el plan de liquidación como las observaciones que puedan hacer los acreedores permiten fijar plazos de duración inferiores de la fase de liquidación. El artículo 153 establece un término de duración cuyo único

efecto es que a partir del transcurso de un año puede haber responsabilidad del administrador concursal por la dilación, responsabilidad que no es automática – habrá que ponderar los factores que puedan haber incidido en la dilación.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 9

“En el supuesto de autos hay una cantidad pendiente de ingresar en la masa activa del concurso derivada de una devolución de impuestos. Tal y como manifiesta la propia Agencia Tributaria “no se ha generado la correspondiente devolución”, es decir no se cumplen los requisitos del artículo 1196 del Código civil puesto que no sería exigible, si asimilamos el momento en el que se produce el correspondiente título de devolución con el de exigibilidad civil.

En definitiva ni los créditos serían compensables por no ser exigible la cantidad derivada de la devolución de IVA ni aún siendo exigible podría compensarse de modo automático si con ello se altera o afecta el orden de pago de los créditos del artículo 91 de la Ley Concursal, por cada uno de los ordinales y, dentro de cada uno de ellos, a prorrata.

Al formularse el inventario – artículo 82 de la Ley – la administración concursal debía establecer respecto de los activos que integran la masa su situación, sus cargas y el estado en que se encuentren. Cierto es que la Ley Concursal establece un plazo de duración de la liquidación que no ha de superar los 12 meses, pero también lo es que esa duración debe compaginarse y armonizarse con las circunstancias de cada caso y, en concreto, sobre las situaciones de contingencia hasta que esa contingencia desaparece. Desde esta perspectiva resulta razonable prorrogar las operaciones de liquidación por causas justificadas y, entre ellas, la planteada en los presentes autos.”: SJM-3 Barcelona 23.05.2007 (Incidente Concursal 189/2007)

2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos.
3. Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación
4. Del contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198.

SECCIÓN 4 - DEL PAGO A LOS ACREEDORES

Actualización del estado de acreedores

“8) *Actualización del estado de los créditos durante la fase de liquidación. Control de los pagos realizados por terceros, vencimiento anticipado de obligaciones y coordinación de pagos entre concursos de un mismo grupo de empresas.*

El contenido de los artículos 159 a 162 de la Ley Concursal permiten considerar que al abrirse la fase de liquidación los administradores del concurso han de actualizar el estado de créditos concursales y contra la masa en la fase de liquidación. La relación y condición de acreedores referida en el informe que pone término a la fase común puede ser incompleta o inexacta porque se hayan realizado pagos por terceros o porque se hayan cumplido las contingencias inicialmente anunciadas conforme al artículo 87 de la Ley una vez ha concluido la fase común. Parece, por lo tanto, razonable exigir a los administradores concursales que antes de efectuar los pagos en la fase de liquidación actualicen la situación de los créditos al objeto de evitar este tipo de problemas e informar sobre los créditos inicialmente considerados contingentes. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 8

Artículo 154. Pago de créditos contra la masa.

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

Art. 154.1

“**PRIMERO** La parte apelante Obras Blázquez, SA formula recurso contra el auto dictado por el Juzgado que acuerda mantener en sus propios términos el plan presentado por la administración del concurso, al cual deberán someterse las operaciones de liquidación de la masa activa. El

motivo de la apelación se centra en cuanto que dicho plan de liquidación no refleja el derecho de Letrado y Procurador de la mercantil Concursea a que sus minutas sean abonadas con cargo a la masa. Solicita el apelante la revocación parcial del auto, modificando el plan de liquidación presentado por la Administración Concursal en el sentido de incluir en el mismo el derecho a cobrar las minutas de Letrado y Procurador de la Concursea con cargo a la masa y con anterioridad a proceder al pago del resto de los créditos concursales, en la cuantía que fije el Juzgador, previos los informes, justificación de gastos y demás actuaciones que considere necesarios.

SEGUNDO El artículo 84.2.2ª de la Ley Concursal establece que «Tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154: Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas». Y el artículo 154 de dicha Ley establece que «antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. 2. Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso».

Con el nombre de créditos contra la masa se designan todos aquéllos créditos que genera el propio procedimiento concursal, ya deriven de las costas y gastos judiciales, ya se refieran a las obligaciones nacidas durante el concurso o que se mantengan tras su declaración, cuya característica fundamental es que disfrutan de preferencia sobre los acreedores concursales. Se explica así que la Ley se remita expresamente al artículo 154 que regula la satisfacción preferente de los créditos contra la masa. La expresión trata de designar de una manera unitaria la compleja gama de gastos y obligaciones que genera un procedimiento concursal.

Entre estos créditos se encuentran los honorarios del letrado por asistencia y los derechos del procurador por representación, que son partes durante todo el procedimiento de concurso.

Con fundamento en dicho precepto, a la vista de las referidas consideraciones, y teniendo en cuenta, además, el escrito de fecha 29 de noviembre de 2005 (folio 59) presentado por los Administradores concursales admitiendo que los honorarios correspondientes a la actuación de Letrado y Procurador de la concursada, lo son con cargo a la masa y habrán de ser satisfechos con anterioridad al pago del resto de los créditos concursales, debemos dictar resolución estimando el recurso formulado, revocando parcialmente el auto dictado por el Juzgado en el sentido interesado por el apelante.”: Auto AP Soria 27.04.2006 (JUR 2006/195959)

(Aunque en abstracto no se entiende que por esta causa pueda estimarse un recurso contra la aprobación del plan de liquidación, cuyo contenido ha de versar sobre la realización de los bienes y no sobre el pago a los acreedores)

2. Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del artículo 84.2.1.º se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

Art. 154.2

1. “cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos”

1.1 Concurso en fase común. Alteración del pago en orden cronológico por interés del concurso. Caso de iliquidez transitoria o de iliquidez definitiva

“**PRIMERO** 1. La Administración concursal solicitó del Juzgado mediante escritos presentados en fechas 23 de mayo y 1 de junio de 2005, que se la autorizara para satisfacer las nóminas de los trabajadores de la entidad Dorlast, SL correspondientes a los meses de abril y mayo de 2005. Con independencia de que el pago de las nóminas de tales mensualidades pueda haber sido afrontado por la entidad Inveralia, SL -según se hace constar en el escrito presentado por dicha entidad el día 9 de junio de 2005-, el hecho de que nos encontremos ante pagos de carácter periódico fruto de contratos laborales vigentes, nos indica la conveniencia de resolver tal cuestión a fin de dotar la actuación de los diferentes operadores del concurso de la necesaria seguridad jurídica, así como para clarificar la situación para futuras e idénticas contingencias que pudieran plantearse.

2. El asunto debe ser afrontado necesariamente partiendo de que la autorización que solicita la Administración concursal lo era para satisfacer deudas a cargo de la masa. Se trataba de pagar los salarios devengados con posterioridad a la declaración del concurso -en concreto eran las nóminas correspondientes a los meses de abril y mayo de 2005- de los trabajadores de Dorlast, SL Advertía la Administración concursal que no era la única deuda vencida a cargo de la masa, y que si bien la liquidez de la que gozaba la empresa actualmente permitía afrontar el importe de las referidas nóminas, no era suficiente para hacer frente a la totalidad de las deudas vencidas después de la declaración del concurso.

3. El artículo 154.2 de la Ley Concursal (en adelante LC) es el que establece la regla que debe observarse para la satisfacción de los créditos contra la masa. Dice tal precepto que «los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso». No parece que pueda ofrecer muchas dudas la interpretación de dicho precepto. Conforme al mismo, desde la declaración del concurso, las deudas que conforme a la Ley sean a cargo de la masa, deberán satisfacerse a su vencimiento, sin posibilidad de discriminar sobre la base de la naturaleza de tales deudas. Se retoma así el principio recogido en el artículo 63.1º del Código de comercio, cuya eficacia había quedado enervada para las deudas anteriores a la declaración del concurso, como consecuencia de la declaración de éste (artículo 49 LC).

4. El cumplimiento del principio anterior no ofrece problemas cuando la continuación de la actividad del concursado genera recursos continuos y suficientes para afrontar las deudas a cargo de la masa. En cambio, la situación se torna más crítica cuando la liquidez es insuficiente para afrontarlas todas. Tal supuesto es contemplado por el número 3 del artículo 154 LC que en su parte final establece que «en caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos».

5. Como podemos advertir, el apartado que acabamos de transcribir habla de «distribución». A pesar de lo ilógico del uso del verbo «distribuir» cuando a continuación, el precepto se remite a un orden de satisfacción puramente cronológico, la utilización de tal verbo denota que se contempla al concursado en una fase final y estática, no dinámica, esto es, al concursado inactivo y en fase de liquidación. Que ésta es la perspectiva contemplada por el legislador lo confirma más si cabe el que la insuficiencia de recursos a la que se alude, se relacione con la deducción de la masa activa de los bienes y derechos necesarios para atender el pago de los créditos contra la masa, excluidos los bienes y derechos afectos al pago de los créditos con privilegio especial. A mayor abundamiento, esta visión estática del concursado deriva de la ubicación sistemática del precepto que estamos comentando. Cuando el artículo 154.3 LC hace referencia al pago de los créditos contra la masa, contemplar tal pago a cargo de los bienes y derechos incluidos en la masa activa cobra su pleno sentido en el caso de liquidación. Si no, no tendría sentido que el artículo 154.3 LC hiciera referencia a «lo obtenido» en relación con los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Efectivamente, el artículo 154 LC se encuentra situado en la Sec. 4ª del Capítulo II del Título V de la Ley, referido a la «Las Fases de Convenio y Liquidación», y en concreto en el Capítulo II que se encarga de ordenar la fase de liquidación. Por ello se explica que al ordenar las operaciones a efectuar por la Administración concursal para afrontar el pago de los créditos le imponga hacer tres lotes: 1º) el correspondiente a los bienes y derechos afectos a privilegio especial (artículo 154.3 LC); 2º) el correspondiente a bienes y derechos destinados a satisfacer los créditos contra la masa; y 3º) los bienes y derechos restantes destinados a satisfacer los créditos concursales incluidos en la lista de acreedores según las reglas que se contemplan en los artículos siguientes.

6. Sin embargo, en la fase común la realidad patrimonial del concursado puede ser más dinámica. De tal modo que puede encontrarse inmerso en períodos de iliquidez a los que suceden otros períodos de liquidez relativa, derivada de su capacidad de generar recursos provenientes de la actividad profesional o empresarial. Es decir, que deben contemplarse como fuente generadora de recursos para afrontar las deudas del concursado, no sólo los bienes y derechos integrados en la masa activa, sino la propia masa activa como organización. Y ello sin perjuicio de que en ésta se mantengan bienes y derechos que garanticen que se podrán afrontar no sólo el pago de los créditos contra la masa, sino también créditos concursales.

7. De lo que acabamos de decir se desprende que al menos son tres las situaciones en que se puede encontrar el concursado durante la fase común en relación con el pago de los créditos contra la masa: 1ª) existencia de liquidez; 2ª) estado de iliquidez definitiva; y 3ª) iliquidez transitoria. Sólo la dos primeras hipótesis han sido contempladas por la Ley Concursal. La primera en el número 2 del artículo 154; y la segunda en el número 3 del mismo precepto. Por el contrario, no parece que la Ley haya contemplado de manera expresa el supuesto del concursado que en fase común continúa con su actividad empresarial y atraviesa fases de liquidez para afrontar los créditos contra la masa con otras de transitoria iliquidez. En estos casos la aplicación del principio de vencimiento puede ser perturbadora y ser coherente mal con otros principios contenidos en la Ley. Uno de ellos es el principio de conservación de la masa activa (artículo 43.1 LC). Pueden darse supuestos, y se dan en la práctica, en los que la Administración concursal deba afrontar un crédito contra la masa que, aunque de vencimiento posterior a otros, sea de ineludible satisfacción para asegurar la pervivencia de la masa activa

como conjunto de bienes y derechos y, lo que es más trascendente, la estructura de la misma como organización para la generación de nuevos recursos. En tales casos el principio de vencimiento no puede ser automáticamente aplicado porque no encontrándonos ante un supuesto expresamente contemplado en la Ley, no concurre la identidad de razón que exige la aplicación de la analogía (por todas, SSTS [Sala 1ª] de 6 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1148], y de 22 de julio de 1993 [RJ 1993, 6274]).

8. La solución en tal caso debe ser la de permitir afrontar el crédito o los créditos vencidos cuya satisfacción se revele como más acuciante para la conservación no sólo del valor de la masa sino de su organización como estructura económica. Sin embargo, el quebranto del principio de vencimiento no puede ser total. En la situación del deudor insolvente, al principio de vencimiento le debe ser reconocida una doble virtualidad. La primera, la de exigir el pago del crédito en el momento en que cumpla el término de la deuda. La segunda, que ante tal estado de insolvencia, no se produzca el supuesto en que un acreedor con vencimiento posterior perciba su crédito sin que pueda percibirlo un acreedor con un vencimiento anterior. La primera podría ser denominada eficacia cronológica; la segunda eficacia finalista. Pues bien, para el supuesto que estamos analizando de insolvencia relativa transitoria del concursado, entendemos que cabe eludir la eficacia cronológica del principio de vencimiento siempre y cuando se asegure su eficacia finalista. Por tanto cabrá que la Administración concursal satisfaga deudas de la masa vencidas con posterioridad a otras que permanecen insatisfechas siempre y cuando se garantice que todas las anteriores van a ser -en un momento posterior- satisfechas.

SEGUNDO Sin embargo, en el presente caso, la Administración concursal ha informado al Juzgado que no hay previsión asegurable de que en el futuro pueda disponer de liquidez suficiente para garantizar el pago de los créditos contra la masa que lo han sido con vencimiento anterior a las retribuciones de los trabajadores de Dorlast, SL correspondientes a la nómina de abril y mayo. La conclusión deriva necesariamente de lo razonado en el fundamento jurídico anterior. No cabe que judicialmente se autorice a la Administración concursal para que satisfaga tales retribuciones, toda vez que ello quebraría de manera irreversible lo dispuesto en el artículo 154.2 LC puesto que no se puede asegurar que se consiga liquidez para ver satisfechos los acreedores cuyos créditos han vencido con anterioridad a las referidas nóminas.”: Auto JM-1 Madrid 24.06.2005 (AC 2005, 1147)

“**TERCERO.-** El artículo 154.2 de la Ley Concursal es el que establece la regla que debe observarse para la satisfacción de los créditos contra la masa. Dice tal precepto que “los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso”. No parece que pueda ofrecer muchas dudas la interpretación de dicho precepto. Conforme al mismo, desde la declaración del concurso, las deudas que conforme a la Ley sean a cargo de la masa, deberán satisfacerse a su vencimiento, sin posibilidad de discriminar sobre la base de la naturaleza de tales deudas. Se retoma así el principio recogido en el artículo 63-1º del Código de comercio, cuya eficacia había quedado enervada para las deudas anteriores a la declaración del concurso como consecuencia de la declaración de éste (cfr. artículo 49 LC).

El cumplimiento de la regla enunciada al párrafo anterior no ofrece problemas cuando la continuación de la actividad del concursado genera recursos continuados y suficientes para atender el pago de las deudas a cargo de la masa. En cambio, la situación se torna más crítica cuando la liquidez es insuficiente para afrontarlas todas. Tal supuesto es contemplado por el número 3 del artículo 154 LC que en su inciso final establece que “en caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos”.

Como podemos advertir, el apartado que acabamos de transcribir habla de “distribución”, y ello denota que la perspectiva que se contempla es la que afecta al concursado en una fase final y estática, no dinámica, esto es, al concursado inactivo y en fase de liquidación. Que ésta es la perspectiva contemplada por el legislador lo confirma más si cabe el que la insuficiencia de recursos a la que se alude, se relacione con la deducción de la masa activa de los bienes y derechos necesarios para atender el pago de los créditos contra la masa, excluidos los bienes y derechos afectos al pago de los créditos con privilegio especial. A mayor abundamiento, esta visión estática del concursado deriva de la ubicación sistemática del precepto que estamos comentando. Cuando el artículo 154-3 LC hace referencia al pago de los créditos contra la masa, contemplar tal pago a cargo de los bienes y derechos incluidos en la masa activa cobra su pleno sentido en el caso de liquidación. En inteligencia diversa, no tendría sentido que el artículo 154-3 LC hiciera referencia a “lo obtenido” en relación con los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Efectivamente, el artículo 154 LC se encuentra situado en la Sec. 4ª del Capítulo II del Título V de la Ley, referido a la “LAS FASES DE CONVENIO Y LIQUIDACIÓN”, y en concreto en el Capítulo II que se encarga de ordenar la fase de liquidación. Por ello se explica que al ordenar las operaciones a efectuar por la Administración concursal para afrontar el pago de los créditos le imponga hacer tres lotes: 1º) el correspondiente a los bienes y derechos afectos a privilegio especial (artículo 154.3 LC); 2º) el correspondiente a

bienes y derechos destinados a satisfacer los créditos contra la masa; y 3º) los bienes y derechos restantes destinados a satisfacer los créditos concursales incluidos en la lista de acreedores según las reglas que se contemplan en los artículos siguientes.

CUARTO.- Sin embargo, en la fase común -en la que nos encontramos- la realidad patrimonial del concursado puede ser más dinámica. De tal modo que puede encontrarse inmerso en periodos de iliquidez a los que suceden otros periodos de liquidez relativa, derivada de su capacidad de generar recursos provenientes de la actividad profesional o empresarial. Es decir, que deben contemplarse como fuente generadora de recursos para afrontar las deudas del concursado, no sólo los bienes y derechos integrados en la masa activa, sino la propia masa activa como organización. Y ello sin perjuicio de que en ésta se mantengan bienes y derechos que garanticen que se podrán afrontar no sólo el pago de los créditos contra la masa, sino también créditos concursales.

De lo que se acaba de decir se desprende que al menos son tres las situaciones en que se puede encontrar el concursado durante la fase común en relación con el pago de los créditos contra la masa, a saber:

- 1.- Existencia de liquidez;
- 2.- Estado de iliquidez definitiva;
- 3.- Iliquidez transitoria.

Pues bien, sólo la dos primeras hipótesis han sido contempladas, al menos de modo expreso, por la Ley Concursal. La primera en el número 2 del artículo 154; y la segunda en el número 3 del mismo precepto. Por el contrario, no parece que la Ley haya contemplado de manera expresa el supuesto del concursado que en fase común continúa con su actividad empresarial y atraviesa fases de liquidez para afrontar los créditos contra la masa -o todos ellos, de modo regular- con otras de transitoria iliquidez.

Aparece claro que en estos casos la aplicación del principio del vencimiento puede resultar perturbadora y se cohonestará mal con otros principios contenidos en la Ley. Uno de ellos es el principio de conservación de la masa activa (artículo 43-1 LC). Pueden darse supuestos, y se dan en la práctica, en los que la Administración concursal deba afrontar un crédito contra la masa que, aunque de vencimiento posterior a otros, sea de ineludible satisfacción para asegurar la pervivencia de la masa activa como conjunto de bienes y derechos y, lo que es más trascendente, la estructura de la misma como organización para la generación de nuevos recursos. En tales casos, el principio de vencimiento no puede ser automáticamente aplicado toda vez que no encontrándonos ante un supuesto expresamente contemplado en la Ley, no concurre la identidad de razón que exige la aplicación de la analogía (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1991 y 22 de julio de 1993).

La solución en tal caso debe ser la de permitir afrontar el crédito o los créditos vencidos cuya satisfacción se revele como más acuciente para la conservación no sólo del valor de la masa sino de su organización como estructura económica. Sin embargo, el quebranto del principio de vencimiento no puede ser total. En la situación del deudor insolvente, al principio de vencimiento le debe ser reconocida una doble virtualidad. La primera, la de exigir el pago del crédito en el momento en que cumpla el término de la deuda. La segunda, que ante tal estado de insolvencia, no se produzca el supuesto en que un acreedor con vencimiento posterior perciba su crédito sin que pueda percibirlo un acreedor con un vencimiento anterior. La primera podría ser denominada eficacia cronológica; la segunda eficacia finalista. Pues bien, para el supuesto que estamos analizando de insolvencia relativa transitoria del concursado, entendemos que cabe eludir la eficacia cronológica del principio de vencimiento siempre y cuando se asegure su eficacia finalista. Por tanto cabrá que la Administración concursal satisfaga deudas de la masa vencidas con posterioridad a otras que permanecen insatisfechas siempre y cuando se garantice que todas las anteriores van a ser -en un momento posterior- satisfechas.

En este punto, es claro, que no puede dejarse de ser sensible al origen del crédito de que se trata, y el clima de conflicto social -con quebranto plausible de la viabilidad de la empresa- que surgiría caso de quebrantarse el calendario pactado con los representantes de los trabajadores. Por el contrario, resulta claramente inadmisibles que el impago que se verifica pretenda hacerse valer por la empresa concursada para forzar con el Organismo actor la suscripción de un acuerdo de recuperación de fondos.

El problema que se plantea en el caso de autos es que, de haber venido atendida la pretensión del Organismo actor -que debe decirse, es absolutamente procedente en sí mismo considerado- se hubiere producido un trastorno radical del calendario de pagos pactado entre la Administración concursal y los representantes de los trabajadores y aprobado por el auto de 28 de julio de 2005. Pero ello en modo alguno torna en injustificada la reclamación del Organismo que, no se olvide (como recuerda la importante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 22 de octubre de 2002) se nutre de cotizaciones de empresarios que se hacen efectivas junto con las cuotas de Seguridad Social, de suerte que, al menos en vía de hipótesis sería dable plantearnos que la aquí concursada Generos de Punto Ferrys S.A., por la vía de la omisión, estaría obteniendo recursos económicos a cargo de otros empresarios incluso de su mismo sector, sin tener que recurrir para ello a financiación externa -con los costes consiguientes- e incurriendo por ende incluso en un supuesto de quebranto de la pars conditio concurrentium.

Correlativamente, de no venir a sostenerse la pertinente reclamación por parte del Organismo ahora actor, y atendidos los radicales y contundentes términos de STJCE de 12 de octubre de 2000, caso Magefesa, podríamos plantearnos la eventualidad de estarse incurriendo en un ominoso y proscrito supuesto de ayudas de Estado.

Por todo lo expuesto más arriba, debe estimarse la demanda rectora de las presentes actuaciones, en el sentido de compeler a la Administración concursal a manifestar expresamente que la atención del crédito que titula el FOGASA está debidamente asegurado, pues se cuenta con recursos bastantes para ello, y será atendido sin duda cuando expire el calendario paccionado con los trabajadores afectados por el ERE, y en otro caso, se proceda a su inmediata atención a prorrata con éstos en cada uno de los vencimientos periódicos sucesivos (artículo 30-3 del Real Decreto 505/1985), hasta su total atención, bien entendido en todo caso en este sentido la norma que al efecto se contiene al párrafo segundo del artículo 154-2 de la Ley concursal. “:Sentencia JM-1 Valencia 22.03.2006 (JUR 2006/169645)

1.2 Excepciones al pago de las deudas de la masa por orden de vencimientos

“PRIMERO Que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Concursal, la Agencia Tributaria promueve incidente impugnando el informe de rendición de cuentas de la Administración Concursal en cuanto al pago de los créditos contra la masa. La parte actora interesa se le reconozca un crédito contra la masa por importe de 93.280,51 euros y que el pago se realice respetando el orden de vencimientos. La Administración Concursal, al contestar a la demanda incidental, aclara los criterios seguidos para atender las deudas generadas con cargo a la masa. Pues bien, a la vista de lo alegado por una y otra parte, la resolución del incidente pasa por el análisis e interpretación del artículo 154 de la Ley Concursal, único precepto que regula el pago de los créditos contra la masa. Su ubicación sistemática es inadecuada, toda vez que se inserta dentro del capítulo II, del Título V que regula la fase de liquidación, cuando créditos contra la masa se devengan durante las distintas fases del procedimiento e, incluso, antes de declararse el concurso (artículo 84.2º, apartado primero). El artículo 154 establece como regla general que los créditos contra la masa son prededucibles y que han de atenderse conforme se van devengando, «cualquiera que sea el estado del concurso». Las deducciones para atender el pago de estos créditos se harán con cargo a los bienes y derechos no efectos a un crédito con privilegio especial. Sólo el último inciso del artículo 154.3º parece contemplar que la masa activa no resulta suficiente para atender la totalidad de los créditos, al disponer que, en tal caso, «la obtenida se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos». Dicha norma, al fijar como único criterio de reparto el del vencimiento, sin admitir, aparentemente, excepciones, es manifiestamente insuficiente, máxime si se tiene en cuenta que la falta de bienes y derechos no afectos frecuentemente se pone de manifiesto inmediatamente después de declararse el concurso. Entiendo, por tanto, que el principio del vencimiento no es absoluto y que admite excepciones, siempre, claro está, en interés del concurso y del conjunto de acreedores. Así, prescindiendo del criterio del vencimiento, debe otorgarse preferencia absoluta a aquellos gastos judiciales que sostienen el concurso como procedimiento. Dentro de dicha categoría deben incluirse los gastos necesarios para dar publicidad al concurso, la circularización a los acreedores y los honorarios de la Administración Concursal. Si no se atienden dichos gastos, el concurso, como procedimiento, deja de ser viable; y los acreedores, cualquiera que sea la naturaleza de sus créditos, solo podrán ser satisfechos en la medida en que el concurso pueda ser tramitado. En segundo lugar, el interés superior del concurso puede aconsejar el que se anteponga el pago de determinados créditos, alterando el principio del vencimiento. En este caso no es posible acotar las distintas situaciones que obligan a dar preferencia a determinados acreedores contra la masa; piénsese, a título de ejemplo, en aquellos proveedores que exigen el pago al contado para mantener los suministros o en la necesidad de hacer frente a las rentas arrendaticias para rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento (artículo 70).

SEGUNDO Aplicada la que antecede al supuesto enjuiciado, la impugnante pretende una revisión general de los distintos pagos realizados para la Administración Concursal durante la sustanciación del concurso, sin haber acreditado, en modo alguno, la trasgresión de las reglas y principios expuestos en el fundamento anterior ¿el incidente ni tan siquiera se ha abierto a prueba?. La impugnante viene obligada a concretar qué acreedor ha resultado beneficiado, acreedor que, lógicamente, deberá figurar como demandado. Por todo ello, dado que no consta que se haya infringido el artículo 154 de la Ley Concursal, debe estimarse sólo parcialmente la impugnación, reconociendo, como crédito contra la masa, a favor de la Agencia Tributaria, la cantidad pendiente de pago de 84.824,51 euros, petición a la que se ha allanado la parte demandada.”: SJM-2 Barcelona 20.12.2006 (AC 2007/336)

1.3 Pago a prorrata en caso de insuficiencia de la masa

“5) Reparto de activos cuando el patrimonio del concursado no permite ni siquiera hacer frente a las deudas de la masa.

Especial incidencia en los créditos laborales contra la masa cuando la extinción de los contratos laborales no se ha hecho en un solo expediente sino en dos expedientes sucesivos. Si los bienes o derechos no sometidos al pago de créditos con privilegio especial resultaran insuficientes lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa atendiendo al orden de sus vencimientos, esta regulación puede generar agravios comparativos y, de hecho, ya los ha planteado en la práctica en materia laboral cuando las extinciones de los contratos de trabajo no se han realizado de una sola vez sino en diferentes fases: Se plantea un expediente parcial de regulación de empleo que se vincula a un convenio en el que se acompaña un plan de viabilidad, en ese momento se pacta una indemnización a los trabajadores por encima del mínimo legal, indemnización que se paga de inmediato con cargo a la masa. Posteriormente el convenio no llega a aprobarse y la concursada entra en fase de liquidación, donde nuevamente se abre expediente en este caso para extinguir el resto de contratos, en este caso el patrimonio de la concursada es ya insuficiente y los trabajadores no sólo se ven privados de la posibilidad de negociar con expectativas de cobro, sino que puede que incluso no haya bienes ni patrimonio para indemnizar el mínimo legal. Este mismo criterio del vencimiento puede dar la paradoja de que se antepongan a los créditos de los trabajadores – excluidos los del último mes trabajado que son los créditos cuyo vencimiento es anterior a la declaración de concurso – otros créditos contra la masa derivados del pago de gastos y honorarios de profesionales que han presentado sus créditos con anterioridad a la conclusión del expediente de regulación de empleo. Hay otros escenarios en los que el criterio del vencimiento puede plantear problemas como es en el supuesto de que autorizada la extinción de todos los contratos queden vinculados a la empresa algunos trabajadores encargados de concluir pedidos o de colaborar con la administración concursal en tareas de gestión, estos trabajadores si la extinción del contrato se demora pueden encontrarse con que otros trabajadores han cobrado con anterioridad y no queda activo. En definitiva pueden plantearse supuestos en los que la determinación del vencimiento – que deben recoger los administradores concursales en su listado de deudas contra la masa – puede generar agravios y, por ello, deben articularse los mecanismos para que en estos casos extremos de clara insuficiencia de la masa activa incluso para cubrir los créditos prededucibles se resuelva conforme al criterio de prorratear el activo entre los acreedores contra la masa. En conclusión.- Si el concurso tiene dinero en efectivo se irán satisfaciendo los créditos a medida que vayan surgiendo. Si no hay efectivo debe irse a la ejecución respecto de los bienes y derechos no afectos a créditos con privilegio especial. El profesor Beltrán – en la obra citada – advierte que los créditos contra la masa quedan sometidos en cuanto a su fiscalización al incidente concursal lo que determina, que a falta de normativa específica en materia de recursos, las sentencias dictadas en dichos incidentes quede vinculada al régimen general sobre recursos en el proceso concursal lo que obligará a dar un tratamiento diferencia a aquellos incidentes que se planteen durante la fase común – que tiene limitado el acceso al recurso de apelación – de aquellos que puedan plantearse en fase de liquidación – donde sí es posible el acceso directo al recurso de apelación y se aplican las normas y garantías sobre la ejecución de las resoluciones concursales apeladas. Es común la preocupación tanto por parte de la doctrina como por parte de la práctica cotidiana de los Juzgados por la insuficiencia de la masa activa para hacer frente ni tan siquiera a las deudas contra la masa. Conforme al artículo 176.1.4º la inexistencia de bienes y derechos del concursado dará lugar a la conclusión del concurso. Autores como el profesor Beltrán consideran que entre las responsabilidades de la administración concursal se encuentra la de no incrementar las deudas contra la masa cuando se prevea que dichos créditos pueden frustrar cualquier posibilidad de pago parcial de los créditos concursales.”: **II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL**, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 5

1.3 Caso de crédito hipotecario contra la masa

“la condición de crédito contra la masa no excluye la de preferencia por privilegio, a juicio del disponente, siendo el crédito contra la masa hipotecario el primero entre todos, a pesar de la regla del vencimiento de art. 154.3 LECO”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria-Gasteiz) 23.09.2005 (AC 2005/2288):

“Es verdad que las deudas de la masa se deben satisfacer a medida que venzan, y que el art. 154.3 “in fine” LECO ha introducido el criterio de que, caso de resultar insuficientes los bienes con que pagar los créditos del art. 84.2 LECO “se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos”, lo cual, en principio, resulta inviable, ya que si los bienes resultan insuficientes obvio es que no podrán distribuirse por orden de vencimiento entre “todos” los acreedores, lo cual sólo puede hacerse en una distribución a prorrateo. Pero, más importante, y supuesto que no se decide el legislador por una jerarquía específica de créditos contra la masa, a la alemana, ni tampoco al reparto proporcional, hay que entender, a juicio del disponente (con apoyo en la buena doctrina: Garrido, Beltrán, Blasco Gascó), que debe pretender cobrar el acreedor contra la masa en uso de la prelación concursal, es decir, por mejor

derecho entre créditos vencidos. Siendo insuficiente la masa activa, no se percibe qué puede justificar que se aplique un dividendo por orden vencimiento, en lugar de tener en consideración el privilegio crediticio, que atiende a la axiología del crédito en la voluntad legislativa, ya que en otro caso, la prededucción del crédito contra la masa puede resultar perjudicial para el mismo respecto del pago conforme a la prelación por ser privilegiado (en cualquier caso, la competencia sería del Juez de lo Mercantil en incidente concursal).

En cualquier caso, es de señalar que la hipoteca en garantía de los créditos contra la masa que se generan del cumplimiento de las pólizas de aval no desmerece en absoluto por el procedimiento concursal, de modo y manera que, previamente a todo pago en la liquidación de créditos concursales, y puesto que sea menester realizar la finca hipotecada, o redimirla, tendría que venir precedido por la satisfacción de estos créditos -si la existencia de numerario no hubiera dado lugar al pago anterior-, sin lo cual, por el mismo rango de la garantía real, no se liberará la finca, teniendo en cuenta que la condición de crédito contra la masa no excluye la de preferencia por privilegio, siendo el crédito contra la masa hipotecario el primero entre todos.”: Sentencia JM-1 Alava (Vitoria) 23.09.2005 (JUR 2006/113973)

2. “se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal”

“El profesor Beltrán – en la obra citada – advierte que los créditos contra la masa quedan sometidos en cuanto a su fiscalización al incidente concursal lo que determina, que a falta de normativa específica en materia de recursos, las sentencias dictadas en dichos incidentes quede vinculada al régimen general sobre recursos en el proceso concursal lo que obligará a dar un tratamiento diferencia a aquellos incidentes que se planteen durante la fase común – que tiene limitado el acceso al recurso de apelación – de aquellos que puedan plantearse en fase de liquidación – donde sí es posible el acceso directo al recurso de apelación y se aplican las normas y garantías sobre la ejecución de las resoluciones concursales apeladas. Es común la preocupación tanto por parte de la doctrina como por parte de la práctica cotidiana de los Juzgados por la insuficiencia de la masa activa para hacer frente ni tan siquiera a las deudas contra la masa. Conforme al artículo 176.1.4º la inexistencia de bienes y derechos del concursado dará lugar a la conclusión del concurso. Autores como el profesor Beltrán consideran que entre las responsabilidades de la administración concursal se encuentra la de no incrementar las deudas contra la masa cuando se prevea que dichos créditos pueden frustrar cualquier posibilidad de pago parcial de los créditos concursales.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Segunda Mesa Redonda: Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación; Liquidación, 5

“SEGUNDO : Planteada primeramente como excepción procesal la de inadecuación del procedimiento seguido, toda vez que resulta extemporánea la impugnación una vez transcurrido el plazo previsto a tal fin en el art. 96 L.C., baste señalar que no nos hallamos en presencia de una genuina impugnación dirigida contra el inventario o la lista de acreedores que conforman primero el informe y después los textos definitivos confeccionados por la administración concursal, sino ante una cuestión atinente a un crédito contra la masa, créditos que no forman parte integrante del informe de la administración concursal sino que se han de enumerar en relación separada (art. 94-4 L.C.) de la misma manera que se han de acompañar separadamente y mediante relación actualizada a los textos definitivos (art. 96-4 L.C.), si bien y como es lógico en ambos casos sólo respecto de los devengados y pendientes de pago. Por esta razón y habida cuenta de la diversidad de principios a que responden uno y otro tipo de créditos -estatismo de los créditos concursales que conforman la masa pasiva y que quedan inmovilizados a la fecha de declaración del concurso, frente al dinamismo de los créditos contra la masa los cuales, por su propia naturaleza, se irán devengando a lo largo de la vida del proceso concursal- es por lo que el art. 154-2 L.C. concede a quien se crea titular de un crédito de esta naturaleza, y que por lo tanto puede haber nacido tanto en un momento anterior como posterior a la fecha de presentación del informe o de los textos definitivos, la posibilidad de solicitar del Juez del concurso que en cualquier momento se le reconozca su derecho como crédito contra la masa y se le abone la suma correspondiente -dado que se han de satisfacer al acreedor a sus respectivos vencimientos- al disponer la norma que "Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal", siendo esta modalidad incidental la ahora planteada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por lo que procede consecuentemente rechazar la excepción invocada. “: Sentencia JM-1 Oviedo 10.11.2005 (incidente Concursal 204/2005)

“b) El escrito y la certificación presentados pro la Abogacía del Estado en fecha 2 de septiembre abarca por una parte 101.518,50 de deuda que se califica como concursal, complementaria de la certificada y reconocida en el informe definitivo, y por otra parte otros 43.997,83 € que se califican como crédito contra la masa por ser su devengo posterior a la fecha de la declaración de concurso- El crédito contra la masa invocado deberá ser, lógicamente, examinando y en su caso reconocido por la administración concursal, de modo que en caso de discrepancia la

Abogacía del Estado deberá promover el correspondiente incidente concursal (artículo 154. 2 de la LC).”: Auto JM-1 La Coruña 12.12.2005 (Concurso 49/2004)

3. Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos.

Artículo 155. Pago de créditos con privilegio especial.

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

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

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

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

Art. 155.3

“Caja de Ahorros del Mediterráneo, Banco de Vasconia, SA, Barclays Bank, SA y Banco Español de Crédito, SA, como concedentes del crédito sindicado garantizado en la parte correspondiente con la hipoteca de los derechos de propiedad industrial aludidos, se han opuesto a la autorización formulada por la Administración concursal. Hay que tener en cuenta al respecto que el apartado 3 del artículo 155 LC prevé que los titulares de créditos afectos a privilegio especial sean sólo oídos, sin que sea vinculante ni su aquiescencia con la solicitud, ni su oposición, por lo que el órgano judicial debe resolver sobre la solicitud de autorización de enajenación de activos sobre la base de los criterios que más adelante se expondrán”: Auto JM-1 Madrid 27.04.2005 (AC 2005/1129)

4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

Art. 155.4

Autoriza venta directa, con subsistencia del gravamen

“PRIMERO La entidad concursada, al no haber prosperado su estrategia inicial de que pudiese aprobarse un convenio anticipado que pusiera pronto fin al expediente concursal y en el que se preveía la realización de algunos de sus bienes, se enfrenta a un problema de carencia de tesorería a corto plazo que puede comprometer su supervivencia. En esa tesitura la venta del inmueble de su propiedad sito en Vicálvaro (Madrid) puede tratarse de una operación rentable, que iría dirigida específicamente a obtener recursos de modo inmediato para la empresa, sin perder de vista el objetivo de sanearla, dimensionar adecuadamente su estructura y permitir la prosecución de su actividad en una ubicación más acorde a su nueva dimensión. Por lo que no se advierte reparo alguno para autorizar tal enajenación, siempre que se haga con las garantías

y transparencia precisas, al amparo de lo previsto en los núm. 3 y 4 del artículo 155 de la Ley Concursal en relación con al artículo 43.2 del mismo texto legal.

SEGUNDO La autorización para venta directa es la pertinente en este caso, puesto que la situación de tesorería es comprometida y exige una actuación ágil (que no lo sería tanto por el procedimiento de subasta), justificada por el criterio de que hay que tratar de conservar los puestos de trabajo y facilitar la financiación suficiente para la continuación de la actividad como la mejor garantía del futuro cobro por parte de los acreedores concursales. Siguiendo las exigencias del núm. 4 del artículo 155 de la Ley Concursal procede fijar la siguientes condiciones: 1º) el precio de la venta no deberá ser inferior a 4.575.500 euros (más IVA), al que asciende la oferta de RATIONALE SL que obra en autos, que es la mayor de las recibidas y que debe estimarse como suficiente al rebasar la tasación realizada al inmueble por la Sociedad Integral de Valoraciones Automatizadas SA en diciembre de 2004 que señalaba un valor para el inmueble de 4.365.700 euros, 2º) el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y 3º) subsistirá el gravamen, consistente en la hipoteca constituida a favor del BSCH, quedando subrogado el adquirente en la posición del deudor. Además, debe añadirse una exigencia, no prevista en la Ley pero aceptada por el oferente, cual es que la concursada Electromecánicas Aljo SL deberá disponer de un período de ocupación de seis meses, computados desde la firma de la escritura, para que pueda reubicarse en sus nuevas instalaciones, lo que supone una garantía para la finalidad perseguida de proseguir su actividad en una sede más acorde a su nueva dimensión.

TERCERO La publicidad que debe darse a la operación, al tratarse de una venta directa de un bien hipotecado, ha de ajustarse a las exigencias del núm. 4 del artículo 155 de la Ley concursal, lo que se traduce, teniendo en cuenta lo que se prevé para el procedimiento de ejecución hipotecaria en los artículos 645 y 668 de la LECiv, en: 1º) la necesidad de que se hagan públicas las condiciones de la operación proyectada en el tablón de anuncios de este juzgado; y 2º) que ello se complemente con la publicación de un anuncio en el mismo periódico en el que se incluyó el de declaración de concurso. No resulta indispensable, a tenor de los preceptos citados, que se efectúe además una publicación en diarios oficiales que encarecería y sobre todo dilataría la realización de una operación que dada la situación de tesorería de la concursada parece urgente.".:Auto JM-4 Madrid 5.04.2005 (AC 2005/974)

Artículo 156. Pago de créditos con privilegio general.

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

Artículo 157. Pago de créditos ordinarios.

1. El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados. El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados.

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

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

Artículo 158. Pago de créditos subordinados.

1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.

2. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.

Artículo 159. Pago anticipado.

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

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

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

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

1. En el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito.
2. La administración concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos.
3. El deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho.

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

1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores.
2. Quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente.

TÍTULO VI - De la calificación del concurso

Sobre la aplicación de la normativa sobre calificación a hechos y conductas anteriores a la entrada en vigor de la LC

“1. Teniendo en cuenta la disposición transitoria tercera del CC: ¿Hemos de comprobar si la acción u omisión, anterior a la entrada en vigor de la LC, al menos podía dar lugar a calificar la quiebra como culpable o fraudulenta, y si los sujetos en tal caso podían ser sancionados (Ej Administradores)? ¿Debemos examinar en cada caso la disposición mas benigna?.

En efecto, teniendo en cuenta el artículo 9.3 de la C.E., y la disposición transitoria tercera del CC., hemos de comprobar si la acción u omisión, anterior a la entrada en vigor de la LC, al menos, podía dar lugar a calificar la quiebra como culpable o fraudulenta, si los sujetos en tal caso podían ser sancionados, y aplicar la norma mas benigna. Por tanto, en principio, hemos de excluir la posibilidad de sancionar con inhabilitación a los administradores de personas jurídicas, por hechos anteriores. Por otra parte, en caso de convenio, donde proceda abrir la pieza de calificación, cuando se trate de hechos anteriores, teniendo en cuenta que en el concurso no procede examinar la insolvencia definitiva, ni existe la posibilidad de consignar o afianzar déficit, y la suspensión de pagos no contemplaba, salvo en el caso de insolvencia definitiva, aperturar pieza de responsabilidad, teniendo en cuenta la disposición adicional primera de la LC, puede plantearse que, aunque el hecho estuviese sancionado, conforme a la legislación sobre quiebras anterior, al no ser exigible la responsabilidad en la suspensión de pagos, donde se hubiese declarado la insolvencia provisional, no procede imponer sanción alguna. La respuesta no es sencilla, pero teniendo en cuenta que en gran medida depende mas de aspectos procedimentales, y no cabe plantear en el concurso la aplicación de las normas procesales anteriores, ni conjeturar sobre el resultado de tal aplicación, entiendo que tal argumentación no debe acogerse, y deberá imponerse la sanción procedente conforme a la aplicación de la Ley mas benigna.

2. ¿Los efectos patrimoniales previstos en el artículo 172.3 LC, constituyen sanción o penalidad civil?. ¿Cuándo el incumplimiento de los deberes contables, no se corrige o subsana, después de la entrada en vigor de la LC, resulta plenamente aplicable la nueva normativa en todos los casos y a todos los sujetos previstos en ella?.

Respecto a la primera cuestión, existen discrepancias en cuanto a calificarla como responsabilidad-sanción, sin que existiera acuerdo sobre su carácter sancionador o meramente resarcitorio.

En cuanto a la segunda cuestión debe responderse también en sentido afirmativo, pudiendo extender esta respuesta a cualquier otra situación, que si bien en la practica no será tan frecuente, también puede plantear la misma situación. En este punto conviene recordar la STS 16 de julio de 2002, que respecto a la responsabilidad de los administradores por el art. 262 LSA, señalaba que: “no importa que la causa determinante de la disolución de la sociedad hubiera surgido antes del uno de enero de 1990, si la misma subsiste, permanece y se prolonga después de esta fecha sin que los administradores actúan en la forma que establece el artículo 262, procediendo estimar la responsabilidad "ex lege". Efectivamente, el día uno de enero de 1990, la sociedad anónima, se encontraba aún incurso en causa de disolución, rigiéndose a partir de dicha fecha, por la nueva Ley de Sociedades Anónimas 19/89, que expresamente deroga la ley de 17 de julio de 1951, estando obligados los administradores, a convocar la junta para disolver la sociedad, por la causa señalada en el artículo 260-4, siendo totalmente contraria a la Ley su conducta, consistente, en permitir que la situación se prolongara, e incluso se acrecentara, sin promover la disolución en la forma prevenida en el artículo 262, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Ley, no afectando a la referida obligación lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias, estableciendo determinados plazos a las entidades creadas bajo la vigencia de la antigua Ley, para adecuarse a la posterior, porque ninguna de ellas se refiere a la disolución de las compañías, materia en la que entró en vigor la Ley nueva, como se ha consignado, el uno de enero de 1990.” : II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Aplicación de la normativa sobre calificación a hechos y conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley; Primer bloque.- Aplicación retroactiva ; 1-2)

“SEGUNDO: Aplicación retroactiva de las normas sobre la calificación del concurso

Los fundamentos para juzgar la retroactividad de las normas contenidas en la Ley concursal sobre la calificación ya fueron apuntados por extenso en nuestro anterior Auto de 27 de abril de 2006 (RA 840/05). Ahora baste recordar que la irretroactividad, como principio informador del ordenamiento jurídico y vinculante para todos los poderes públicos, tiene un ámbito definido, limitado a las normas sancionadoras no favorables y a las restrictivas de los derechos individuales, doctrina que resume la STC 104/2000, de 13 de abril en el sentido que en el artículo. 9.3 CE la restricción de los derechos individuales ha de equipararse a la idea de

sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de derechos fundamentales y de las libertades públicas; y que, fuera de estos estrechos márgenes, la Constitución deja al legislador plena libertad para ordenar, siguiendo criterios de oportunidad, seguridad, equidad o conveniencia social, la eficacia que deben desplegar las nuevas Leyes en relación con actos o situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su vigencia. En este contexto, el artículo 2.3 del Código Civil, al disponer que *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”*, impone al legislador, cuando dicte una norma a la que pretenda otorgar eficacia retroactiva, la carga de expresarlo clara y terminantemente, al tiempo que dirige una admonición al intérprete judicial para que no presuma que las leyes tienen efecto retroactivo, y en consecuencia, no prediquen tal eficacia sino de las normas que así lo establezcan o de aquellas cuya retroactividad se infiera por vía interpretativa (en ocasiones, la retroactividad de la nueva ley viene impuesta de una manera tácita, como ocurre con: las normas interpretativas de una disposición anterior, disposiciones de carácter complementario, o las que pretenden establecer un régimen uniforme para una institución o que pretende desterrar por inmorales o abusivas otras prácticas concretas). Esta norma básica del art. 2.3 CC debe interpretarse con los criterios que en esta materia se derivan de las disposiciones transitorias del Código Civil. Y en concreto, en este caso, de acuerdo con las disposiciones transitorias 2ª, conforme a la cual los actos u omisiones realizadas bajo el régimen de la legislación anterior surten todos sus efectos según la misma, y 3ª, según la cual *“las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son de aplicación al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código.”*.

TERCERO: Las normas de la Ley concursal resultan de aplicación a todos los procedimientos concursales instados con posterioridad a su entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2004, rigiendo además el principio general de irretroactividad de sus disposiciones. De acuerdo con ello, los procedimientos concursales instados con posterioridad a esta fecha de entrada en vigor de la Ley concursal se rigen por ella, mientras que los ya instados con anterioridad se tramitan conforme a las normas que correspondan a la quiebra, la suspensión de pagos, el concurso de acreedores y la quita y espera. Frente a este principio general, la Ley concursal tan sólo prevé, por una parte, una aplicación retroactiva de nuestra Ley concursal a los procedimientos concursales anteriores por vía interpretativa, al prescribir, en su disposición adicional primera, que *“los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad...”*; y, por otra, cinco reglas de aplicación transitoria de normas de la nueva Ley concursal a procedimientos anteriores a su entrada en vigor, en su disposición transitoria primera, que son: las reglas sobre conclusión del procedimiento (arts. 176 a 180 LC); la apertura del concurso en su fase de liquidación en caso de un incumplimiento de un convenio; la imposibilidad de aprobar un convenio en la quiebra sin que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos; las restricciones sobre el contenido del convenio (arts. 99 y 100 LC) y algunas otras sobre la forma de las propuestas de convenio en los procesos anteriores; y la aplicación del régimen de recursos del artículo 197 LC.

En este caso, el concurso de acreedores fue instado con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley concursal, por lo que, en principio, la misma resulta plenamente de aplicación. Y así, en el curso de su tramitación, y como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se procedió también a la apertura de la sección de calificación (art. 163.1.2º LC). La finalidad propia de la calificación civil del concurso, que de acuerdo con el art. 163.2 LC esta desvinculada de la posible calificación penal, es depurar la responsabilidad civil del deudor en la causación o a agravación de la insolvencia. El primer objeto de la calificación es determinar la causa de la insolvencia y, en concreto, si esta es imputable al deudor o a quienes actúan por él, que la habrían generado o agravado con su comportamiento doloso o culposo, o si por el contrario es fortuita. A este respecto, el concurso solo admite una doble calificación: fortuita o culpable. Y la primera se define por contraposición a la segunda, esto es, el concurso será fortuito cuando no sea culpable.

Esta institución no es nueva, pues con la legislación anterior ya se preveían expedientes similares, como era la calificación de la quiebra (arts. 886 y ss Ccom y arts. 1382 y ss. LEC1881) y de la suspensión de pagos con insolvencia definitiva (art. 20 LSP que se remite a los arts. 886 y ss Ccom). En este sentido, la posibilidad de juzgar la conducta del deudor concursado, anterior a la entrada en vigor de la Ley concursal, en relación con la insolvencia declarada con la apertura posterior del concurso de acreedores no supone en sí misma una aplicación retroactiva de un nuevo régimen sancionador, siempre y cuando las conductas ya estuvieran tipificadas, bajo el régimen anterior, y que las sanciones no sean más graves o distintas.

CUARTO: La primera conducta por la que se ha declarado culpable el concurso es la existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa del deudor (art. 164.2.1º LC), que no es ajena a las reguladas en el régimen de la quiebra, al poder incluirse en las previstas en los arts. 889.1º, 890.2ª o 891 Ccom.

Y la segunda conducta, la extracción de las cuentas de la sociedad de la suma de 60.828'16 euros en beneficio propio del apoderado, bajo el régimen de la quiebra tendría su ubicación en el art. 890.1ª Ccom. La calificación culpable de estas conductas realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, pero juzgadas dentro de la sección de calificación del concurso de la sociedad abierto con posterioridad, en relación con la sanción de inhabilitación, no queda afectada por la disposición transitoria tercera del Código civil, porque esta sanción, bajo un régimen más grave porque no era temporal y difícilmente cabía la rehabilitación, ya se preveía antes para la quiebra.

QUINTO: Las consecuencias de la calificación culpable del concurso, además de la inhabilitación impuesta al administrador supérstite de la sociedad (Sr. Urquizu) y al administrador de hecho de la sociedad (Sr. Qadeer), fueron la condena al Sr. Qadeer a restituir a la masa la suma de 60.828'16 euros, de la que había dispuesto para fines propios, y al Sr. Urquizu, a la herencia yacente del Sr. Fructuoso y al Sr. Qadeer a pagar solidariamente a la masa, para satisfacer los créditos de los acreedores concursales y contra la masa, la suma de 291.244'21 euros.

El Sr. Qadeer debió ser declarado persona afectada por la calificación, en relación a la conducta de extraer de las cuentas 60.828'16 euros, en beneficio propio y aprovechándose de que había sido apoderado merced a un contrato de préstamo participativo de 400.000 euros que no llegó a aportar a la sociedad, porque habría actuado como administrador de hecho (art. 172.2.1º LC), realizando una conducta encuadrable no sólo en el art. 164.1 LC (por concurrir la intención y contribuir a agravar la insolvencia), sino también en el art. 16.2.4º LC (por constituir un alzamiento de bienes parcial). Aunque la sentencia no argumenta con claridad la razón por la que se condena a restituir la suma de 60.828'16 euros, esta se ubicaría en el art. 172.2.3º LC, pues supone la devolución de lo que obtuvo indebidamente del patrimonio del deudor, siendo una consecuencia directa de la calificación culpable del concurso por esa causa. Esta previsión no es nueva en nuestro ordenamiento, pues el alzamiento de bienes conlleva la obligación civil de restituir los bienes, por lo que su previsión en sede de calificación no altera la disposición transitoria tercera del Código civil ni ninguna otra que prohíba su aplicación aunque la conducta merecedora de la calificación culpable fuera anterior a la entrada en vigor de la Ley concursal.": S AP Barcelona 19.03.2007 (Sección 15) (Rollo 653/2006)

CAPÍTULO I - Disposiciones generales

Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta.

1. Procederá la formación de la sección de calificación del concurso:

- 1.º Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.
- 2.º En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

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

Artículo 164. Concurso culpable.

1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

Art. 164.1

1. Doctrina general. Ámbito de las presunciones iuris et de iure del art. 164.2 y de las presunciones iuris tantum del art. 165

“1. ¿Es necesario que el hecho dé lugar a la presunción de culpabilidad iuris et de iure, art. 164.2 LC, ó iuris tantum, art. 165 LC, agrave o genere la insolvencia y pueda además ser imputable al deudor o a los administradores o liquidadores de la sociedad?”

Acreditada la concurrencia de alguno de los hechos descritos en el art. 164.2, dada la expresión “en todo caso” empleada por el legislador, el concurso debe considerarse como culpable, sin posibilidad de prueba en contrario por el deudor, dando el legislador, en este caso por asegurada y presente, no solo la culpabilidad, sino también el nexo causal. Solo en el caso de las presunciones del art. 165 puede el deudor alegar y probar que el hecho no le es imputable. En otro caso, la diferencia entre el valor de las presunciones del art. 164.2 y las del 165 de la LC,

podría perder sentido. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Segundo bloque – Presunciones de culpabilidad, 1)

“La Ley Concursal no define ni fija los presupuestos del concurso fortuito, pues se limita a señalar cuándo el concurso es culpable, por lo que en sentido negativo o por exclusión, el concurso se calificará como fortuito cuando no sea culpable.

El artículo 164.1 de la Ley Concursal, impone la calificación de concurso culpable «... cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho».

Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes:

Comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Generación o agravación del estado de insolvencia.

Que sea imputable a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve.

Nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Ante la dificultad de la prueba de los requisitos de la declaración del concurso culpable y, en especial, del elemento subjetivo del dolo o culpa grave, aquélla se favorece por la Ley con las presunciones previstas en los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal.

Desde luego, no tienen la misma amplitud las presunciones iuris tantum del artículo 165, que las presunciones iuris et de iure del artículo 164.2 y no sólo porque aquéllas, a diferencia de éstas, admiten prueba en contrario, sino porque las presunciones iure et de iure, amparan todos y cada uno los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable.

Esto es, acreditado el hecho o los hechos base que integran alguna de las presunciones previstas en el artículo 164.2, el concurso inexorablemente debe calificarse como culpable. Así, el citado precepto, con expresión no desconocida en el texto legal, señala que «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos...».

Por el contrario, a juicio de este órgano judicial, las presunciones del artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados. Así, mientras que el artículo 164.2 presume, cuando concurren determinados hechos, el concurso como culpable, sin admitir prueba en contrario, el artículo 165 sólo permite presumir uno de los elementos del concurso culpable cual es la concurrencia del dolo o culpa grave.

Por último, aun cuando no se acreditase la concurrencia de ninguna de las presunciones de concurso culpable o de dolo o culpa grave, como es obvio, nada impedirá la calificación del concurso como culpable siempre que se prueben todos los requisitos exigidos para dicha calificación, otra cosa será la dificultad probatoria fuera del amparo de las presunciones legales.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238) y en términos prácticamente idénticos, SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739), SJM-5 Madrid 05.12.2006 (Concurso 39/2004) y SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

“PRIMERO.- el artículo 164 de la L.C. dispone que “El concurso se calificara como culpable cuando en la generación o agravación del estado de solvencia hubiera mediado dolo o culpa previa del deudor o si, las tuviese de sus representantes legales y en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidados, de derecho o de hecho”.

Junto a ese actuar doloso o gravemente culposo se debe dar la concurrencia de nexo causal entre ese actuar personal y el resultado de generación o agravación de la situación de insolvencia. Esa exigencia de nexo causal era ya un registro sine qua non para la calificación de fraudulencia o en la declaración de complicidad conforme a la legislación anterior, y así se derivada, entre otras, de la sentencia de la Sala I del JS de 24 de abril de 1984.

Después de enunciar esta cláusula general anteriormente transcrita, por su parte, el mismo artículo 164 de la L.C. en su apartado 7 establece una serie de supuestos cuya acreditación da lugar, ope legis, a la calificación del concurso como culpable, siguiendo con ello el sistema de presunciones iuris et de iure establecido por el artículo 890 del Código de Comercio respecto a la declaración de fraudulencia de las quiebras en el anterior sistema.

Es decir, que lo que el legislador ha querido es considerar como culpable todo concurso en el que se hayan producido alguno de los supuestos contemplados en el nº 2 del art. 164, aunque pueda probarse la inconcurrencia de dolo o culpa y/o la falta de nexo causal entre la conducta allí tipificada como determinante de la culpabilidad y la generación o agravación de la insolvencia.

Se trata de supuestos de concursos culpables ex ministerio legis como entendía la jurisprudencia anterior en relación con los supuestos relacionados en el artículo 890 el Código de Comercio y que guardaban gran similitud con los enumerados en el art. 164.2 de la Ley Concursal, de manera que la mera constatación de la concurrencia de los supuestos tipificados en la norma

desencadena la declaración del concurso como culpable, aunque no medie dolo ni negligencia grave y aunque la conducta en cuestión no se acredite haya contribuido a generar y/o agravar el concurso.”: Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

“SEXTO.- La calificación del concurso

La concurrencia de la causa prevista en el art. 164.2.1º LC, por irregularidad relevante en la contabilidad, avoca a la declaración que ordena el art. 164.2, es decir a calificar el concurso como culpable, tal y como dispone el art. 172.1 LC.

Pero en tal norma se dispone que habrán de expresarse *"la causa o causas en que se fundamente la calificación"*. Además de la citada, se ha indicado que concurrían también las circunstancias 1ª y 3ª del art. 165, es decir, se presume que ha existido dolo o culpa grave del concursado, llenando uno de los requisitos del art. 164.1 de la ley.

La sola concurrencia de tal presunción, no destruida por el concursado, no permite calificar el concurso como culpable. Es preciso, también, que *"en la generación o agravación del estado de insolvencia"* haya mediado ese dolo o culpa grave que se ha constatado por las razones indicadas en los fundamentos jurídicos 2º y 3º.

Pes bien, pese a las alegaciones efectuadas en sentido contrario no se aprecia en qué modo pudo agravarse o generarse la situación de insolvencia. La situación de la concursada resultó irreversible como consecuencia de confiar en la actuación de un tercero, CMO S.A. Sociedad Instrumental de Corredores, luego CMO S.A. Sociedad de Valores y finalmente UNION Y GESTION FINANCIERA S.A., que suministraba los productos financieros que enajenaba a sus clientes, que arrastró a éstos y a la propia sociedad. La sentencia de la Audiencia de Bizkaia antes citada es reveladora al respecto, de manera que podrá reprocharse a la concursada, sin duda, que no actuara con la suficiente rapidez al emprender acciones legales contra aquella, pero no que la falta de declaración de concurso entre el primero de septiembre de dos mil cuatro, fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal, y los dos meses siguientes, hubiera generado o agravado su situación de insolvencia.

La situación de insolvencia se produjo con notable anterioridad, y aún si se reprochara que no se instaran los derogados procedimientos de Suspensión de Pagos o Quiebra, tal declaración no hubiera evitado la insolvencia ni agravado la existente. De hecho lo que se produjo, como destaca la administración concursal, fue una colaboración con las pretensiones de los acreedores que queda contrastada con el allanamiento en el juicio de mayor cuantía seguido en Bilbao, al que se refiere la sentencia de la audiencia, y la facilitación de cuantos documentos, datos y cooperación resultaron precisos para tratar de lograr la satisfacción de los mismos, que determinó incluso el ejercicio de acciones legales frente a CMO S.A. Sociedad Instrumental de Corredores, luego CMO S.A. Sociedad de Valores, y finalmente UNION Y GESTION FINANCIERA S.A., que concretaba las inversiones de los clientes de DINERGESTION S.L.

Otro tanto ha de indicarse en cuanto a la causa tercera del art. 165. La falta de asiento en la contabilidad de las diversas sentencias condenatorias es sin duda reprochable, y por ello determinan la presunción legal, no arrumbada, de dolo o culpa grave. Sin embargo ni contribuye ni genera la situación de insolvencia de la sociedad, que es consecuencia de la no aplicación de las cantidades que DINERGESTION recibía de sus clientes, y por lo tanto debía reintegrarles, por parte de la sociedad que obtenía las cédulas hipotecarias.

En consecuencia debe ser calificado el concurso como culpable exclusivamente por la concurrencia de la causa señalada al comienzo de este fundamento.”: SJM-1 Bilbao 26.04.2007 (Concurso 50/2004)

2. Calificación como culpable directamente ex art 164.1

2.1 No adopción de medidas tendentes a la disolución pese a presentar la sociedad fondos propios negativos los últimos ocho ejercicios.

“CUARTO.- De los hechos expuestos por la administración concursal en su informe y acreditados en estas actuaciones se llega a la conclusión de que debe calificarse el concurso como culpable sin necesidad siquiera de acudir a las presunciones legales que han sido invocadas.

Como ya se ha señalado el concurso debe calificarse como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del administrador de la persona jurídica deudora.

En el supuesto de autos no es discutido que según las cuentas anuales de la sociedad deudora, ésta presenta fondos propios negativos, al menos, desde el ejercicio 1997, según el siguiente cuadro:

1997
-241.341,74
1998
-397.932,19
1999

-302.664,34
2000
-179.652,84
2001
-143.877,35
2002
-215.300,89
2003
-77.471,10
2004
-1.045.801,67

En todos los ejercicios el capital social era de 3.005,06 euros salvo en el ejercicio 2003 que se eleva a 112.095,96 euros, como consecuencia de una ampliación de capital por importe de 109.090,90 euros, "mediante conversión de préstamos de los socios a la empresa que estaban debidamente contabilizados en cuentas del grupo 5 al cierre del ejercicio 2002, no existiendo varias clases de acciones", tal y como consta en la memoria que forma parte de las cuentas anuales del ejercicio 2003 aportadas por la deudora con su solicitud (folio 109 de esta sección).

De lo expuesto resulta patente que la sociedad, al menos, desde el ejercicio 1997 estaba incurso en causa de disolución, situación que se reitera en todos y cada uno de los sucesivos ejercicios, al sufrir pérdidas que reducen su patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, hasta el punto de que dicho patrimonio es negativo, sin que se adoptaran las oportunas medidas de reestructuración patrimonial, todo ello de conformidad con el artículo 104.1.e) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) ni, como es obvio, se promoviera el oportuno expediente concursal en los términos entonces vigentes.

Estando incurso la sociedad en causa legal de disolución, don Juan Francisco, como administrador solidario hasta el ejercicio 2001 y como administrador único desde marzo de 2001, debió cumplir con el deber legal de convocar en el plazo de dos meses la oportuna junta general para que se adoptara el acuerdo de disolución o el de aumento o reducción de capital en la medida suficiente (artículo 105.1 LSRL) o, en su caso, promover el oportuno expediente concursal al existir impagos, que revelan la real situación de insolvencia, desde el año 2003.

La falta de disolución, sin adopción de ninguna de las demás medidas previstas legalmente, imputable al administrador de la sociedad, al menos, a título de culpa grave, pues no convocó la oportuna junta teniendo plena constancia de la causa de disolución expresada en las cuentas anuales de cada uno de los ejercicios indicados, ha agravado el estado de insolvencia de la sociedad en tanto que se ha pasado de un déficit patrimonial de 241.341,74 euros al cierre del ejercicio 1997 a 1.681.868,05 euros, déficit que se refleja en los textos definitivos del inventario y lista de acreedores.

Es obvio que no se trata aquí de exigir la responsabilidad por deudas del artículo 105.5 LSRL al administrador de la sociedad, responsabilidad ajena a esta sección y que se configura como una responsabilidad ex lege, sino de determinar que se ha agravado el estado de insolvencia de la sociedad por una conducta activa u omisiva del administrador, imputable a título de dolo o culpa, concurriendo el oportuno nexo causal entre dicha conducta y el resultado, en este caso, la agravación del estado de insolvencia.

En definitiva, la falta de disolución de la sociedad por la conducta omisiva, gravemente negligente imputable al administrador, de no convocar la oportuna junta o, en su caso instar la disolución, ha agravado el estado de insolvencia de la sociedad como se observa de la evolución de los fondos propios de la deudora y debe apreciarse la existencia del nexo causal entre dicha conducta y el agravamiento del estado de insolvencia, pues de haberse disuelto oportunamente la sociedad el déficit hubiera sido de 241.341,74 euros y no de 1.681.868,05 euros, que ahora presenta." : SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

2.2 Disposición de fondos sociales sin contraprestación

"CUARTO.-Queda por analizar la concurrencia de la cláusula general del artículo 164.1º de la Ley Concursal a la que de forma tácita se refiere la administración concursal en el apartado F) de su propuesta de calificación.

Con carácter previo ha de precisarse que para calificar un concurso como fortuito o culpable se toma como presupuesto el estado de insolvencia, si bien lo que se califica no es como tal esa insolvencia, sino cual ha sido la conducta seguida por el deudor en la generación o el agravamiento de esa insolvencia.

Y se torna preciso hacer esa aclaración porque la defensa de la concursada basa gran parte de su argumentación defensiva en su escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable alegando que el estado de insolvencia de la compañía era una situación heredada de las anteriores administradores.

A tenor del apartado 1 del artículo 164 de la L.C. encontramos un concurso culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave.

Que la disposición de tesorería por la suma de 1.750.000€ agravó el estado de insolvencia en la que ya se encontraba incurrida la compañía, se infiere de lo manifestado en el fundamento segundo de esta resolución y es reiterado por la administración concursal tanto en el informe de calificación como en su informe inicial como en su informe de 20 de octubre de 2005 al referirse a “conclusión sobre las causas de la insolvencia”.

En cuanto al elemento culpabilístico, en cuanto subjetivo, se torna preciso acudir para su acreditamiento a pruebas indirectas o indecisorias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad a través de la prueba de presunciones, dado que en la propia intención y designio del agente se alberga la voluntad de ocultación de aquello que no corresponde a la realidad y encubre normalmente una finalidad ilícita, cuando no delictiva.

En el presente caso para deducir ese elemento subjetivo se cuenta no solo con que la disposición de efectivo de tanta trascendencia se hizo sin contraprestación alguna, sino además la estrecha relación entre sendas empresas y las fechas en que tienen lugar esas disposiciones, pues comienzan a efectuarse tan solo una semana después de que las Sres. El-Sayad y Ericsson empezaran a dirigir la compañía, ahora un concurso.

Pero junto a ese elemento intencional, es preciso que exista una relación de causalidad entre la conducta dolosa o negligente del deudor y el estado de insolvencia en que se encuentra, en el sentido de que esa conducta es precisamente la que ha originado o agravado el estado de insolvencia, relación de causalidad que queda patente en el apartado F) de sendos informes de la administración concursal a los que antes se ha hecho alusión y a los que me remito a fin de no ser reiterativa.

En definitiva, concluye también en el supuesto que nos ocupa la cláusula general del apartado 1 del art. 16 de la Ley concursal, con lo que el concurso de BIOFERMA MURCIA S.A. merece a todas luces la calificación de culpable.”: Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

Art. 164.2.1º

“2. Presunciones relacionadas con obligaciones contables: ¿Qué se entiende a los efectos del artículo 164.2.1º LC por incumplimiento “sustancial” de la llevanza de contabilidad, o por “irregularidad relevante”? ¿La existencia de doble contabilidad determina siempre la aplicación de la punición?”

Desde luego incumplimiento sustancial será la no llevanza de contabilidad, y en general aquellos incumplimientos en materia contable que impidan determinar y conocer la verdadera situación patrimonial del deudor, en todo caso no es posible determinar reglas a priori, al tratarse de una cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso concreto. Dada la respuesta consignada a la pregunta anterior de este bloque, la doble contabilidad debe entenderse siempre verificada con ánimo defraudatorio o con intención de perjudicar a los acreedores, y debe dar lugar a la calificación de concurso culpable, incluso aunque la información de la contabilidad exterior, llevada hasta la declaración de concurso, reflejase la situación patrimonial real del concursado. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Segundo bloque – Presunciones de culpabilidad, 2)

1. Concepto de “irregularidad relevante”

“SEGUNDO.-De conformidad con el artículo 164.2.1º de la Ley concursal el concurso se calificara como culpable en todo caso cuando el deudor hubiese cometido irregularidades relevantes para la compensación de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara.

Se trata de una precisión del legislador acertada en la medida que permite englobar todos aquellos supuestos que escapan a las dos pretensiones anteriores del mismo apartado (incumplimiento sustancial del deber de llevar contabilidad y llevanza de doble contabilidad) en las que sin embargo, se produce una merma de la información a

proporcionar y un incumplimiento de los deberes exigibles al concursado en sede contable.

En este supuesto se viene a anudar toda una serie de supuestos que aparecían dispersos en el Código de Comercio, en concreto los previstos en los apartados 2 al 6 del artículo 890 del Código de Comercio (Apartado 2 de dicho precepto; incluir en el balance memorias, libros y otros documentos relativos a su giro o negociaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos. Apartado 3, de haber llevado libros, "incluir en ellos, con daño de tercero partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos." Apartado 4; Rasgar, borrar, o alterar de otro modo cualquiera el contenido de los libros en perjuicio de tercero. Apartado 5; no resultar de la contabilidad las salidas o existencias de su último inventario, y del dinero, valores muebles y efectos, de cualquiera especie que sean, que constaren o se justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado. Y apartado 6 del art. 890 del Código de Comercio; Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros y otra especie de bienes o derechos).

En definitiva, se trata de que de la contabilidad llevada no resulte con claridad el verdadero estado financiero de la entidad quebrada faltando partidas concretas y datos necesarios para su exacto conocimiento como, y a falta de jurisprudencia actual, expresaba la sentencia de sala I del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1980 en relación con la cuestión.

En todo caso debe tratarse, independientemente de que su origen sea una falsedad o un error, de una irregularidad relevante.

La relevancia habría de ser enjuiciada lógicamente, y como se puso de relieve en el II Congreso Mercantil celebrado en Molina en diciembre de 2005, en cada caso concreto y sin poder determinarse reglas a priori.

Cabe reseñar y por lo que aquí no interesa y a falta de jurisprudencia actual, que según la jurisprudencia de la Sala I del TS anterior a la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, la omisión de saldos deudores en cuantía significativa integrarían el supuesto de hecho que actualmente sería incardinable en el nº 1 del apartado 2 del art. 164 de la L.C.

Efectivamente, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tendría cabida en el primer apartado del art. 164 de la LC (SS TS de 17 de marzo de 1990 y de 7 de febrero y de 10 de marzo de 1980 entre otras) las circunstancias a valorar serán, de un lado, que la irregularidad impide conocer la verdadera situación financiera de la sociedad y, de otro, que haya sido determinante la conducta del deudor para originar o empeorar la situación real de insolvencia.": Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

"CUARTO.- Irregularidades relevantes en la contabilidad

También considera la administración concursal que la concursada cometió irregularidades relevantes en la contabilidad, previstas en el art. 164.2.1º LC como presunción *iuris et de iure* para calificar el concurso como culpable. Según su parecer, al no incluirse en la contabilidad desde el año 1.999 las diversas sentencias que condenaban a la sociedad concursada se incurre en tal circunstancia.

Ciertamente la norma ha exigido que la irregularidad no sea de escasa importancia, sino relevante. Al utilizar el concepto jurídico "*irregularidad relevante*", que no define legalmente, hay que utilizar algún criterio que otorgue seguridad jurídica y evite que cualquier error, omisión o irregularidad determine la grave consecuencia de calificar el concurso como culpable. Para hacerlo hay que partir de que el concepto irregularidad ya supone reproche, pues al referirse a la contabilidad denota que no es común o permisible, que no se acomoda al patrón medio que el empresario diligente aplicaría al reflejar su situación patrimonial. Irregular es lo que no es común o habitual, lo que se sale de la norma. Incluso la tercera acepción de la Real Academia Española refleja su sentido peyorativo, pues se identifica con "*malversación, desfalco, cohecho u otra inmoralidad en la gestión o administración pública, o en la privada*".

El concepto mismo de irregularidad contable supone, en consecuencia, que se ha incurrido en una incorrecta contabilización, cualquiera que sea su reflejo, lo que hace padecer la exigencia de claridad y precisión que debiera caracterizarla, pues el art. 25.1 del Código de Comercio (CCom) dispone que la contabilidad ha de ser "*ordenada*", y el 34.2, al referirse a las cuentas anuales, establece que "*deben redactarse con claridad y precisión y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa...*".

Si ello se deduce de la expresión "*irregularidad*" al exigirse por la Ley Concursal que merezca el calificativo de "*relevante*" se dispone un *plus* que supone alguna gravedad. No basta que exista la incorrección, de alguna importancia, que supone la irregularidad. Es necesario además que aquella sea grave, de tal importancia que carezca de justificación, afectando directamente a las finalidades de claridad, rigor y precisión que

derivan de las exigencias legales. Es decir, que impida a quien examine la contabilidad hacerse una idea correcta de la situación patrimonial y financiera de la empresa, para lo cual también será importante ponderar los importes a los que afecte, pues si se trata de cantidades despreciables no pueden merecer el calificativo de "*relevante*".

Desde tal presupuesto consta que la sociedad concursada omitió, por un lado, dejar constancia en el pasivo de las diversas sentencias condenatorias que han supuesto, cuando menos, obligaciones por importe de 7.302.216,54 euros, de los que eventualmente tendría que responder la concursada, dependiendo de los derroteros de los recursos y de los acuerdos o disputas con el resto de los condenados solidariamente con la sociedad. Por otro lado, y pese a las protestas del acreedor que instó el concurso, era más que razonable que se disminuyera el activo, provisionando, por su dudoso valor, las obligaciones hipotecarias. Basta repasar la sentencia la Audiencia de Bizkaia de 7 de noviembre de 2005 (folios 153 y ss de la secc. 6ª), y la de instancia que la provoca, para percibir que esas obligaciones serán difícilmente ejecutables, dados los avatares de su creación, relatados en aquellas resoluciones, y que con suma prudencia la administración concursal ha decidido provisionar.

Pero incluso dejando de lado esta última cuestión, esencialmente valorativa y además discutible, pues la concursada actúa como mera intermediaria entre sus clientes y el proveedor del producto, lo cierto es que las sentencias dictadas, que fueron alcanzando sucesivamente firmeza a partir del año 1.999, generaron un pasivo que no tuvo su reflejo contable, sin que se haya dado explicación razonable a tal circunstancia, pues el hecho de que la hoy concursada se allanara en su día a alguna de las reclamaciones, o que se haya facilitado a los acreedores toda la cooperación precisa para tratar de hacer efectivos sus créditos, no impide apreciar que ha habido una omisión en la contabilidad de cantidades de alguna importancia desde que se dictan las sentencias condenatorias, que no se asientan. Se incurre, en consecuencia, en la "*irregularidad relevante*" a la que alude el art. 164.2.1º LC, lo que por sí sólo determina, por expresa disposición de la norma, la calificación del concurso como culpable. ": SJM-1 Bilbao 26.04.2007 (Concurso 50/2004)

2. Irregularidades no relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor

2.1 Meras irregularidades contables no relevantes

"CUARTO La primera de las presunciones de concurso culpable invocadas es la contemplada en el tercer inciso del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, según el cual, el concurso se calificará como culpable, cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad, hubiere cometido, en la que llevare, irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Como se deduce del tenor literal del precepto, no basta la prueba de cualquier irregularidad en la llevanza de la contabilidad para tener amparo en la presunción sino que tiene que ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor, esto es, tendrá que ser de la suficiente entidad como para incidir en la comprensión de su real situación patrimonial o financiera, precisamente porque esa irregularidad contable la desvirtúe.

En el informe de la administración concursal, y tampoco en el dictamen del Ministerio Fiscal, se concretan cuáles de los hechos invocados como relevantes para la calificación podrían integrar, a su juicio, la presunción ahora analizada, pero sólo pueden tener encaje los señalados en los números 1, 2, 3, 4, 6 y 9 del fundamento anterior, al ser ajenos a la contabilidad el resto de los hechos reseñados.

Pago de cheques innominados y anticipos de remuneraciones.

Desde luego, no parece que puedan calificarse como irregularidad relevante que incida en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad deudora, los hechos descritos bajo esta rúbrica.

En la contabilidad figura un saldo acreedor por importe de 15.506,12 euros en la «cuenta corriente con administradores». Dicho saldo tiene origen en el pago de dos cheques por importe de 7.753,06 euros, sin que exista documento que justifique o soporte su pago, lo que constituye una irregularidad contable hasta el punto de que se discute, porque no resulta de la contabilidad, el concepto y la causa del pago, afirmando los propios administradores, don Rodrigo y don Darío, que están mal contabilizados en la cuenta corriente con administradores porque se trata de cantidades destinadas al pago de nóminas atrasadas, anticipos u otros gastos corrientes. Sin embargo, de las copias de los referidos cheques remitidas por las entidades bancarias, resulta que el cheque núm. 9.206.583 de la entidad Santander Central Hispano por importe de 7.753,06 euros, de fecha 1 de diciembre de 2003, fue cobrado por don Rodrigo (folio

1.315), y el cheque núm. 6.827.856 de la entidad BBVA, por idéntico importe, de fecha 29 de marzo de 2004, fue cobrado, cuando ya no era administrador, por don Darío (folios 1.291 y 1.292), estando estampada su firma en el reverso de los respectivos cheques bajo la expresiva rúbrica de «recibí».

Ahora bien, que dos de los administradores, de los cuales uno ya no lo era al emitirse el cheque, hayan percibido una cantidad sin estar justificado el pago y sin que éstos hayan probado que materialmente los cheques fueran cobrados por empleados para su ingreso en caja con el objeto de atender necesidades de la empresa, lo único que determina es una deuda de los administradores con la sociedad, que es lo que refleja la contabilidad, por lo que la irregularidad contable antes señalada (pago sin documento o soporte contable que lo justifique) no incide en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, sin perjuicio de las consecuencias del cobro de esas cantidades.

De igual forma la existencia sin saldar de la cuenta denominada anticipos de remuneraciones por importe de 3.540.000 ptas., como consecuencia de anticipos en los años 1994, 1995, 1996 y 1997, puede considerarse una irregularidad contable en la medida en que no existe soporte documental del gasto ni, en consecuencia, la persona beneficiaria de dichos anticipos, debiendo haberse cancelado en los ejercicios correspondientes, pero carece de relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

2) Cancelación de saldos de contabilidad

No se discute que con fecha 30 de octubre de 2002, se cancelaron, mediante un apunte contable denominado «asiento asesoría» los saldos de determinadas cuentas por un importe total de 426.678,93 euros, concretamente las cuentas denominadas Caja Torre, Caja Suchil, Caja Alcocer y Caja Nave, correspondientes a los distintos establecimientos de la deudora y la denominada cuenta Copy.

La cancelación de dichos saldo no implica irregularidad contable, sino la necesaria regularización de una situación que no refleja la imagen fiel del patrimonio de la sociedad que, además, es consecuencia del informe de auditoría del ejercicio 2001. En dicho informe (folios 1.017 y 1.018) ya se pone de manifiesto que en el saldo de caja se incluyen efectivo, pagarés y recibos pendientes de ingresar en bancos a la fecha de vencimiento o de descontar, por un importe de 19.506.712 pesetas y no consta que el desfase entre las cuentas contables de caja y la tesorería obedezca a circunstancia distinta de la manifestada por la administradores, esto es, la práctica errónea anterior de contabilizar en caja, tanto efectivo como pagarés, que luego eran descontados, sin que se reflejase el menor valor percibido como consecuencia de las operaciones de descuento, lo que arrastraba saldos ficticios acumulados de muchos años.

Por otra parte, en el informe de auditoría también se indica la salvedad derivada de no cancelar saldos de difícil realización derivados de ventas a clientes y prestaciones de servicio, precisamente por el importe que refleja la denominada cuenta Copy (54.155.742 pesetas equivalentes a 325.482,56 euros).

En definitiva, podrá imputarse a los administradores la tardía eliminación de unos saldos inexistentes, lo que se analizará en otro apartado, pero no la regularización derivada de su cancelación.

3) Irregularidad contable.

En las cuentas del ejercicio 2002 se efectúa un ajuste de reservas contra ingresos extraordinarios en la cuantía de 272.080,83 euros, lo que determina que el resultado del ejercicio antes de impuestos, sea de -249.696,22 euros en lugar de -521.777,05 euros.

En la memoria del ejercicio 2002 (folio 222), se especifica que «Los gastos y pérdidas de ejercicios anteriores recogen una serie de regularizaciones de cuentas, fundamentalmente saldos deudores de difícil realización y otros ajustes, que han surgido en este año como consecuencia de una depuración de la contabilidad. Debido a que las pérdidas, puestas de manifiesto en este ejercicio, se generaron y provienen de ejercicios anteriores, se han registrado dentro de este epígrafe de "gastos y pérdidas de ejercicios anteriores" ya que no tendría sentido considerarlas como resultados de la explotación del año 2002.

Como consecuencia de lo explicado en el párrafo anterior y debido precisamente a que las pérdidas ahora registradas provienen de ejercicios anteriores se ha decidido, y así se propondrá a la Junta General de Accionistas, disminuir las reservas disponibles hasta su cancelación, pues es claro que en ejercicios anteriores se registraron beneficios superiores a los que en realidad correspondían. Por tanto, se ha disminuido el saldo de las reservas mencionadas (ver Nota 9) abonándolas a ingresos y beneficios de otros ejercicios».

Con independencia de que la forma en que se afloran las pérdidas de ejercicios anteriores, no contabilizadas en los mimos, pueda ser una irregularidad contable, dicho proceder no afecta a los fondos propios de la sociedad, como reconoce la propia administración concursal, siendo idéntica su situación patrimonial aunque se imputasen

todas las pérdidas al ejercicio 2002. Por ello, no cabe entender que la irregularidad contable afecte a la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, cuando, además, en la memoria, que forma parte de las cuentas anuales (artículo 172 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), se informa y comenta el motivo y la forma en que se van a contabilizar esos menores beneficios de otros ejercicios. Por lo demás, el propio auditor de la cuentas, en la prueba testifical, reconoce que el criterio seguido para contabilizar esas pérdidas no afecta a la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad. ”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

“CUARTO La primera de las presunciones de concurso culpable invocadas es la contemplada en el primer y tercer inciso del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, según el cual, el concurso se calificará como culpable, cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, o hubiere cometido, en la que llevara, irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

Bajo esta presunción se invocan los siguientes hechos:

Que el balance utilizado para la presentación de la solicitud de concurso no representa la imagen fiel de la sociedad.

Que desde septiembre de 2004 no se han asentado en la contabilidad todas y cada una de las operaciones realizadas por la sociedad.

Que existe una cuenta global de cobros de "clientes varios" con saldo acreedor, sin estar afectada individualmente a los clientes relacionados, por lo que no resulta posible determinar los saldos pendientes de cobro de forma individualizada.

En el balance el saldo de clientes de dudoso cobro figura con valor cero mientras que en las cuentas de mayor se refleja una lista de clientes de dudoso cobro por importe de 309.299,46 euros y un único saldo acreedor que compensa al anterior por el mismo importe.

Desde luego, los hechos alegados por la administración concursal no fundamentan la presunción de incumplimiento sustancial de la obligación del deudor de llevar la contabilidad, pues es evidente que éste cumpliría sustancialmente con su obligación de llevanza de la contabilidad, por lo que sólo cabe examinar la cuestión desde la perspectiva de la irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

Por otra parte, que en el balance presentado por la sociedad con la solicitud del concurso pueda contener inexactitudes como las apuntadas por la administración concursal no implica que el deudor en su contabilidad, que no obra unida a las actuaciones, haya cometido irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. Es más, en pura teoría, ese balance puede ser o no reflejo de la contabilidad de la empresa y, en consecuencia no debe confundirse dicha irregularidad relevante que de acreditarse integraría la presunción del núm. 1 del artículo 164.2 con la presunción del núm. 2 del mismo precepto que recoge la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de concurso entre los que se encontraría el balance presentado, que no consta que esté asentado en el libro de Inventarios y Cuentas Anuales.

En todo caso, la administración concursal refiere que el balance no refleja la imagen fiel de la sociedad y se remite a las páginas 20 a 27 del informe presentado en cumplimiento del artículo 75 de la Ley Concursal.

Tampoco se precisan cuáles de las circunstancias de las relatadas en el informe determinan la existencia de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad y las razones que justifican dicha valoración a juicio de la administración concursal, sin que por ejemplo, pueda fundamentar la presunción que el informe efectúe la valoración desde la perspectiva de empresa en liquidación mientras que la contabilidad asuma, como es obligado, el principio contable de empresa en funcionamiento.

En definitiva, no se ha justificado por la administración concursal o el ministerio fiscal las irregularidades en la contabilidad y que éstas incidan en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad, sin que sobre este último extremo se haya hecho alegación alguna, al margen de que algunas de las irregularidades manifestadas en el informe que se imputan al balance, se reiteran en los apartados 2 y 3 antes reseñado para sostener la presunción ahora analizada.

Respecto al hecho de que no se han asentado correctamente en la contabilidad todas y cada una de las operaciones realizadas por la sociedad, por sí solo no genera la presunción pues no consta la entidad de las omisiones ni su incidencia en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

En este sentido debe recordarse, como se deduce del tenor literal del artículo 164.2.1º, que no basta la prueba de cualquier irregularidad en la llevanza de la contabilidad para

tener amparo en la presunción sino que tiene que ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor, esto es, tiene que ser de la suficiente entidad como para incidir en la comprensión de su real situación patrimonial o financiera, precisamente porque esa irregularidad contable la desvirtúe.

Tampoco incide en la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad el hecho de que no estuviera individualizado el saldo de cada uno de los clientes al existir una cuenta global de cobros de clientes varios, pues no tiene la menor incidencia en dicha situación, al margen de que sea incorrecta la técnica de contabilización de cobros de clientes.

Por último, tampoco tiene incidencia en la situación patrimonial o financiera del deudor, al margen de la incorrecta técnica contable, el hecho de que en el balance el saldo de clientes de dudoso cobro sea cero y que en las cuentas de mayor se refleje una lista de clientes de dudoso cobro por importe de 309.299,46 euros y un único saldo acreedor que compensa al anterior por el mismo importe, porque el resultado es idéntico.”: SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739)

2.2 Activación de crédito fiscal de discutible recuperación. Inexistencia de irregularidad grave.

“El informe de calificación elaborado por la Administración Concursal refiere que en las cuentas anuales de la compañía correspondientes al ejercicio económico 2003, aprobadas el 17 de mayo 2004, se aprecia que en el activo del balance se incluyó un crédito fiscal contra la Hacienda Pública por importe de 286.410,62 euros, que proviene de las bases impositivas negativas acumuladas por la sociedad como consecuencia de las pérdidas sufridas en los últimos ejercicios. Este es un hecho incontrovertido, con independencia de la valoración jurídica que del mismo se haga.

La sentencia recurrida, siguiendo la tesis postulada por el informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, entiende que la inclusión de este crédito fiscal en el activo de la sociedad constituye una irregularidad grave, encuadrable en la conducta tipificada por el art. 164.2.1º LC como merecedora de la calificación culpable del concurso.

Para juzgar sobre la calificación culpable o fortuita del concurso, la Ley centra su atención en determinar cuándo puede calificarse culpable el concurso, para lo que atiende a un triple criterio: en primer lugar, a una definición legal, que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor, o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

De acuerdo con el segundo criterio, el art. 164.2 LC tipifica una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave. En el primer apartado se enuncian tres conductas relacionadas con el deber de llevar la contabilidad del negocio: *“cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”*.. Con ello el legislador equipara, a los efectos de declarar culpable el concurso, tres conductas: el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad; la llevanza de doble contabilidad; y las irregularidades en la contabilidad relevantes que impidan la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la compañía. Esta última conducta, que es la que en realidad se imputa a los administradores de la concursada, presupone la existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en cuanto impida una comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.

El art. 25.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (RDLegislativo 4/2004, de 5 de marzo) dispone que *“las bases impositivas negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los 15 años inmediatos y sucesivos”*. Partiendo de la base, no negada, de que es posible contabilizar en el activo el crédito fiscal contra el Hacienda Pública derivado de la bases impositivas negativas como consecuencia de las pérdidas de los ejercicios anteriores, la Norma de Valoración 16 del Plan General de Contabilidad lo supedita a que *“sean de realización razonablemente asegurada”* y la Resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997 afirma que no procede su

reflejo contable “*si existen dudas sobre la efectividad de realización*”. Con ello no deja de acudir a un criterio valorativo, acerca de las causas que han originado esas bases impositivas negativas y, lo que es más importante, de si en los ejercicios siguientes en los que la norma fiscal permite la compensación se prevé la generación de bases impositivas positivas en cuantía suficiente.

La Sala comparte el criterio de la Administración Concursal y del Juzgado de lo Mercantil de que en este caso, en que la inclusión de esta partida del activo en el balance correspondiente a las cuentas del ejercicio 2003, formuladas y aprobadas unos meses antes de que se pidiera el concurso voluntario, la situación próxima a la insolvencia debía desaconsejar tal inclusión. Pero ello no permite calificar taxativamente esta conducta de irregularidad clara pues, dependiendo de la solución que pudiera alcanzarse dentro del concurso, sobre todo si se acude a un convenio, no podemos negar que este crédito fiscal pudiera hacerse efectivo, si la recuperación económica de la sociedad da lugar a la generación de bases impositivas positivas en los próximos años, dentro de los que se permita la compensación. De hecho, la salvedad contenida en el informe de auditoría que acompaña las cuentas del ejercicio 2002 se refirió a que la recuperación del crédito fiscal que por entonces aparecía en el activo del balance por importe de 286 millones quedaba condicionada a la obtención de beneficios futuros suficientes dentro del plazo legal establecido para la compensación (f. 192).

La anterior consideración es la que atenúa la gravedad de la irregularidad contable, que además tampoco resulta relevante para comprender la situación patrimonial y financiera de la sociedad, siempre y cuando el balance refleje con claridad la naturaleza de este crédito, pues aunque al final pueda influir sobre los fondos propios, la lectura del balance no impide conocer su composición y por lo tanto la existencia del referido crédito fiscal.

La sentencia de primera instancia liga la relevancia de la irregularidad contable con el incumplimiento del deber de haber disuelto la sociedad, pues a su juicio, si no se hubiera incluido el crédito fiscal en el activo de la sociedad, sus fondos propios habrían pasado de ser 316.148'81 euros a 29.738 euros, cifra que se haya por debajo de la mitad del capital social (81.654 euros), lo que hubiera obligado a los administradores a instar la disolución. El fundamento jurídico 28 de la sentencia recurrida argumenta que la activación irregular del crédito fiscal fue encaminada a disimular la situación económica de la compañía, a eludir la causa de disolución y su responsabilidad. Respeto de esto último conviene aclarar que la relevancia de la irregularidad contable, a los efectos de incluir la conducta en el art. 164.2.1º LC, lo es únicamente respecto del conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, que ya hemos argumentado no concurre.

La relevancia de la irregularidad a los efectos de eludir la causa de disolución y la responsabilidad de los administradores por no haber promovido la disolución, no debe ventilarse en esta sección, teniendo en cuenta además que una cosa es la causa de disolución del art. 260.1.4º TRLSA y otra el estado de insolvencia, marcado por la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles. Cuestión distinta sería que la conducta hubiera contribuido a generar o agravar la insolvencia, y que, concurriendo dolo o culpa grave por parte de los administradores demandados, pudiera encuadrarse dentro de la conducta descrita en el primer criterio de calificación culpable del concurso, del art. 164.1 LC, pero esa no fue la causa invocada por los escritos de calificación ni la aplicada por el Juez de lo Mercantil para justificar la calificación culpable del concurso.”: S AP Barcelona 19.03.2007 (Sección 15) (Rollo 653/2006)

3. Irregularidades relevantes

3.1 Actos encaminados a simular una apariencia de solvencia

“4) Actos encaminados a simular una apariencia de solvencia.

La administración concursal ha acreditado que la concursada ya se encontraba, al menos, en causa de disolución a 31 de diciembre de 2001, sin que las cuentas de ese ejercicio reflejasen tal situación, al incluir en el activo, de forma incorrecta desde el punto de vista contable, un crédito fiscal por importe de 91.462,23 euros y los saldos de las cuentas de caja y copy a los que antes se ha hecho referencia por importe de 426.678,93 euros.

El propio informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2001 pone de manifiesto estas irregularidades (folios 1.017 y 1.018). Así, respecto de las cuentas de caja el párrafo tercero del informe de auditoría indica que «De igual modo no opinamos sobre el saldo de caja que incluye efectivo, pagarés y recibos pendientes de ingresar en bancos a la fecha de vencimiento o de descontar, el cual aparece incluido en el epígrafe tesorería del Activo del Balance de Situación por un importe de 19.506.712 pesetas».

Por lo que se refiere a la denominada cuenta copy, el párrafo quinto del informe de auditoría señala que «El epígrafe de clientes por ventas y prestaciones de servicios, incluidos en el activo del balance de situación recoge saldos por un total aproximado de 54.155.742 pesetas que consideramos de difícil realización. Por tanto, los saldos del epígrafe de clientes por ventas y prestaciones de servicios y los del epígrafe de fondos propios deberían disminuirse en el importe mencionado».

Como ya quedó expuesto con anterioridad, la sociedad mediante un apunte contable denominado «asiento asesoría» realizado el 30 de octubre de 2002, suprimió parcialmente los saldos de caja (16.837.659 ptas) y en su totalidad el de la cuenta copy (54.155.742 pesetas), por un importe total de 426.678,93 euros, reflejándose en la cuentas del 2002 como gastos de otros ejercicios.

Es evidente, que si la tesorería de la empresa al 31 de diciembre de 2001, no mantenía los saldos que reflejan las citadas cuentas (al margen de incluir como tesorería lo que no lo era) y si existían saldos por ventas y prestaciones de servicios de dudosa realización, los resultados del ejercicio 2001 debían haberse minorado en el importe de 426.678,93 euros, como reconoce la propia concursada en sus cuentas del 2002, que incluye como gastos de otros ejercicios la citada cuantía. Esto es, la pérdida ya existía a 31 de diciembre de 2001 y lo conocían o debían conocerlo los administradores al formular las cuentas y, en todo caso, al ponerlo de manifiesto el informe de auditoría, sin necesidad esperar a contabilizarlo en el siguiente ejercicio, porque altera las cuentas del ejercicio 2001 y, en consecuencia, éstas no reflejan la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad.

Por último, en cuanto al crédito fiscal, la auditoría pone de manifiesto que «La sociedad ha registrado un crédito fiscal en concepto del menor impuesto sobre sociedades que se devengará en ejercicios futuros, cuando consiga beneficios suficientes que compensen la base imponible negativa obtenida en el presente ejercicio. Las normas de contabilidad generalmente aceptadas exigen que el crédito fiscal únicamente se reconozca en el caso de que se cumplan determinadas circunstancias, entre otras, que la pérdida se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la empresa y que las causas que la originaron hayan desaparecido en la actualidad. Al no cumplirse estos requisitos, pues la pérdida no se ha producido como consecuencia de circunstancias excepcionales, estimamos que las pérdidas del ejercicio deberían aumentarse en 15.866.544 pesetas y el crédito frente a la Hacienda Pública disminuirse en el citado importe. Este menor impuesto sobre sociedades a pagar se debería recoger en el ejercicio en que efectivamente se obtengan bases imponibles positivas suficientes para su compensación».

La salvedad del auditor tiene apoyo en la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 9 de octubre de 1997 (BOE de 6 de noviembre de 1997), la cual establece que «Los créditos derivados de la compensación de bases imponibles negativas sólo serán objeto de registro contable cuando la base imponible negativa se haya producido como consecuencia de un hecho no habitual en la gestión de la empresa, siempre que razonablemente se considere que las causas que la originaron han desaparecido en la actualidad y que se van a obtener beneficios fiscales que permitan su compensación en un plazo no superior al previsto en la legislación fiscal para la compensación de bases imponibles negativas, es decir, siete años con carácter general, y con el límite máximo de diez años contados desde la fecha de cierre del ejercicio en aquellos casos en los que la legislación tributaria permita compensar en plazos superiores».

En el ejercicio 2001, la sociedad sufrió pérdidas de 177.096,86 euros (folio 201), que en realidad eran de 603.775,79 euros (177.096,86 euros más 426.678,93 euros), derivados de su actividad ordinaria, pues en las cuentas sólo se reflejan unos gastos extraordinarios de 943,59 euros.

Por otra parte, frente a la opinión del auditor, refrendada por irrefutable realidad de lo acaecido con posterioridad, no cabe oponer el informe pericial aportado por la representación de don Rodrigo (folios 1019 a 1025), que se asienta sobre las propias manifestaciones de los administradores en el informe de gestión y, en todo caso, si existían dudas, el principio de prudencia contable imponía la no activación del crédito fiscal, sin que se haya acreditado en esta sección que las pérdidas obedecieran a hechos no habituales en la gestión de la empresa y menos aún cabe pretender activar el crédito alegando su futura compensación con las plusvalías derivadas de la realización de los inmuebles de la sociedad, pues ello implica su liquidación y la contabilidad responde al principio de empresa en funcionamiento.

De no haberse computado, como se hizo indebidamente, los saldos antes reseñados y el crédito fiscal, los fondos propios de la sociedad estarían minorados en 518.141,16 euros, de modo que las cuentas del ejercicio 2001 en lugar de fijar unos fondos propios de 489.997,63 euros, debían reflejar unos fondos propios negativos de -28.143,53 euros, todo ello con un capital social de 181.505,66 euros.

Las irregularidades contables reseñadas, son relevantes para la comprensión patrimonial y financiera de la sociedad, hasta el punto de que enmascaran la causa de disolución prevista en el artículo 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando no la misma quiebra de sociedad en dicha fecha e integran la presunción de concurso culpable del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, cuya declaración debe efectuarse en esta resolución.

A mayor abundamiento, se comete la misma irregularidad, respecto a la activación del crédito fiscal, en las cuentas del ejercicio 2002 (folio 229), de las que resultan unos fondos propios de 1.394 euros y en el balance cerrado a 30 de junio de 2003 (folio 296). Este balance se formuló con el objeto de proceder a la reducción del capital y simultánea ampliación mediante compensación de préstamos, resultando a esa fecha unos fondos propios negativos de -34.554,95 euros (folio 745), y tras la adopción de las medidas de reducción y ampliación de capital en la Junta General, éste quedó fijado en 78.088 euros con unos fondos propios de 43.533,05 (según resulta del mismo informe de la administración concursal y, concretamente del folio 745 de esta pieza), por lo que si consideramos que en dicho balance se contabilizó indebidamente en el activo, como crédito fiscal, la cantidad de 19.357,61 euros, cuando debía contabilizarse como pérdida con disminución de los fondos propios, las medidas de reestructuración del capital eran insuficientes al continuar el patrimonio contable (43.533,05-19.357,61) por debajo de la mitad de la cifra de capital social (78.088:2), por lo que, de nuevo, el balance formulado por los administradores cerrado a 30 de junio de 2003, contenía una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad.": Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

3.2 Irregularidades relevantes: si no concurriesen el resultado sería de pérdidas y fondos propios negativos

"Tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal fundan la calificación del concurso como culpable en la comisión de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor (artículo 164.2º-1º, de la Ley (...)

Pues bien, entrando a analizar las causas de culpabilidad, la administración concursal denuncia ¿y la parte demandada admite implícitamente? que se activaron importantes gastos de explotación en el ejercicio 2002, con infracción de principios contables elementales, con la particularidad de que, de haberse contabilizado correctamente, en dicho ejercicio se hubieran producido pérdidas que habrían dado como resultado unos fondos propios negativos de 23.199,20 euros. Al cierre de dicho ejercicio la concursada ya venía obligada a promover su disolución o a dar inicio al correspondiente expediente concursal. La Ley Concursal sanciona la llevanza irregular de la contabilidad, cuando las irregularidades o inexactitudes son especialmente graves, como ocurre en el presente caso, y establece una presunción iuris et de iure de culpabilidad, siendo irrelevante, a estos efectos, que el deudor o sus administradores hayan actuado o no con la intención de defraudar y que el administrador tuviera o no conocimiento del modo con que se llevaban los Libros (artículo 32 del Código de Comercio).": Sentencia JM-2 Barcelona 09.05.2006 (AC 2006/1469)

3.3 Omisión en el balance y en la memoria recientes disposiciones por 1.750.000 euros a favor del accionista mayoritario

"Pues bien, la administración concursal en su informe, al que el Ministerio Público muestra su adhesión, fundamenta su solicitud de declaración del concurso como culpable en el supuesto de hecho de que la mercantil BIOFERMA MURCIA S.A efectuó sus disposiciones sin ninguna contrapartida a favor de otra mercantil, HEBI INTRESSETER AB, que es precisamente accionista mayoritario de la concursada con el 97'59%, por importe de 1.750.000 € durante los meses de enero y febrero de 2005(es decir, tan solo tres meses antes de presentar su solicitud de concurso voluntario); y subsume dicho hecho en varios de los supuestos previstos en la ley Concursal como susceptibles de motivar la calificación del concurso como culpable, dos con carácter expreso y otro de manera tácita.

Con carácter expreso la administración concursal subsume las transferencias bancarias efectuadas sin contraprestación entre los meses de enero a febrero de 2005 anteriormente referidos en las circunstancias previstas en las nº 1 y 2 del apartado segundo del artículo de continua referencia al omitirse tanto en la contabilidad de BIOFERMA como en la documentación acompañada a la demanda la disposición de los 1.750.000 € (...)

SEGUNDO.-De conformidad con el artículo 164.2.1º de la Ley concursal el concurso se calificara como culpable en todo caso cuando el deudor hubiese cometido

irregularidades relevantes para la compensación de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara. (...)

No cabe ninguna duda que omitir disposiciones, efectuadas en solo tres meses de instar el concurso, en el balance y en la memoria por la suma de 1.750.000 € a favor de una sociedad de las que precisamente son socios los administradores de la concursada constituye una irregularidad que impide conocer la verdadera situación financiera de la sociedad.

Pero llegar a esa conclusión es suficiente con detenerse en el análisis que de la contabilidad de la concursada efectúa la administración concursal en su informe de fecha 20 de octubre de 2005, que por su importancia se reseña textualmente.

En la pagina 39 de dicho informe la administración concursal, después de indicar que ha "verificado que con fecha 31 de enero y 28 de febrero, ambos de 2005, se han efectuado adeudos en las cuentas 553003, y por cuantía de 1.500.000 euros en 31 de enero y 250.000 euros en 28 de febrero y por cuantías de 1.500.000 euros en 31 de enero, y 25.000 euros en 28 de febrero, ambos de 2005, que suponen un incumplimiento de los pactos firmados por la sociedad con las entidades de crédito acuerdos, de fecha 25 de enero de 2005.

Según dicho pacto el importe de los créditos cuya titularidad se cedía a favor de HEBI INTRESSETER A.B. únicamente podrá ser utilizado para capitalizar la sociedad. Sin embargo, como se indica, a través de diversos traspasos internos realizados por los Administradores, la Administración concursal ha podido determinar que el fin ultimo de estos traspasos es disponer a favor de HEBI INTRESSETER AB, de la cuantía ya citada de.1750.000 E sin contraprestación alguna, con cargo a una cuenta indisponible para este fin, pero que, en todo caso, tenía vencimientos posteriores a la fecha de disposición con grave quebranto para los acreedores que fueron postergados."; la administración concursal concluye en la pagina siguiente a su informe que; " desde 31 de diciembre de 2004(recuérdese que los administradores actuales de BIOFERMA MURCIA S.A, adquirieron la compañía el 20 de diciembre de 2004) las irregularidades indicadas nos llevan a considerar que la sociedad no presenta en sus balances la imagen del Patrimonio, no aplica criterios contables con la rigurosidad exigida por lo que a nuestro juicio, para este periodo es desfavorable

Además, tampoco cabe ninguna duda de que esa omisión de saldo deudor en cuantía tan significativa ha sido determinante para originar o empeorar la situación real de insolvencia. Y para verter tal afirmación no es preciso de ningún informe pericial, cuya falta de aportación reprocha a la administración concursal la dirección letrada de la concursada, aportando un informe pericial de parte emitido por Don Juan Carlos Domínguez Serrano que lógicamente favorece su litis, y ello por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de emisión de informe por perito judicialmente designado, el objetivo de aquellos se fija solo por quien lo encarga, este elige libremente y paga a quien le informa y aporta o no el informe al proceso en función de que satisfaga o no sus pretensiones. En definitiva que en estos casos la imparcialidad del informante se encuentra seriamente comprometida frente a la objetividad de la opinión de la administración concursal, dos de cuyos miembros son economistas auditores de reconocido prestigio.

Pero es que como apuntaba anteriormente, no es necesario conocimientos técnicos para valorar que la disposición de las tantas veces repetidas 1.750.000€ fue determinante para empeorar la situación real de la insolvencia y para efectuar dicha afirmación, basta con recordar que BIOFERMA intereso hasta en dos ocasiones aun antes de que se declarara el concurso, estando el procedimiento en tramite de subsanación de defectos previos a su admisión, como medida cautelar urgente requerir a Iberdrola S.A. el restablecimiento de energía eléctrica, reseñando en sendos escritos textualmente que " la mercantil BIOFERMA MURCIA S.A en los meses previos, había iniciado una serie de conversaciones con sus distintos acreedores, no obstante lo cual se vio obligada finalmente a presentar el concurso, debido fundamentalmente, a que la mercantil IBERDROLA S.A. no acepta el acuerdo propuesto y cortó el suministro el pasado 26 de mayo

La deuda con Iberdrola según la propia concursada a fecha 30 de mayo de 2005(fecha en la que se presento la solicitud de concurso voluntario) ascendía a 1.162.345'79 € y según la administración concursal a la fecha de declaración del concurso el día 8 de junio de 2005 a 1.054.823'39€.

De tales antecedentes se infiere con claridad meridiana que si la concursada no hubiera dispuesto, sin contrapartida, de las 1.750.000€ en los meses previos hubiese contado con suficiente tesorería incluso para abonar a Iberdrola la totalidad de su deuda y no verse abocada irremediamente a la presentación del procedimiento concursal.

En definitiva, se dan los elementos necesarios para concluir que concurre en el caso el supuesto previsto en el artículo 162.2.1º que obliga a calificar "en todo caso" el concurso como culpable.": Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

3.4 Supuesta ampliación de capital por conversión de créditos no existiendo acuerdo de la junta

“QUINTO.- Sin perjuicio de lo anterior, además, también concurre, al menos, la presunción iuris et de iure de concurso culpable del artículo 164.2.1º de la LCy, concretamente, la inexactitud relevante en la contabilidad para la comprensión situación patrimonial o financiera de la sociedad.

Efectivamente, en las cuentas del ejercicio 2003, se recoge una supuesta ampliación de capital de 109.090,90 euros, "mediante conversión de préstamos de los socios a la empresa que estaban debidamente contabilizados en cuentas del grupo 5 al cierre del ejercicio 2002, no existiendo varias clases de acciones" (folio 109 de esta sección), pasando la cifra de capital social de 3.005,06 euros a 112.095,96 euros.

Sin embargo, no se ha acreditado la existencia de acuerdo alguno de la junta de socios acordando el aumento del capital.

Ni la deudora ni el administrador aportan el correspondiente acta de la junta. El libro de actas no existe y el supuesto acuerdo no figura inscrito en el Registro Mercantil, cuando todos los acuerdos susceptibles de inscripción sí se han inscrito en el Registro, menos éste, según afirmó el letrado de la deudora y del administrador en trámite de conclusiones en el acto de la vista.

Incluso, el propio Sr. Juan Francisco en el interrogatorio de parte afirma que el aumento de capital se decidió en una reunión en Inglaterra entre él mismo y el supuesto acreedor Sr. Rubén, cuando según la propia memoria de la deudora en el año 2003 había tres socios (folio 21 de esta sección), por lo que nunca puede considerarse la reunión de dos como junta universal, al margen de que no se acredita la elaboración del informe exigido por el artículo 74 de la LSRL para adoptar el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos, lo que abunda en la inexistencia del acuerdo.

Para concluir, la administración concursal afirma que no están documentados los créditos de los socios cuya conversión en capital se refleja en las cuentas anuales de dicho ejercicio, sin que la deudora o su administrador hayan acreditado lo contrario, es más, ni siquiera lo han intentado.

Dada la inexistencia del acuerdo de aumento de capital, la contabilidad al cierre del ejercicio 2003 reflejaba unos fondos propios negativos de 77.471,10 euros, siendo el capital social de 112.095,96 euros, cuando en realidad se elevaban a 208.381,37 con un capital social de 3.005,06 euros, lo que constituye una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. ”: SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

4. Incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad

4.1 Libros de contabilidad legalizados tras la declaración de concurso

“SEGUNDO.- Aplicado lo que antecede al supuesto enjuiciado, tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal fundan la calificación del concurso como culpable en la comisión de irregularidades contables relevantes (artículo 164.2º-1º, de la Ley), en la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor (artículo 164.2º-5º), en la falta de colaboración con la administración concursal (artículo 165.1º) y en el incumplimiento del deber de solicitar el concurso (artículo 165.1º). Pues bien, tanto la falta de colaboración del deudor con los administradores concursales -no siguió las instrucciones dadas, tras la declaración del concurso, en cuanto a pagos y cobros-, como las irregularidades denunciadas en materia de contabilidad, justifican, de acuerdo con los preceptos citados, la calificación del concurso como culpable. La parte demandada no cuestiona que los libros de contabilidad de los tres últimos ejercicios (2002 a 2004) se legalizaran después de declarado el concurso, lo que implica un incumplimiento sustancial del deber contemplado en el artículo 25 del Código de Comercio que, por sí mismo, permite calificar el concurso como culpable.”: SJM-2 Barcelona 19.01.2007 (JUR 2007/127794)

4.2 Omisión parcial y temporal. Sobre el carácter “relevante” del incumplimiento de la obligación

“QUINTO La tercera de las conductas que, a juicio de la Administración concursal, conlleva -para el caso que estamos analizando- la calificación del concurso como culpable es la omisión en los últimos meses del ejercicio 2004 de llevanza de contabilidad. Debe destacarse que la entidad concursada no niega que durante el período que transcurrió desde la fecha del acuerdo de la Junta General Extraordinaria

de Accionistas de 2 de noviembre de 2004 -que debe ser a lo que se refiere la Administración concursal con la expresión: "fecha de entrada en liquidación" [hecho cuarto letra a) en la pg. 4 del informe]- hasta el 31 de diciembre de 2004 se omitiera el deber de llevanza de la contabilidad. Aduce sin embargo que carecía de actividad y que, además, dicha situación se regularizó el 31 de diciembre de 2004. Según el informe de la Administración concursal dicha circunstancia supone "que la contabilidad incumple sustancialmente la obligación de una llevanza adecuada". A propósito de dicha clase de conductas se pronuncia el artículo 164.2.1º LC atribuyendo la condición de culpable al concurso cuando "el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara". La acusación de la Administración concursal no es -como parece entender la entidad concursada en su escrito de oposición- de "irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera", sino de "incumplimiento sustancial de esta obligación". Baste examinar la letra a) del hecho cuarto del informe de calificación, en el que la Administración concursal se refiere a esta circunstancia en los siguientes términos: "a) La contabilidad correspondiente a los últimos meses de actividad de la empresa referidos al año 2004 -después de la fecha de entrada en liquidación-, incumple la obligación de reflejar todos los movimientos que se han ido produciendo durante este período, por lo que hemos de considerar que la contabilidad incumple sustancialmente la obligación de una llevanza adecuada(...)". Para resolver la cuestión que plantea la Administración concursal debemos partir de que, según el artículo 164.2.1º LC, el mero incumplimiento de la llevanza de la contabilidad por el empresario obligado a ello («ex» artículo 25 C. de c.) no basta para que el concurso sea declarado culpable. Es menester, además, que el incumplimiento sea relevante. Y, llegados a este punto, debemos reconocer la dificultad en la que nos encontramos fruto de la indeterminación del informe de calificación presentado por la Administración concursal sobre dicho extremo. En el mismo no se especifica qué asientos dejaron de apuntarse durante dicho período. Tampoco se afirma que la ausencia de contabilidad durante dicho lapso temporal fuera relevante -máxime teniendo en cuenta la alegada inactividad de la empresa tras el acuerdo de pedir la declaración de concurso-. Si nos detenemos en lo que debe considerarse "relevante" al amparo del artículo 164.2.1º LC, y acudimos al Diccionario de la Real Academia Española vemos que define tal vocablo, en su segunda acepción, como equivalente a "Importante, significativo". Ello nos debe conducir a descartar como eficaz para calificar el concurso como de culpable incumplimientos puntuales en la llevanza de la contabilidad que merezcan el calificativo de insignificantes. Los incumplimientos "relevantes" deben ser puestos en relación con la información que se deja de suministrar como consecuencia del incumplimiento en la llevanza de la contabilidad. No puede ocultarse que uno de los supuestos en los que la información suministrada por la contabilidad cobra especial relevancia es el de las situaciones en que se avecinan cambios en el ámbito de la administración social. Y, es obvio, que necesariamente se iban a producir modificaciones en las facultades de administración como consecuencia de la declaración de concurso de la empresa (vid. artículo 40 LC). Sin embargo, desconocemos exactamente el período en que dejó de llevarse la contabilidad por parte de la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA así como cuáles son los asientos que dejaron de apuntarse. Es cierto que en el Informe aportado por la Administración concursal según lo previsto en el artículo 74 LC se recoge que la entidad concursada dispuso entre la fecha de presentación de la solicitud de declaración de concurso hasta la fecha de declaración del concurso de hasta 132.870,46 euros sin informar al Juzgado, así como de otros 42.876,65 euros hasta el momento en que tomaron posesión de sus cargos los miembros de la Administración concursal (pg. 39). Sin embargo, no existe posibilidad de que el Juzgado anude estas disposiciones de fondos con la ausencia de contabilidad. No se nos indica que las cosas fueran así. Por tanto, la causa que estamos analizando no puede considerarse hecha con la suficiente concreción para que permita al Tribunal calificarla como relevante a efectos de declaración del concurso como culpable.": SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

4.3 Incumplimiento del deber de formular cuentas consolidadas

"3.- ¿Qué efectos produce en la calificación el incumplimiento del deber de formular cuentas consolidadas?"

Estando previsto en el art. 164.2.1º de la Ley Concursal como actuación determinante, en todo caso, de la calificación del concurso como culpable la consistente en que el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante

para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara, ha de recordarse que el art. 42.1 de Código de Comercio impone a la sociedad dominante de un grupo de sociedades o, en aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, a la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación, la obligación legal de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en los preceptos siguientes y con las excepciones previstas en el art. 43. Por tanto, ha de plantearse la posibilidad de considerar que la falta de formulación de dichos documentos contables, la comisión de irregularidades relevantes en los mismos o la llevanza de doble contabilidad consolidada es un hecho determinante de la calificación del concurso de la sociedad como culpable cuando se tratara de una sociedad obligada legalmente no sólo a llevar la contabilidad de la sociedad en sí, sino también la contabilidad consolidada del grupo societario.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Cuarto bloque.- Calificación y grupos de sociedades, 3)

- 2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

Art. 164.2.2º

“3. *Presunciones relacionadas con la apertura y tramitación del proceso concursal: ¿Es mas reprobable para el legislador la inexactitud grave o falsedad en la documentación, art. 164.2.2º, que la omisión de la documentación requerida y no aportada, art. 165.2º?*

Claramente sí, se sanciona así de forma más grave la apariencia engañosa de cumplimiento que la falta abierta de colaboración. Hemos de matizar que en el primer caso debe tratarse de “inexactitud grave”, sin que cualquier error determine la aplicación de la presunción. En el segundo caso se establece la consecuencia del incumplimiento de la obligación prevista en el art. 45.

Cuándo se ha declarado el concurso necesario, forzosamente por justificarse la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 2.4, con arreglo al 5.2, hemos de presumir que el deudor conoció su estado de insolvencia, por tanto, ¿hemos de limitarnos en este caso al examen del plazo de dos meses del 5.1 ó puede extenderse el debate a la presencia de las circunstancias del artículo 2.4?.

La respuesta debe ser afirmativa. En otro caso, cuando el concurso incluso llega a la apertura de la fase de calificación, estaríamos abriendo la posibilidad de cuestionar incluso su viabilidad inicial, con evidente riesgo de resoluciones contradictorias, reabriendo debates que deben darse por resueltos por aplicación del principio de preclusión, art. 136 LEC, por remisión de la disposición adicional quinta de la LC.

Para determinar si es imputable al concursado el incumplimiento: ¿hemos de examinar la presencia de caso fortuito o fuerza mayor, dada la redacción del 164.2.3º, o impedirá su presencia estimar incumplido el convenio?. ¿Resultará fundamental a estos efectos el informe de evaluación de la administración concursal?

El artículo 164. 2 3º LC estima culpable el concurso cuando se proceda de oficio a la liquidación, “por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”. Por tanto parece aquí contemplar también el legislador la posibilidad de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no imputable a culpa al deudor. Por ello, pese a la opinión en contra de prestigiosos autores, la presencia de caso fortuito o fuerza mayor en consecuencia no debería impedir que se apreciase el incumplimiento del convenio, y su presencia debe examinarse en fase de calificación. Parece que el informe de evaluación a estos efectos no debería resultar primordial, debiendo estar a cada caso concreto y a la situación existente al momento del incumplimiento, aunque puede considerarse como un elemento probatorio de indudable valor. Parece que debemos descartar que la presentación de una propuesta, calificada de inviable por la administración concursal, pero sin embargo aceptada, aunque proceda del deudor, deba determinar la imputabilidad del concursado por este hecho, anterior a la perfección del convenio “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Segundo bloque – Presunciones de culpabilidad, 3)

1. “...en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso ...”

1.1 Concurre: omisión de acreedores. Inclusión de fincas que resultan no ser de la concursada y créditos de dudosa existencia

“Ello nos deja exclusivamente con el análisis del artículo 164.2.2º LC en referencia a la concurrencia de una inexactitud grave en los documentos acompañados o presentados durante la tramitación del concurso que motivaría «en todo caso» la declaración del concurso como culpable y que la administración concursal residencia en el segundo de sus hechos referido a la valoración de los documentos adjuntados a la solicitud del concurso y contingencias contables de los mismos. En concreto se refiere a dos fincas registrales que fueron aportadas en la relación de acreedores y que resultaron no ser de la titularidad de la concursada por existir contienda sobre su compraventa que tampoco tuvieron reflejo completo en la contabilidad por haberse recogido el importe sólo por 75.000.000 de pesetas resultando acta inspectora de la Agencia Tributaria (documento número 10 de la presentada por la administración concursal) en la que recoge dicho apartado.

Frente a ello señala la administradora (tercero de su escrito) que «es del todo incierto que no haya reflejo contable ni fiscal. Parte del pago también se declaró en la Notaría y la totalidad del importe (150.000.000 de pesetas) si viene reflejada en el Balance. Los pagos vienen reflejados en la contabilidad como pago a Isidro».

La administración concursal señala que en la contabilidad figuraba Isidro, en la cuenta 55022, como deudor por la cantidad de 929.460,47 euros y no constaba en relación de deudores en los documentos acompañados a la solicitud.

Ello motiva la necesidad de determinar si dichos defectos pueden ser considerados suficientes, a los efectos de incumplimiento grave que prevé la norma. En concreto tanto la no indicación de la afectación registral al recoger en el listado acompañado solo que estaba sujeto a anotación y resultando que nunca se registraron a nombre de la concursada y su reflejo en la contabilidad.

Para analizar la gravedad de dicha inexactitud hemos de tener en cuenta que nos encontramos con los dos únicos bienes inmuebles declarados por la concursada cuyo valor declarado en la lista de acreedores presentada y que obra en autos es de 464.730,24 euros cada una. Que era obligatorio para la concursada no sólo hacer una ligera referencia a «nota preventiva» sino exponer las circunstancias de dichos bienes inmuebles en la forma prevista en el artículo 6.2.3º LC: «inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en el que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación». La escueta referencia de «nota preventiva» motivó la actuación derivada de la declaración de concurso a los efectos de anotación (art. 24 LC) que fue calificada negativamente tal y como ha hecho constar la administración concursal. Tratándose de los dos únicos bienes inmuebles, situados en Estepona y con el valor atribuido a los mismos la inexactitud motivada para el cálculo del activo de la sociedad en relación al pasivo de la misma es de necesaria consideración grave precisamente para la solución del concurso y para el derecho de los acreedores que intervienen en el mismo pues con el reflejo de dichos bienes que finalmente no tiene registrados necesariamente refleja una situación diferente a la que realmente después se puso de manifiesto.

Respecto de la constancia en la lista de acreedores tal y como afirma la administración concursal nada ha alegado la administradora de la sociedad quien se ha limitado a señalar que tenían su reflejo en la contabilidad. Frente a esto tenemos la citada acta inspectora con presunción de autenticidad que no se ha roto y, por otro lado, el incumplimiento del art. 6.2.4º LC que obliga al concursado a recoger los acreedores (todos) máxime tratándose de créditos tan importantes que tienen su directa relación con los citados bienes.

A ello se une el segundo de los razonamientos expuestos por la administración concursal respecto de los créditos recogidos en otros bienes y derechos cuya deudora sería Sipsa y que esta ha negado en acto de conciliación. No sólo suponen cuantías importantísimas respecto de la masa activa (20.017.000 euros en 2002, 12.700.000 euros en 2003-2004, 6.080.000 euros en 1999-2000 y 9.835.493 en 1999-2000) sino que además la gravedad se manifiesta en la actitud pasiva de la concursada que no ha acreditado, pese a tan importantes cantidades, haber realizado nada para su reclamación.

Por tanto hemos de entender que realmente se cumple también el supuesto de inexactitud grave que motiva, en todo caso, la declaración del concurso como culpable.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

1.2 Concorre: omisión en balance y Memoria de una retirada de fondos por 1.750.000 € a favor del accionista mayoritario

“TERCERO.-como segunda causa para calificar el concurso como culpable la administración concursal invoca de forma expresa la segunda presentación iuris et de iure del apartado 2 del artículo 164 de la LC que hace referencia al incumplimiento del deber de veracidad, lealtad y buena fe en la aportación documental a la solicitud o tramitación del concurso.

Este supuesto ha de ponerse en relación con las obligaciones que en el caso de concurso voluntario, como el que nos ocupa, deriva del artículo 6 de la L.C. Al lado de estos deberes, la ley introduce un deber genérico de colaboración del deudor frente al juez y a la administración concursal (art. 42 de la LC).

De las conductas que tipifica el precepto se alega por la administración concursal la comisión por omisión de inexactitud grave en la documentación que acompaña a la declaración del concurso.

La inexactitud significa que se ofrece una información que no se corresponde con la realidad y para valorar la gravedad de la inexactitud cometida ha de tenerse en cuenta la relevancia del documento en que ha aparecido probándose del balance esta irregularidad, atendiendo a la importancia del documento, suelen ser graves.

Pues bien, en el caso que no ocupa los adeudos en las cuentas 55003 por la suma total de 1.750.000€ no aparece no solo en el balance sino que también se silencia en la Memoria, pese a que en la pagina 14, párrafo 1º de ese documento expresamente se dice que” Operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario de BIOFERMA S.A, no existen operaciones especialmente significativas o relevantes que por cuantía u objeto excedan del tráfico ordinario de la empresa, mas allá de las anteriormente expresadas, así como de la negociación que con los proveedores se ha venido llevando a cabo por el nuevo accionista desde enero de 2005.”

Por tanto, hemos de entender que realmente se cumple también el supuesto de inexactitud grave que motiva en todo caso, la declaración como culpable.”: Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

1.3 No concorre: Inexactitud del inventario por discrepancia con los criterios de valoración.

“PRIMERO La administración concursal en su informe califica el concurso como culpable por dos motivos, el primero, por la importante diferencia entre la valoración del inventario aportado junto con la solicitud del concurso y la valoración efectuada por propia administración concursal en su informe, así el primero atribuye a los bienes de la empresa un valor de 533.829,26 euros y el segundo de 17.122,68 euros. El segundo de los motivos que arguye la administración concursal es por la presentación tardía de la solicitud.

SEGUNDO El apartado segundo del citado art. 164 LC dice «en todos caso», es decir, además de en el supuesto anterior, «el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguiente supuestos», el segundo de dichos supuestos se produce «cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento». La infracción tipificada en este caso no tiene nada que ver con la causación o agravación de la insolvencia, sino con el comportamiento del concursado en el procedimiento judicial, durante el que es determinante conocer la situación real del concursado, y que la Ley quiere sancionar con la declaración de culpabilidad del concurso. Resulta perfectamente lógico que la Ley exija al concursado que la documentación que presente sea exacta, no solo para que la administración concursal pueda realizar su informe, sino para que los acreedores conozcan desde un primer momento cual es la situación económica de la concursada y cuales son sus expectativas respecto de sus créditos. A mi juicio es injustificable que conforme la documentación aportada por la compañía la situación económica resulte equilibrada entre activo y pasivo, lo que lógicamente puede generar una lícitas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos o de los trabajadores de mantener sus puestos de trabajo, y que el informe de la administración concursal decomponga ese aparente y falso equilibrio, fijando un déficit patrimonial que existía desde la presentación del concurso.

TERCERO En presente caso las diferencias valorativas entre la efectuada por la concursada con su solicitud, 533.829,26 euros y la efectuada por la administración concursal, 17.22,68 euros, es tan escandalosa que justifica que la administración concursal haya pedido inicialmente que el concurso se califique como culpable. La propia administración concursal reconoce que esa diferencia responde al diferente

criterio valorativo empleado, en el primer caso, el de empresa en funcionamiento y en el segundo el de empresa en liquidación, pero no lo es menos que ese es el criterio que debía haber utilizado desde un principio la empresa que con su solicitud pedía la liquidación de la compañía.

CUARTO La Ley prevé en el art. 6.2.3º LC junto con el valor de adquisición de los bienes que conste en el inventario, se incluyan las correcciones valorativas que procedan, así como la estimación del valor real actual de los bienes inventariados. En consecuencia, la concursada no venía obligada por principios contables a consignar únicamente el valor de adquisición de los bienes, aplicando el principio de empresa en funcionamiento, sino que debía haber incluido en dichas valoraciones las correcciones necesarias en atención a que la concursada esta solicitando la liquidación de la compañía.

QUINTO Ahora, bien de lo que ahora se trata es de valorar si esa omisión puede considerarse grave a los efectos de valorar el concurso como culpable, en consonancia con el art. 164.2.2 LC. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el concurso se presentó aproximadamente a los dos meses de entrar en vigor la Ley, por lo tanto sin experiencia alguna sobre los criterios aplicables. En segundo lugar, la propia concursada en el inventario advierte de cual es el criterio que ha aplicado, por las dificultades reales de establecer un valor de mercado de los bienes (documento núm. 3 de la solicitud). En tercer lugar, tampoco el Juzgado requirió al concursada para que subsanase tal error, sino que se declara el concurso con los documentos aportados. En cuarto lugar, la administración concursal señala que la diferencia entre la valoración del inventario viene motivada exclusivamente por diferencia de los criterios empleados, no por la desaparición de bienes o la indebida inclusión de bienes. En consecuencia, y atendiendo a todas estas circunstancias, por este motivo no puede calificarse el concurso de culpable.”: SJM-4 Barcelona 11.12.2006 (AC 2007/440)

1.4 No concurre: procedimientos laborales no puestos de manifiesto existiendo acuerdo con los trabajadores

“QUINTO En segundo lugar, se invoca la presunción del artículo 164.2.2º de la LC (...) Esta presunción se sostiene por la administración concursal en dos hechos, compartiendo el ministerio fiscal sólo el primero de los invocados:

Existencia de juicios laborales pendientes y, en particular dos sentencias de los Juzgados de lo Social núm. 11 y 33 de Madrid, dictadas con anterioridad y simultáneamente a la declaración del concurso reconociendo créditos laborales y que no fueron puestas de manifiesto por la concursada. (...)

El hecho alegado en primer lugar no integra la presunción ahora analizada pues no implica inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud o aportados con posterioridad y más bien tendría encaje en la presunción *iuris tantum* del artículo 165.2 cuando considera como tal no haber facilitado al órgano judicial o a la administración concursal la información necesaria o conveniente para el interés del concurso.

En todo caso, que al solicitar el concurso no se pusieran de manifiesto tales procedimientos laborales puede tener justificación en el hecho de que previamente había alcanzado un acuerdo con los trabajadores por los que se reconoce y se paga una deuda de 736.358 euros, en virtud del cual los trabajadores se comprometían a desistir y renunciar a cualquier acción judicial derivada de la relación laboral, sin que se hayan llegado a ejecutar dichas sentencias, declarándose incluso la nulidad de la iniciada por el Juzgado de lo Social núm. 33 en virtud de la oposición del deudor.

En definitiva, el hecho analizado no integra la presunción de concurso culpable del artículo 164.2.2º y la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.2 ha sido destruida por los razonamientos antes expuestos.”: SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739)

1.5 No concurre: Inexistencia de indicación inexacta de que la empresa tenía actividad

“QUINTO En segundo lugar, se invoca la presunción del artículo 164.2.2º de la LC (...) Esta presunción se sostiene por la administración concursal en dos hechos, compartiendo el ministerio fiscal sólo el primero de los invocados: (...)

Que en la solicitud del concurso se indica que la empresa tenía actividad cuando no es cierta tal afirmación. (...)

En cuanto a la indicación en la solicitud de que la empresa estaba en funcionamiento, en realidad en la solicitud nada se dice y en la memoria de acontecimientos patrimoniales significativos del ejercicio 2004 se indica que "se ha producido la baja pactada de 38 de los 39 trabajadores existentes en plantilla. Esta situación de baja pactada, de casi la totalidad de la plantilla de trabajadores de la Empresa, ha supuesto

el agotamiento financiero de la Mercantil, y la práctica paralización de la actividad empresarial" (folio 283).

Ante tal afirmación contenida en la memoria de acontecimientos patrimoniales significativos, es obvio que no cabe imputar inexactitud grave a la deudora en los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso por el hecho que ahora se analiza.": SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739)

2. " ... o presentados durante la tramitación del procedimiento ..."

" QUINTO.- Inexactitud grave en los documentos aportados

Por último reprocha la administración concursal, igual que el ministerio público, que la lista de acreedores facilitada por la concursada ha sido manifiestamente incompleta, señalando las discordancias que hay entre los datos facilitados y los finalmente concretados en su informe. Considera por ello aplicable el art. 164.2.2º LC, que sanciona con la calificación de culpabilidad los casos en que se produzca "*inexactitud grave*" en los documentos aportados durante el concurso.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el procedimiento tiene carácter necesario, y por lo tanto la documentación reclamada a la concursada tuvo que ser aportada tras la declaración de concurso. La propia administración concursal reconoce que a primeros de marzo de 2005, apenas dos meses después de declarado el concurso, el administrador social facilitó nuevos datos, amén de permitir la colaboración de su letrado, gracias a lo cual "*se consiguió practicar la adecuada corrección de la lista de acreedores*", razón por la que entienden que no se produjeron daños por esta causa.

Ha de compartirse esa apreciación, y considerar que la colaboración mostrada por el concursado ha permitido, finalmente, obtener los datos precisos para que el concurso pudiera continuar. No hay razón para apreciar, por todo ello, el incumplimiento pretendido.": SJM-1 Bilbao 26.04.2007 (Concurso 50/2004)

- 3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
- 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

Art. 164.2.4º

1. Caso del incumplimiento del art. 589 LEC y non bis in idem

"4. Presunciones basadas en la posible actuación fraudulenta anterior del acreedor: ¿Puede dar lugar a la presunción del artículo 164.2.4º, el no facilitar en una ejecución la relación de bienes requerida, conforme al artículo 589 LEC, incluso si ya ha sido sancionada esta conducta en los términos previstos en nuestra legislación procesal?.

Puede dar lugar a la presunción mencionada, ya que tal actuación, al menos, debemos entender que dificulta la eficacia de cualquier embargo. En el improbable caso de imposición anterior de multa coercitiva, por aplicación del apartado 3 del 589 LEC, el principio "non bis in idem" en principio impediría sancionar al mismo sujeto "en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento", evitando "una reacción punitiva desproporcionada" (SSTC 154/1990, de 15 de octubre). Aunque es cierto que este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa, no obstante, "que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos" (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Sin embargo no debemos olvidar que la misma jurisprudencia constitucional (SSTC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2; y AATC 721/1984, de 21 de noviembre, FJ 2; 150/1984, de 7 de marzo, FJ 3; 781/1985, de 13 de noviembre, FJ 3; y 1264/1988, de 21 de noviembre, FJ 2), admite la posibilidad de doble sanción en los supuestos que tengan un fundamento distinto, como creo que es el caso, ya que mientras en la LEC se trata de castigar la obstaculización de la ejecución, con la calificación de concurso culpable se trata de inhabilitar a quien culpablemente ha generado o agravado la situación de insolvencia, para administrar bienes propios o ajenos por un tiempo. Por tanto, no existiendo identidad de fundamento entre las sanciones no cabe aplicar la interdicción de duplicidad por los mismos hechos. "II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005;

2. Inexistencia de alzamiento

Por su parte, el apartado 2º del mismo artículo 164 de la L.C. establece una serie de supuestos cuya acreditación da lugar, ope legis, a la calificación del concurso como culpable, siguiendo con ello el sistema de presunciones iuris et de iure establecido por el artículo 890 del Código de Comercio respecto a la declaración de fraudulencia de las quiebras en el anterior sistema.

De tales circunstancias se alega por la administración concursal en su informe, al que el Ministerio Público muestra su adhesión, que concurre la circunstancia prevista en el apartado 4º del artículo de continua referencia a cuyo tenor el concurso se calificará como culpable en todo caso “ cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores”.

La administración concursal dictaminó que los concursados, Sr.Castilla y Sra. Aleman enajenaron su vivienda de Lorca con la finalidad de perjudicar a los acreedores y que no pudieran cobrar sus deudas, en connivencia con el comprador de la finca, D. de quien interesa sea declarado como cómplice por mor del artículo 166 de la ley Concursal y en consecuencia, solicitar, entre otros extremos, que sean condenados a devolver la vivienda, adquirida por escritura pública de 26 de agosto de 2004.

Tal circunstancia se asemeja a la acción pauliana o rescisoria fraude a acreedores prevista en el art. 1.11. del Código Civil, acción para cuyo éxito la doctrina y la jurisprudencia exige una serie de requisitos;

- a) Un crédito a favor del actor que sea exigible y vencido.
- b) Un acto de disposición por parte del deudor que proporcione a un tercero ventaja o beneficio patrimonial.
- c) Que dicho beneficio a su vez suponga un perjuicio para el acreedor que ejercita la resolución.
- d) Que el deudor carezca de otros bienes con los que hacer frente a la deuda que se le reclama, y
- e) Que haya un acuerdo de voluntades entre el deudor transmitente y el tercero adquirente, de tal manera que puede deducirse que éste conocía el perjuicio que se quería ocasionar al acreedor.

Para determinar la existencia de un consilium fraudis entre el deudor que realiza el acto de disposición y el tercero adquirente, como lo que se trata de probar es la existencia de un engaño buscado, preparado y disimulado es necesario acudir para su acreditamiento a pruebas indirectas o indecisorias que lleven al juzgador a la apreciación de su realidad a través de la prueba de presunciones judiciales, ya que la simulación rara vez ha de presentar prueba directa de su existencia, dado que la propia intención y designio de las partes se alberga la voluntad de ocultación de aquello que no corresponde a la realidad y encubre una finalidad ilícita(sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril y 16 de septiembre de 1991, 29 y 11 de febrero de 1992, y de la Sección tercera de la Audiencia provincial de Murcia de fecha 20 de noviembre de 1990 y 7 de febrero de 1991).

La Administración concursal trata de poner de manifiesto la existencia del denominado consilium fraudis tendente a una ficción jurídica a través de acto simulado, con la única finalidad de defraudar y perjudicar los intereses de los acreedores de la entidad concursada con una serie de datos objetivos, a saber; la amistad entre los concursados y el adquirente, el precio abonado en metálico y por un precio inferior al de mercado, pero ninguno de estos datos ha sido acreditado, sino que por el contrario de lo actuado ha resultado probado que el acto de disposición del inmueble se efectuó por los concursados en un momento previo a la crisis económica, de la mercantil CONCENTRADOS Y PIENSOS S.L., de la que son socios y avalistas, y encaminado precisamente a evitar la crisis y no a defraudar las legítimas expectativas de sus acreedores.

Efectivamente, de las testificales de Don y D., a los que no les afectan las generales, ha resultado acreditado que los concursados les ofertaron la vivienda en cuestión por un precio prácticamente idéntico al que finalmente se fijó en la compraventa y si en esas ocasiones la venta no llegó a perfeccionarse fue porque los concursados precisaban culminarla con urgencia, con pago en metálico, con la finalidad de efectuar una inyección de capital a la empresa de la que son socios. Además, los actores incidentales han dado cumplimiento al postulado probatorio al que alude el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acreditando que el importe de la venta se destinó a la ampliación de capital de la mercantil COPINSA S.L. que el precio fijado para la compraventa fue correcto(pericial de don Antonio Sanchez Pérez) atendiendo a su

lamentable estado de conservación y a su ubicación, muy próxima a una subestación eléctrica que devalúa considerablemente su valor.
Tampoco ha sido acreditado que entre los Sres y y el Sr., del que se interesa su declaración de cómplice, medie otra relación que no sea la puramente comercial.
En consecuencia, procede estimar la demanda incidental de oposición a la consideración de cómplice del actor incidental del concurso seguido ante este Juzgado con el nº 26/04.": Sentencia JM-1 Murcia 31.01.2007 (Incidente Concursal 300/2006 y 192/2006).

3. Desaparición de parte de los bienes sin dar explicación satisfactoria

"Respecto a la desaparición de determinados bienes, es incuestionable que el deudor incluyó en el inventario de sus bienes y derechos presentados con la declaración de concurso, entre otros, los siguientes y con los valores de mercado que a continuación se indican:

Una traspaleta 300,51 euros.
Equipo serie C4 1S 2031,42 euros.
Carretilla 14.047,46 euros.
Vespa PX 200 1.737,03 euros.
Vehículo Nissan Primera 13.349,08 euros.
Vehículo Nissan Trade 14.605,00 euros.

Dichos bienes, sencillamente, han desaparecido sin que el deudor o el administrador hayan dado explicación satisfactoria sobre su destino, en tanto que afirmando que habían sido sustraídos, la única denuncia que obra unida a las actuaciones es la 8 de noviembre de 2004 que se refiere a documentos y material de la empresa como rollos o bobinas de papel sin incluir ninguno de los bienes antes relacionados y en el escrito presentado por el deudor con fecha 15 de abril de 2005, unido a la sección 1ª del concurso y que ni siquiera se ha traído a esta sección, se alude a una denuncia de 7 de marzo de 2005 no aportada con dicho escrito y que no consta en ninguna de las secciones del concurso ni, evidentemente, en ésta de calificación.

En definitiva, la desaparición de parte de los bienes del deudor sin dar explicación satisfactoria de la misma, determina la concurrencia de la presunción de concurso culpable del artículo 164.2.4ª de la LC, en tanto que implica un alzamiento en evidente perjuicio de los acreedores que ven reducida la posibilidad de satisfacción de sus créditos en el importe de realización de dichos bienes, sin que sea de recibo sostener ahora que se trata de mera chatarra sin valor alguno cuando en el inventario presentado con la solicitud se asignan los valores antes reseñados.": SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739)

- 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

Art. 164.2.5º

“¿Es posible aplicar el artículo 164.2.5º, cuando la acción rescisoria del art. 71 LC se haya desestimado?, ¿y si no se ha ejercitado?, ¿puede darse prejudicialidad civil, en los términos del artículo 43 LEC?.

La idea del legislador es la de desvincular los conceptos de perjuicio y fraude. Por tanto sí las acciones rescisorias no se basan en el fraude la respuesta a la primera y segunda cuestión debe ser afirmativa, y no cabe hablar de prejudicialidad. Únicamente en el caso del artículo 71.5 LC, cuando se trate de actos realizados en los dos años anteriores, tiene sentido el planteamiento de estas dudas, pero en este caso la situación habitual será la del ejercicio de acción de reintegración, que como hemos visto no se basan en el fraude.

¿Debemos tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales establecidos al interpretar los artículos 1111, 1291 y 1297 CC en la aplicación del artículo 164.2.5º?

Desde luego nada lo impide, y parece que resultarían plenamente aplicables para determinar el dolo del deudor, que aparece en las operaciones efectuadas en fraude de acreedores. "II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Segundo bloque – Presunciones de culpabilidad, 5)

1. La salida "fraudulenta" de bienes requiere dolo específico de eludir la responsabilidad

"tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal fundan la calificación del concurso como culpable en (...) la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor (artículo 164.2º, punto cuarto) (...) **TERCERO** También se advierte salida fraudulenta de bienes del activo. Es un hecho no controvertido que durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud del concurso, el demandado, Don Lucio, dispuso de fondos de la sociedad, cuando ya se encontraba incurso en causa de disolución, por un importe de 128.212,91 euros. La parte demandada admite la salida de bienes y no ofrece explicación alguna sobre su destino. Obviamente, por el principio de facilidad probatoria, al que alude el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la propia demandada incumbía la carga de acreditar el uso dado a las cantidades traídas de la empresa. El concepto de fraude, al que alude el artículo 165, se asemeja al fraude a acreedores del artículo 1291-3º del Código Civil, y habrá que entender incluido dentro de la órbita de aquel precepto cualquier acto o negocio jurídico de contenido patrimonial que produzca un menoscabo económico en la empresa, entendiéndose que existirá intención de defraudar cuando el deudor se percate que con la salida de bienes no le quedará activo bastante para saldar sus deudas. En el presente caso, atendida la situación patrimonial de la concursada cuando se produjo la disposición y el hecho de que la persona favorecida haya sido el propio administrador, permite concluir que el deudor ha incurrido en la conducta sancionada en el artículo 164.2º-5º. Por todo cuanto antecede el concurso debe calificarse como culpable. " : Sentencia JM-2 Barcelona 09.05.2006 (AC 2006/1469)

"CUARTO El segundo hecho que, según la Administración concursal, hace merecedor al concurso de la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA de la calificación de culpable, consiste en que ciertos bienes que se encontraban inicialmente en la sede de la entidad concursada sita en la calle Jorge Juan núm. 32 de Madrid y posteriormente depositados en un almacén de Valdemoro hubieran desaparecido. La Administración concursal entiende que dicha conducta se encuentra tipificada en el artículo 164.2.5º LC. No se pone en duda por ninguno de los intervinientes que ciertos bienes muebles -fundamentalmente ordenadores portátiles- que se depositaron en un almacén sito en Valdemoro cuando la entidad concursada abandonó el local que había constituido su domicilio social, desaparecieron. No deja de ser indicativo que la Administración concursal en el informe de calificación no impute a nadie la denunciada desaparición de bienes muebles. Esta circunstancia es relevante para denegar la calificación de culpable del concurso en virtud de tales hechos. Para llegar a esta conclusión debemos partir del tenor literal del artículo 164.2.5º LC. Según dicho precepto se calificará como culpable el concurso cuando "durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos". Son tres los requisitos que deben concurrir para activar tal causa de calificación: 1º.- que hayan salido bienes y derechos del patrimonio del deudor; 2º.- que se trate de una salida fraudulenta; 3º.- que se haya producido durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. A los efectos que nos interesan, el segundo de los requisitos indica que la salida de bienes y derechos pueda ser calificada de "fraudulenta". Con el término "fraudulento" se quiere indicar una especial disposición de ánimo en aquel que hace desaparecer los bienes. El que la Administración concursal no haya hallado indicios para imputar una actuación positiva en los administradores de Núcleos de Organización y Administración, SA en orden a imputarles la desaparición de bienes nos conduce a entender que lo único de lo que cabría hacerles responsables es de una conducta negligente en la custodia de tales bienes. El artículo 164.2.5º LC exige una conducta especialmente activa y dolosa en la desaparición de bienes, incompatible con un mero actuar omisivo y, en su caso, negligente.": SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

" En cuanto a la salida fraudulenta de bienes, la disminución de reservas voluntarias, en los ejercicios de 2.004 y 2005, sin contrapartida alguna o sin que la sociedad haya podido justificar su destino, ciertamente, implica un indicio de disposición indebida. Ahora bien, el artículo 164.2.5º, que tiene su precedente en el artículo 890.13º del Código de Comercio, exige un dolo específico del deudor de eludir su responsabilidad patrimonial. Es decir, para que concurra la presunción de culpabilidad previstas en aquel precepto, es necesario que se acredite una conducta del deudor tendente a producir o aumentar su propia insolvencia, todo ello con el propósito de dañar a sus acreedores. Es necesario, en definitiva, el conocimiento de la naturaleza lesiva del acto. Y entiendo que, en el presente caso, no puede tenerse por probada la malicia específica que exige la norma. Es más, no es descartable que la disminución de reservas obedezca a una

mala praxis contable; así, el perito Sr. Jose Ignacio, que ha realizado un informe a instancias de la concursada (documento ocho), llega a admitir la existencia de "atajos contables" al "reflejar gastos corrientes contra reservas", en lugar de pasarlos previamente por la cuenta de resultados.": SJM-2 Barcelona 19.01.2007 (JUR 2007/127794)

- 6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Art. 164.2.6º

"SÉPTIMO La administración concursal también pretende fundar la calificación de concurso culpable en el artículo 164.2.6º de la LC, al estimar que el deudor ha tratado de aparentar una situación patrimonial que no se ajusta a la realidad, alegando determinadas irregularidades en la contabilidad, pero esta presunción lo que sanciona es la realización de un acto jurídico tendente a simular una situación patrimonial ficticia y, desde luego, las circunstancias a las que se refieren las salvedades del auditor, no pueden incluirse en esta categoría, siendo absolutamente irrelevante, a estos efectos, que aquél no se haya podido satisfacer (por no haber presenciado la toma de inventarios físicos de las existencias) de la razonabilidad de las existencias, del corte de las operaciones o de la cifra de consumos de mercaderías, como tampoco integra esta presunción que en la contabilidad se haya procedido al saneamiento de activos intangibles no generadores de ingresos o que existan activos sobrevalorados etc..., cuestiones que tendrían acomodo en la presunción de irregularidad relevante en la contabilidad y que exigiría la prueba de dichas irregularidades para tomarlas en consideración.

Tampoco la omisión de la explicación del destino del precio de la venta de la nave en determinados documentos contables implica acto jurídico alguno tendente a simular una situación patrimonial ficticia. Por otra parte, la nave se vendió y se cancelaron los préstamos hipotecarios, por lo que ninguna relación guarda la venta de la nave con la presunción invocada y sin perjuicio de lo ya expuesto en el fundamento anterior al analizar esta operación.": SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739)

3. Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198.

Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

0. Alcance de estas presunciones

[Vid. Art. 164.1, Doctrina general]

- 1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

Art. 165.1º

1. Inaplicabilidad si se solicita el concurso voluntario dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la LC

"Tampoco cabe apreciar la presunción de dolo o culpa grave prevista en el artículo 165.1º de la Ley Concursal, esto es, el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso, en tanto que dicha obligación debe ponerse en relación con el artículo 5 de la citada Ley, y la solicitud de concurso voluntario se presentó el día 23 de septiembre de 2004, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004), sin que pueda retrotraerse esta obligación en los términos y con las consecuencias señaladas en la nueva Ley a situaciones anteriores a su entrada en vigor, en las que no existía esa obligación al configurarse la suspensión de pagos como una facultad o derecho del deudor (artículos 1 y 2 de la Ley de Suspensión de Pagos, y sin que tampoco la petición de quiebra voluntaria viniera

configurada como un deber tras la modificación del artículo 871 del Código de Comercio de 1885 por la Ley de 10 de junio de 1887, que suprimió toda referencia a la obligación del deudor de presentar su declaración de quiebra, lo que suponía la tácita derogación del artículo 889.2º del Código de Comercio que reputaba al quebrado culpable cuando no hubiera hecho su manifestación de quiebra en el término y forma que prescribe el artículo 871, que tras su reforma no imponía obligación alguna y ésta era la posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, por todas, sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984 (RJ 1984, 1968), con cita de las de 29 de octubre de 1929 y 16 de mayo de 1956 (RJ 1956, 2421), al declarar que «... a partir de la obra de la reforma de que hizo objeto el antiguo texto del artículo 871, quedó virtualmente suprimido y derogado el número segundo de citado artículo 889 y no cabe por tanto que pueda exigirse responsabilidad por su incumplimiento». ”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

“La Ley Concursal entró en vigor en fecha de 1 de septiembre de 2004 lo que nos lleva a entender que la citada solicitud debe partir de dicha fecha en cuanto al plazo recogido en el artículo 5 de la Ley Concursal. Si bien el conocimiento de la situación grave identificada y probada por la administración concursal era conocida con anterioridad, el plazo de dos meses ¿aplicando la irretroactividad de la norma de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9.3 LC? debe computarse desde esa fecha, lo que llevaría a que la solicitante incumple el referido plazo tan sólo por unos días.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

2. Aplicabilidad si no se solicita el concurso transcurridos dos meses desde la entrada en vigor de la LC

“TERCERO.- En cuanto al incumplimiento del deber de solicitar el concurso, debe recordarse que el artículo 5 de la Ley Concursal impone al deudor el deber de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, deber que, a juicio de la administración concursal, también fue incumplido. Y, sin perjuicio de su incidencia en la eventual responsabilidad en que hubiera incurrido el deudor -único extremo que, en realidad, cuestiona la concursada-, en línea con lo aducido por la administración concursal en su informe, cuando menos en diciembre de 2.004 el deudor sobreseyó de una manera general el pago de sus obligaciones, por lo que, teniendo en cuenta que el concurso se solicitó en septiembre de 2.005, también la concursada incurrió en la conducta sancionada en el artículo 165.1º”. SJM-2 Barcelona 19.01.2007 (JUR 2007/127794)

“SEGUNDO.- Sobre la falta de solicitud de concurso pese a la situación de insolvencia Dice el art. 164.1 LC que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o siendo persona jurídica, como acontece con la concursada, una sociedad limitada, de sus administradores o liquidadores de hecho o derecho.

La administración concursal, a quién siguió en su calificación el ministerio fiscal, sostiene en primer lugar que el concurso ha de declararse culpable por haber incumplido la sociedad concursada el deber de solicitar tal declaración conforme al art. 165.1 LC. En dicho precepto se presume la existencia del dolo o culpa grave al que alude el art. 164.1 LC, salvo prueba en contrario, si se hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso.

Es decir, que se dispone un sistema de presunción *juris tantum* que se fundamenta en la falta de solicitud de la declaración de concurso. Al respecto de los datos de hecho que se han puesto de manifiesto durante la tramitación del concurso se constata que éste fue solicitado por un acreedor y no por la propia concursada. De ahí infiere la administración concursal que, al menos desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el primero de septiembre de dos mil cuatro (DF 35 LC), surge la obligación de la concursada y su administración, obligación no satisfecha pues hasta que no se reclama por el acreedor instante del concurso necesario no se inicia el procedimiento concursal.

El fiscal niega la concurrencia de esta causa pues considera que la obligación del art. 165-1º LC no existía con anterioridad. En su opinión los derogados preceptos del Código de Comercio y la Ley de Suspensión de Pagos no disponían una obligación de solicitar la quiebra o suspensión de pagos, de manera que si se relaciona el nuevo precepto con el art. 5 LC se concluye que la obligación no puede retrotraerse a momentos anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal. A estos argumentos se suma la representación del administrador social de la concursada.

Ese argumento lo desmintió la propia administración concursal, que se ha cuidado de resaltar que el incumplimiento se produce una vez entra en vigor la Ley Concursal. No hay por lo tanto aplicación retroactiva del art. 165-1º, ya que desde el uno de septiembre

de dos mil cuatro la sociedad concursada se encontraba en situación de insolvencia, y dejó transcurrir dos meses sin solicitar la declaración de concurso. Es a partir del dos de noviembre de dos mil cuatro cuando la sociedad ha incumplido su obligación, porque habiendo entrado en vigor la nueva regulación concursal y padeciendo una situación de insolvencia, no solicita su declaración de concurso voluntario, que ha de ser instada por un tercero (folios 4 y ss de la secc. 6ª). No hay, en consecuencia, aplicación retroactiva de la norma.

Como se ha dicho antes, la presunción del art. 165 LC permite prueba en contrario, pero ninguna de las practicadas desmiente el supuesto de hecho al que la norma anuda la consecuencia de la presunción de dolo o culpa grave, uno de los requisitos precisos para calificar el concurso como culpable. ”: SJM-1 Bilbao 26.04.2007 (Concurso 50/2004)

3. Desvirtuación de la presunción. No causación ni agravación de la insolvencia.

“SEXTO El siguiente de los motivos en los que se basa la administración concursal para calificar el concurso de culpable es el retraso en la presentación del concurso. El art. 165 LC dice que «se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso, por su parte el art. 5.1 LC dice que «el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia». Esta presunción ha de ponerse en relación con la norma general del art. 164.1 LC según la cual el concurso se calificará como culpable «cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho». Los términos de aquella norma permiten presumir, salvo prueba en contrario, que la causa de la insolvencia de la sociedad, que ha motivado la presentación del concurso, ha sido la conducta gravemente negligente de sus administradores sociales en su gestión. Por lo tanto dicha presunción abarcar no solo a la negligencia de la conducta sino a la relación de causalidad entre dicha conducta y la insolvencia. El administrador podrá demostrar que la insolvencia no se debió a su gestión y sino a causas ajenas a la misma.

SÉPTIMO En este caso, tal y como se desprende del informe de la administración concursal, las causas de la insolvencia fueron tres, la primera un descenso en los pedidos, una sustancial reducción de los márgenes de beneficio y principalmente la cancelación de el proyecto GRISU solicitud por el cliente Equinord, de esta forma la propia administración concursal está destruyendo la presunción en lo que se refiere a la causación o agravación de la insolvencia, por lo que procede calificar el concurso de fortuito.”: SJM-4 Barcelona 11.12.2006 (AC 2007/440)

- 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.
- 3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Art. 165. 3º

1. Cuentas no formuladas por discrepancias entre administradores

“Por el contrario, sí es de aplicación la presunción de dolo o culpa grave prevista en el artículo 165.3º de la Ley Concursal en tanto que los administradores no formularon las cuentas del ejercicio 2003, lo que no sería imputable a don Darío por haber cesado el 31 de diciembre de ese año. Sin embargo, no cabe sostener en dicha presunción la declaración de culpabilidad en tanto que ha quedado acreditado que la falta de formulación de las cuentas obedeció a la discrepancia entre los otros dos administradores y además, no se ha acreditado que por tal circunstancia se haya agravado y menos aún generado la insolvencia, recordando que dicha presunción sólo

ampararía el elemento subjetivo del dolo o culpa grave. ”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

2. Depósito de cuentas tardío

2.1 Efectuado antes de la declaración de concurso

2.1.1 Enerva la presunción

“El Ministerio Fiscal alude a la falta de presentación en tiempo de las cuentas anuales lo que parece querer referirse al artículo 164.2.1º LC (su referencia es sólo 164.2º LC) en relación al 165.3º (su referencia es al artículo 165). Esta causa hemos de despreciarla no sólo por su no alegación expresa sino también porque lo que las normas sancionan no es un cumplimiento tardío sino el incumplimiento sustancial de esta obligación y por tanto incumplimiento en relación a la no formulación de las cuentas anuales o auditorías obligatorias o depósito en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. Aunque es cierto que el depósito se produce en febrero de 2004 respecto de los ejercicios 2001, 2002 y 2003 también lo es que a la fecha de declaración de concurso estaban depositadas y que por tanto no cumpliría la tipicidad de la norma.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

2.1.2 No enerva la presunción

“OCTAVO 1. Por último, alude la Administración concursal a la falta de depósito de las Cuentas Anuales de Núcleos de Organización y Administración, SA durante los ejercicios 2002 y 2003. No se pone en duda por ninguno de los intervinientes que las cosas fueron así desde 1999. La evidencia de tal hecho resulta del cierre de la hoja registral acordada por el Registrador Mercantil en aplicación del artículo 378 RRM. De acuerdo con el artículo 165.3º LC "se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario(...):(...)3º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso". Como hemos puesto de relieve desde el año 1999 hasta el año 2003 las Cuentas Anuales de la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA no fueron ni confeccionadas ni depositadas. La Administración concursal ciñe dicha responsabilidad a los tres años anteriores a la declaración de concurso (artículo 165.3º LC). Debemos partir de que el artículo 165 LC presume dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia cuando concurren algunos de los comportamientos en el mismo relacionados, presunción que lo es salvo prueba en contrario. Ello supone una suerte de inversión en la carga de la prueba, esto es, que aquel a quien se imputa la conducta presuntiva puede destruirla mediante su actividad probatoria. Caso de no realizar actividad probatoria al respecto o no tener virtualidad para destruir la presunción deberá considerarse que la conducta tipificada conlleva la declaración del concurso como culpable.

2. La conducta tipificada en el artículo 165.3º LC consiste en que el deudor obligado a ello bien no haya formulado las Cuentas Anuales, bien no las haya sometido a auditoría, debiendo hacerlo, bien no las haya depositado en el Registro Mercantil una vez aprobadas. Y ello con alcance a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. No hay duda que la responsabilidad de confeccionar y depositar en el Registro Mercantil las Cuentas Anuales de una sociedad corresponde a los administradores sociales (artículos 171 LSA [y 84 LSRL). El administrador social en los ejercicios en que debieron ser confeccionadas y depositadas las Cuentas Anuales de Núcleos de Organización y Administración, SA correspondientes a los ejercicios 2002 y 2003 fue la entidad ACUMEN BV. Esta fue designada administradora desde el día 13 de julio de 2001 hasta el mes de marzo de 2004 (interrogatorio de D. Narciso). Durante tal período, ACUMEN BV designó, «ex» artículo 143 RRM, a D. Luis Andrés como apoderado en España y en su virtud gestionaba la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA Precisamente dicho demandado afirmó en el acto de la vista que era consciente de que las Cuentas Anuales no se confeccionaban, y atribuyó tal falta a problemas de auditoría, aunque no concreto cuáles. En el escrito de oposición a la calificación del concurso como culpable, tanto D. Luis Andrés como ACUMEN BV afirman en relación con dicha causa que lo relevante no es que durante el período aludido se dejaran de confeccionar y depositar las Cuentas Anuales -lo que, como hemos dicho, se reconoce- sino que en el momento de declararse el concurso tal defecto había sido subsanado -lo que tampoco nadie discute-. No puede admitirse tal tesis. Habida cuenta del fin que la Ley atribuye a las Cuentas Anuales tanto por la información

interna que proporcionan como la externa, es obvio que en la causación o agravamiento de la insolvencia tiene importancia relevante la omisión de la confección y depósito de las Cuentas Anuales en el momento en que debió llevarse a cabo. Por un lado, porque su conocimiento pudo alertar al órgano de administración y aconsejar la adopción de ciertas decisiones (vid. p.e. artículos 262 LSA y 105 LSRL); y por otro, porque los proveedores y los clientes hubieran podido a su vista adoptar determinadas conductas que la ignorancia de tales Cuentas no les permitió. De ahí que la conducta relevante sea la omisión de la confección y depósito tempestivo de las Cuentas Anuales, y sea irrelevante el que, en el momento de la declaración del concurso se hubiera subsanado el defecto. Sin embargo, no podemos olvidar que nos encontramos ante una presunción iuris tantum de culpabilidad. Si el administrador que omitió su obligación de confeccionar y depositar las Cuentas Anuales acreditase debidamente que tal omisión ha sido irrelevante a los efectos de generar o agravar el estado de insolvencia de la concursada, tal omisión debería considerarse irrelevante a los efectos de la declaración de culpabilidad. Pero este no ha sido el caso, por lo que el concurso merece el calificativo de culpable por tal causa.”: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

2.2 Efectuado después de la declaración de concurso

“TERCERO.- Sobre la falta de depósito de las cuentas anuales

En segundo lugar considera la administración concursal aplicable el apartado 3º del art. 165 LC, puesto que entiende que las cuentas anuales de los ejercicios 1998 a 2003, ambos inclusive, no fueron depositadas hasta el primero de febrero de dos mil cinco, ya declarado el concurso, lo que supone la concurrencia de la circunstancia que describe dicho precepto.

En este caso, igual que en el anterior, cabe acreditar lo contrario, de manera que la concurrencia del presupuesto de hecho no genera automáticamente, como en el art. 164.2, la presunción de dolo o culpa grave.

El presupuesto del art. 165-3º LC es que las cuentas anuales no se formulen, no se sometan a auditoría debiendo hacerlo, o una vez aprobadas, no se hubieran depositado en el registro mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. Esa previsión conecta directamente con la del art. 84 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), que en todo lo relativo a cuentas anuales se remite a su vez al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA).

En ésta se dispone que son los administradores sociales los que han de formular las cuentas en el primer trimestre a partir del cierre del ejercicio social (art. 171.1), convocar la junta para su aprobación (arts. 95 y 212.1) y depositarlas una vez aprobadas (art. 221.1).

Pues bien, en este caso consta que las cuentas anuales de los ejercicios 1.998 a 2.003 fueron depositadas el primero de febrero de 2.005, es decir, una vez declarado el concurso. El administrador afectado por la calificación lo reconoce y no ha dado explicación alguna a tal retraso, cumpliéndose los requisitos del art. 165-3º LC, que sitúa el incumplimiento en "*alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso*". La norma lo que hace es disponer la presunción de dolo o culpa grave, salvo que se pruebe su falta, si el incumplimiento se produce antes de la declaración de concurso, de manera que no desaparece el incumplimiento, y las consecuencias que tiene aparejado, si después de tal declaración se produce el depósito de las cuentas, como es el caso.

El cumplimiento tardío del depósito no permite desvirtuar la presunción legal. No se produjo en un ejercicio, sino que fue sistemático desde 1.998 hasta la declaración de concurso. Además no se subsana antes de la declaración de concurso, sino un mes después de declararse, es decir, precisamente como consecuencia de tal declaración.”: SJM-1 Bilbao 26.04.2007 (Concurso 50/2004)

Artículo 166. Cómplices.

Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

1. Complicidad de las sociedades del grupo y sus administradores

“2.- ¿Es aplicable el concepto de complicidad del artículo 166 de la Ley Concursal a sociedades del mismo grupo que la concursada?”

El art. 166 prevé la consideración de cómplices de las personas que con dolo o culpa grave hubieran cooperado con el deudor, sus representantes legales o, caso de ser persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, a la realización de cualquier acto en el que se base la calificación del concurso como culpable. Pues bien, cuando la sociedad concursada está integrada en un grupo, tanto las sociedades integrantes del grupo como sus administradores podrán ser declarados cómplices del concurso calificado como culpable cuando hubieran cooperado con la sociedad deudora a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. Por ejemplo, mediante negocios sobre las acciones de otra sociedad del grupo, que la normativa societaria, tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley del Mercado de Valores, equipara a los negocios sobre las propias acciones y respecto de los cuales establece serias restricciones, puesto que tales operaciones pueden haber provocado o agravado la insolvencia de la sociedad concursada, perjudicando a ésta en beneficio de otras sociedades del grupo; o puede haber existido una cooperación por parte de otros integrantes del grupo societario en la simulación de una situación patrimonial ficticia de la sociedad deudora.

Ha de tenerse en cuenta que varios de los supuestos que el art. 164.2 de la Ley Concursal prevé como determinantes “en todo caso” del carácter culpable del concurso son actuaciones que responden a patologías típicas de los grupos de sociedades, en las que pueden cooperar otras sociedades del grupo o sus administradores. Así sucede, por ejemplo, con la consistente en que durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (art. 164.2.5º de la Ley Concursal), o que antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6º de la Ley Concursal). “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Cuarto bloque.- Calificación y grupos de sociedades, 2)

“CUARTO La administración concursal y el Ministerio Fiscal y los demás personados consideran que deben imputarse como cómplices a Sociedad de Inversiones y Promociones Turísticas (Sipsa), Hoteles Europeos, SA y Atalaya Golf y Country Internacional SA.

La complicidad se recoge en la Ley Concursal a partir del artículo 166 en donde se señala que «se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

Se exige por lo tanto que:

1º. Dichas personas hayan actuado con dolo o culpa grave.

2º. Que hayan cooperado con el deudor o sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados.

3º. Que se realice cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

Entendemos aplicable el criterio irretroactivo respecto de dichos actos entendido a partir de la entrada en vigor de la Ley concursal cuyo análisis ya hemos plasmado respecto de los actos que tienen un tracto sucesivo o cuyos efectos continúan en el tiempo.

El criterio de cooperación debe partir de posturas diferentes a las adoptadas por el derecho penal no sólo por la distinción entre los diferentes ordenes sino porque partimos de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso pero si con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere por tanto la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave que permite también la calificación del supuesto a partir de conductas como el encubrimiento. La cooperación no puede entenderse limitada a una cooperación esencial o necesaria puesto que partimos tanto de actos u omisiones que funden la calificación del concurso como culpable y por tanto que se refieran tanto a la generación como a la agravación del estado de insolvencia o, en su caso, a la participación dolosa o con culpa grave en cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 164.2 de la Ley Concursal.

La administración concursal ha querido partir de la calificación de los créditos de los que señala cómplices (entre otros supuestos) para entender que su inclusión en los supuestos del artículo 93 LC conlleva necesariamente esta calificación de complicidad. Sin embargo entendemos que dicho precepto debe quedar limitado a dicha calificación crediticia y que en el análisis de estas actuaciones debemos partir de lo previsto en el artículo 166 LC.

A parte de ese elemento común que la administración concursal identifica con el grupo societario que se justifica en las sentencias referidas de calificación en hechos y en la parte de súplica sólo se refiere a Sipsa como aquella que ha intervenido en determinados actos que sirven para motivar la declaración del concurso como culpable.

Al margen de que posteriormente ¿lo que se analizará en su momento? la petición respecto de esta última solo se concreta en daños y perjuicios respecto de las deudas laborales y sus correspondientes tributaciones o cotizaciones es evidente que partimos de hechos muy concretos en la participación de Sipsa:

1º. Es Sipsa la que suscribe un contrato de arrendamiento con la concursada y que reconoce que no se entregó en debidas condiciones para resultar explotado con su categoría. Este hecho es también reflejado por la administración concursal en su informe y por la concursada en la memoria presentada al concurso. Dicha circunstancia se mantiene tras la entrada en vigor de la Ley concursal y de la declaración del concurso amparándose en una reclamación contra el anterior arrendatario que no termina de ver su fin y sin que la propiedad haga nada para subsanar debidamente dichos defectos.

2º. Es Sipsa la que en el contrato de arrendamiento concierta en el pago de las indemnizaciones derivadas de un personal que nunca debió asumirse por la concursada y la que, tras la entrada en vigor de la Ley concursal, se niega ¿obligando a los trabajadores a acudir a juicio? a pagar las indemnizaciones que a estos le corresponden tanto por los supuestos de extinción o despido decretados por los juzgados de lo social como por la derivada del expediente de regulación de empleo que se tramitó dentro del concurso. A día de hoy siguen pendientes, como señala la administración concursal, los créditos laborales por dichas extinciones.

3º. Es Sipsa la que entrega un hotel con personal que asume la concursada en una componenda entre ambas resultando que, a partir de las condiciones en que se entrega dicho hotel, era prácticamente imposible asumir los costos de estos por la nueva sociedad sin el apoyo de la arrendadora.

4º. Es Sipsa la que niega, en el acto de conciliación instado por la administración concursal, la existencia de cuantiosas deudas (ya relatadas) que aparecían en el inventario de la concursada referidos a otros bienes y derechos, pero, aún siendo también acreedora de la concursada no se persona en un primer momento y no impugna la masa activa lo que evidencia que ¿aunque la niegue? realiza un reconocimiento tácito de dichos créditos de los que deriva, de ser computados una situación diferente y más ventajosa que la que se derivaría de su no computación en la masa activa. Esta concreta causa de complicidad ya se recogía en el derogado artículo 893.2 del Código de Comercio de 1885 por cuanto se sancionaba como cómplices a los confabulados con el quebrado respecto de créditos supuestos, aumento del valor de los mismos o sostenimiento de esta suposición en el examen de calificación. Y esto es lo que ha realizado Sipsa con su actitud pasiva determinando la existencia de créditos contra ella que han ido a parar a la masa activa, sin oponerse ni impugnarla, y sin negarla en ningún momento ni tan siquiera en el momento de oposición en donde señala una presunta compensación respecto de la renta y los gastos abonados por la restauración del hotel.

Por lo tanto Sipsa es partícipe y cómplice directa de determinados actos que motivan la declaración y agravan la situación de insolvencia pues no asumiendo voluntariamente la responsabilidad que había asumido respecto del personal de Rowasblu no atiende a esta responsabilidad en el momento en que se produce el hecho del despido o la extinción aligerando la situación de insolvencia y, por tanto, agravándola. Participa activamente y la mantiene a lo largo de la vida de la concursada, tras la declaración del concurso y después de la entrada en vigor de la Ley concursal no subsanando los defectos evidentes que son reconocidos respecto de las necesidades de reforma del hotel para ser explotado como de su categoría. Es Sipsa la que niega en el acto de conciliación deudas que son parte de la masa activa del concurso y que en ningún momento ha impugnado y que agravan evidentemente el estado de insolvencia sin venir a reparar dicha situación. La negación en acto de conciliación y la contraria posición en el concurso respecto de la no impugnación de dicho inventario pone de manifiesto que existían obligaciones indemnizatorias que la misma no ha cumplido voluntariamente y que ha mantenido indeterminadas y pendientes tras la entrada en vigor de la norma y la declaración del concurso.

Nos encontramos, por tanto, en una cooperación directa y dolosa por voluntaria en cuanto a la aptitud pasiva y obstructiva que ocupa la citada sociedad (Sipsa) que han servido para calificar, en su totalidad, la declaración del concurso como culpable.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

CAPÍTULO II - De la sección de calificación

SECCIÓN 1 - DE LA FORMACIÓN Y TRAMITACIÓN

Artículo 167. Resolución Judicial.

1. La formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe un convenio con el contenido previsto en el número 1.º del apartado 1 del artículo 163, o en la que se ordene la liquidación a que se refiere el número 2.º del apartado 1 del artículo 163.

La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiere presentado el deudor con su solicitud o a requerimiento del juez, y del auto de declaración de concurso.

2. Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1.º del apartado 1 del artículo 163 y, con posterioridad, éste resultare incumplido, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar:

- 1.º Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.
- 2.º En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este capítulo que le sean de aplicación.

Artículo 168. Personación de interesados.

1. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que, conforme a lo establecido en esta Ley, se hubiere dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.

Art. 168.1

1. "... cualquier acreedor..."

"3.-Los acreedores que pueden personarse en la sección de calificación, conforme al artículo 168.1, ¿son los incluidos en la lista definitiva de acreedores, o cualesquiera acreedores, como acreedores contra la masa, o acreedores no incluidos o incluso excluidos expresamente de dicha lista?

Habida cuenta que el artículo 168.1 habla de "cualquier acreedor", debe hacerse una interpretación amplia del concepto de acreedores a estos efectos, y por tanto considerar legitimados para comparecer y ser parte en la sección de calificación tanto a los acreedores concursales integrados en la lista elaborada por la administración concursal y aprobada por el juez, como los acreedores contra la masa e incluso los acreedores no incluidos en la lista por no haber comunicado su crédito dentro del plazo legal, pero que pueden acreditar su condición de tales. "II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Tercer bloque.- Tramitación procesal de la sección, 3)

2. Alcance de la intervención

2.1 Mera coadyuvación

"1.- Dado que las partes personadas en la sección de calificación pueden alegar por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable (artículo 168.1), pero a su vez sólo el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal tienen virtualidad para la calificación (artículo 170), ¿qué alcance tienen las alegaciones de las partes personadas?

Las partes que se personan en la sección, dado que no pueden formular escrito de pretensiones que pueda condicionar la calificación en contra del dictamen de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, son simples coadyuvantes, que pueden "sugerir" el sentido de la calificación, pero no mantenerla. Si el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal fueran coincidentes en calificar el concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones sin más trámite, mediante auto irrecurrible (artículo 170.1). Esta previsión tan automática es criticable, puesto que tiene pleno sentido si las únicas partes personadas son la administración concursal, el Ministerio Fiscal y el deudor, pero en aquellos casos en que, conforme al artículo 168 de la Ley Concursal, se hayan personado otros interesados, si los mismos postulan una calificación de culpabilidad, su pretensión quedaría sin respuesta expresa, lo que en la práctica

supone someter “ex lege” al auto que se dicta a una incongruencia omisiva.”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Tercer bloque.- Tramitación procesal de la sección, 1)

2.2 Intervención como parte

“SEXTO Respecto de la afectada, administradora única, la administración concursal se limita nuevamente a requerir que se la condene como tal sin solicitar para ella ninguna condena derivada de lo previsto en el apartado tercero del artículo 172 LC. En concreto se refiere a los cómplices respecto de la condena solicitada respecto del pago de los créditos concursales que no puedan ser satisfechos con la masa activa.

El Ministerio Fiscal ni siquiera solicita dicha condena.

Es únicamente, en representación de los trabajadores, el Sr. Del Prado Álvarez el que expresamente solicita, respecto de la administradora la condena a pagar el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa los acreedores.

La posición mantenida por los llamados «interesados» en al artículo 168 LC ha de partir, necesariamente en nuestro derecho de la posición que la Ley rituaría les permite y esta no puede ser otra, dada la naturaleza del procedimiento de calificación, que la de intervención voluntaria si bien con las matizaciones que recoge la Ley concursal limitando su participación para el caso de que el titular de la acción (administración concursal o Ministerio Fiscal) soliciten la declaración del concurso como culpable. Esto hace que el mismo sea considerado como parte en el proceso a todos los efectos (13.3 LECiv) defendiendo las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule.

Aunque la Ley concursal se refiere expresamente a alegaciones sobre aquello que «considere relevante para la calificación del concurso como culpable» la interpretación ha de ser extensiva respecto de los intereses más arriba señalados y permitiendo, por tanto, que dicha alegación se manifieste respecto de todos y cada uno de los apartados sobre los cuales deba pronunciarse la Sentencia de calificación (172 LC).

Por tanto y aún en el supuesto ¿que no es el caso? de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal no hubieran partido de supuestos de afectación o complicidad (y siempre que alguno de estos hubiere calificado el concurso como culpable) entendemos que cualquier interesado podrá formular dichas afectaciones o imputaciones de complicidad y deberá entrarse a analizar sobre el referido aspecto.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

3. Gastos de la intervención: corren a cargo del interesado

“2. ¿Qué ocurre con las costas generadas por dicha intervención: son incluíbles en la tasación, se abonan con cargo a la masa?”

La Ley no aclara si los interesados que se personen en la sección de calificación tienen algún derecho a ser reintegrados de los gastos que ello les genere. Ante este silencio legal y por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe entenderse que la intervención en la sección sexta de los acreedores u otras personas con interés legítimo deberá hacerse a sus expensas, sin posible derecho a ser reintegrados por la masa de los gastos del juicio ni de las costas, cualquiera que fuesen los resultados de su actuación procesal (respecto de la legislación anterior, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de febrero, 4 de marzo y 13 de abril de 1988). “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Tercer bloque.- Tramitación procesal de la sección, 2)

2. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la última publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

Artículo 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal.

1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

2. Una vez unido el informe de la administración concursal, se dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.

Art. 169.2

1. Improcedencia de la solicitud del fiscal de que se requiera a la AC la emisión de un informe.

“PRIMERO Sobre la petición del fiscal

El fiscal ha planteado en el dictamen al que se refiere el art. 169.2 la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) una petición que no contempla la norma, que consiste en requerir a la administración concursal a fin de que emita informe razonado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso.

La pieza sexta, formada como consecuencia de que en el auto que pone fin a la fase común se acuerda la liquidación de la sociedad, está configurada legalmente para la calificación del concurso como fortuito o culpable, determinando en este último caso las eventuales responsabilidades que pudieran existir y las consecuencias que determina el art. 172 LC.

Para ello se dispone, en primer lugar, que se forme con testimonio de la resolución judicial que acuerda la finalización de la fase común, el auto de declaración de concurso junto con la solicitud y la documentación acompañada por el deudor o la que el juez hubiera requerido (art. 167.2 LC). Se trata por tanto de una información voluminosa, que en este caso ha dado lugar a dos piezas y numerosos folios.

El siguiente trámite consiste en que se oiga a acreedores y personas que pudieran acreditar interés legítimo, que podrán alegar cuanto estimen relevante para la calificación del concurso como culpable (art. 168 LC). Se facilita así, dado que se restringe su legitimación para calificar el concurso, una oportunidad procesal de informar a la administración concursal y el fiscal, únicos legitimados para plantear calificación, de cuanto se considere relevante para avalar la calificación de concurso culpable.

En este caso nadie evacuó tal alegación, por lo que el juzgado procedió a verificar el trámite de informe por la administración concursal, tal y como ordena el art. 169.1 LC. En el término concedido, la administración concursal entiende que el concurso merece la calificación de fortuito. Luego se hace otro tanto para que el fiscal emita dictamen, conforme al art. 169.2 LC, y en el mismo no se propone calificación, sin que se afirma que "atendiendo al informe emitido por el administrador en el concurso referenciado se puede observar que el mismo carece de los elementos necesarios para que por parte del Ministerio Fiscal se pueda emitir el correspondiente informe", alegando que no se pronuncia sobre aspectos básicos para la calificación del concurso como fortuito.

Sin embargo el fiscal no ha de calificar el concurso por lo que sostenga la administración concursal en su informe, sino por el conjunto de datos documentales, bien extensos, con los que se constituye la pieza de calificación. Tiene a su disposición la solicitud de concurso, la documentación que se acompañó por el deudor, las ampliaciones que se solicitaran en su caso por el juzgado para admitir la declaración, el auto que declara la situación de concurso, el auto que pone fin a la fase común y abre la de calificación, las alegaciones de los acreedores o personas que acrediten interés legítimo y el informe de la administración concursal. Es con ese conjunto de datos, que ha tenido a su disposición, debe proceder a la calificación.

De hecho la Ley Concursal posibilita que la calificación de administración concursal y ministerio público sean diferentes (art. 170.2 y ss), aún cuando hay que admitir que las alegaciones de la administración concursal, igual que la de los acreedores e interesados, pueden ser muy relevantes.

Es conveniente aclarar que, en general para toda pieza de calificación, las alegaciones se concretan, pudiendo sin duda ampliarse -aunque no modificar las bases legales de la calificación culpable- en la vista prevista a que dará lugar la tramitación como incidente concursal que establece el art. 171.1 LC, en relación con el art. 194.4. Es en ese momento cuando pueden ampliarse las alegaciones, proponerse y practicarse la prueba que se declare pertinente y, en consecuencia, garantizar las posibilidades procesales de las diferentes partes personadas en la sección.

No hay razón alguna para retrotraer las actuaciones, como se pretende, para que la administración concursal informe sobre lo que se solicita. El sistema de control de responsabilidad de la administración concursal está previsto de forma diferente, a través de las normas que regulan su estatuto jurídico en los arts. 34 y ss. y de la exigencia de rendición de cuentas en la fase de conclusión del concurso en el art. 181 LC.

Todo ello supone que no haya fundamento legal para acceder a lo solicitado, por lo que precluido el trámite de calificación del concurso y que, como dispone el art. 169.2 LC, se entienda que no se ha emitido dictamen por el Fiscal, lo que supone que no se opone a la propuesta de

calificación que ha hecho la administración concursal.”: Auto JM-1 Bilbao 13.04.2007 (AC 2007/500)

3. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

Art. 169.3

“La propuesta formulada por los administradores debe basarse en un informe “documentado” y “razonado”; es decir, no basta con que la administración concursal argumente su propuesta, sino que debe justificarla con documentos que acrediten los hechos en que basa su calificación. A tal efecto, es admisible que la administración se remita a su propio informe que emitió a tenor de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Y en todo caso, esta justificación documental no será la única prueba que pueda tenerse en cuenta, puesto que si mediara oposición se tramitará un incidente concursal, en el que podrán proponerse y practicarse todo tipo de pruebas. Por el contrario, la Ley no dispone ningún requisito de contenido respecto del dictamen del Ministerio Fiscal, salvo lo previsto para el supuesto de que la sección de calificación se abriera o reabriera a consecuencia del incumplimiento del convenio específicamente gravoso, en cuyo caso se establece que ha de hacerse mención a las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable (artículo 169.3). Aunque la falta de especificación legal concede una evidente libertad de forma al Fiscal para la redacción de su dictamen de calificación, parece también claro que, como mínimo, deberá contener una propuesta de resolución en relación con la conducta del deudor, y caso de estimarse que es culpable, una identificación de las personas afectadas, tanto a título principal como en calidad de cómplices. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Tercer bloque.- Tramitación procesal de la sección, 4)

Artículo 170. Tramitación de la sección.

1. Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.

Art. 170.1

“El art. 170.1 LC dispone que si el informe de la administración concursal y el dictamen que en su caso hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.

No ha habido calificación de concurso fortuito en el caso del Fiscal, pero tampoco se ha calificado en el término que señala el art. 169.2 LC, por lo que, como dice tal norma, “se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación”.

De esta manera la Ley aboca inexorablemente al archivo de la sección de calificación, que se produciría incluso si hubiera escritos de los acreedores interesados poniendo de manifiesto datos que hubieran podido analizar en sus respectivos informe y dictamen la administración concursal y el ministerio público. No obstante en este caso ninguno de los interesados hizo alegación, la administración concursal lo califica de culpable [fortuito] y el fiscal no califica.

En definitiva, procede el archivo de esta sección de calificación, aunque habrá que precisar que no se cerrará la posibilidad de recurso, puesto que el art. 170.1 LC lo veda si coinciden en calificar como fortuito administración concursal y fiscal, lo que no es el caso.”: Auto JM-1 Bilbao 13.04.2007 (AC 2007/500)

2. En otro caso, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad.

3. A quienes comparezcan en plazo se les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieran con posterioridad al

vencimiento del plazo, se los tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieren, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

Artículo 171. Oposición a la calificación.

1. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente.
2. Si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.

Artículo 172. Sentencia de calificación.

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamenta la calificación.
2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:
 - 1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

Art. 172.2.1º Personas afectadas por la calificación

0. Concepto de "personas afectadas por la calificación". Incompatibilidad con la condición de cómplices

“Y ello fundamentalmente porque la Ley contrapone los conceptos de "personas afectadas por la calificación" a la de "cómplices". El concepto de "personas afectadas por la calificación" es utilizado desde un prisma técnico-jurídico, no vulgar. De esta manera observamos que el artículo 170.2 LC al referirse al emplazamiento en la Sección Sexta alude a "todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices", señalando con claridad que nos hallamos ante dos grupos de individuos diferenciados lo que permite adscribirlos a uno o a otro. La misma distinción resulta del artículo 172.2.1º y del 172.2.3º LC. Del tenor de tales preceptos resulta que aquellos sujetos en los que concurren los requisitos para ser declarados "personas afectadas por la declaración" no pueden ser considerados cómplices, y a la inversa. Y aunque la Ley no relaciona los sujetos que pueden ser integrados en cada uno de los dos grupos a los que estamos aludiendo, lo cierto es que el artículo 172.2.1º LC contiene algún indicio al respecto. Dicho precepto dispone que "si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición". De ahí que, tratándose de personas jurídicas concursadas, para poder ser considerada "persona afectada por la calificación" es menester que al menos se haya ostentado la condición de administrador o liquidador. Abunda en esta dirección el artículo 172.2.2º que al regular la pena de inhabilitación establece que la misma alcanza a la posibilidad de "administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio", sanción que obviamente debe estar relacionada con la función que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable. Por el contrario, el artículo 166 LC al conceptuar al cómplice dice que serán considerados como tales aquellos que "hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable". Este último precepto diferencia con claridad tres grupos de sujetos: 1.- el deudor concursado; 2.- las personas afectadas por la calificación; y 3.- los cómplices. Y como acabamos de ver, estos últimos se caracterizan por haber colaborado con el concursado o con las personas afectadas por la calificación a realizar actos que hayan dado lugar a que el concurso se califique como culpable. Todo ello coadyuva a pensar que quien puede ser considerado como "persona afectada por el concurso" no puede tener jamás la condición de cómplice. De ahí que siendo procesalmente incorrecto intentar en la vista modificar la condición atribuida en el

informe de quienes fueron considerados "personas afectadas por la calificación" para pasar a considerarlos cómplices, la frustración de la posibilidad de realizar dicho cambio pone en evidencia que las entidades Grupo de Prensa 33, SL y Willwell Spain, SL, que según la Administración concursal habían colaborado a realizar actos que hacen merecedor al concurso de la calificación de culpable, deben ver como sólo por la razón expuesta quedan excluidas de la petición formulada por la Administración concursal, habida cuenta del reconocimiento que las aludidas manifestaciones suponen de que nunca pudieron ser consideradas "personas afectadas por la calificación".: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

"La Ley concursal no concreta exactamente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, las únicas personas que pueden ser afectadas por la calificación son sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación.

En el supuesto enjuiciado es obvio que la persona afectada por la calificación es don Juan María, en su calidad de administrador único de la sociedad concursada.": SJM-5 Madrid 17.07.2006 (AC 2007/739)

1. Administradores de hecho de la sociedad deudora. Concepto. Caso en que lo son su sociedad dominante o los administradores de ésta

"4.- ¿Una sociedad del mismo grupo puede ser considerada administrador o liquidador de hecho de la concursada?

La sociedad dominante o su administrador, o el administrador del grupo propiamente dicho, pueden ser considerados como administrador o liquidador de hecho de la concursada, y, por tanto, alcanzarle la sentencia de calificación del concurso como culpable, no ya como cómplices, sino como personas directamente afectadas por la calificación, es decir, autoras principales de las actuaciones que, con dolo o culpa grave, determinaron o agravaron la insolvencia de la sociedad filial concursada, con sus consecuencias de devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente, pérdida de derechos frente a la concursada, indemnización de daños y perjuicios y pago total o parcial a los acreedores de la parte de sus créditos no percibida en la liquidación de la masa activa. Debe recordarse que en estos casos el art. 172.2 de la Ley Concursal impone al juez del concurso la obligación de motivar en la sentencia la atribución de tal condición de administrador o liquidador de hecho a la sociedad matriz o a su administrador.

La condición de administrador o liquidador de hecho ha de conectarse con lo que se ha denominado la "difusión del poder de la empresa". Dicho poder no reside ya únicamente en quien, conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social, el administrador societario de derecho. Ha de estarse más a la "funcionalidad" que a la "formalidad", a quien detenta el poder real de la sociedad más que a quien aparece formalmente investido del mismo, y hacer responder a quien funcionalmente detentaba tal poder real.

Cuatro características esenciales puede entenderse que caracterizan al administrador de hecho:

- 1º) La ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento
- 2º) El carácter sistemático, no meramente puntual, del ejercicio de funciones de administración
- 3º) El desempeño de funciones propias de los administradores legales
- 4º) Su ejercicio autónomo efectivo, cuyo objeto no tiene por qué ser propiamente la marcha cotidiana de la empresa, sino que puede versar sobre la adopción de decisiones estratégicas, la determinación del destino de la sociedad.

La existencia de un grupo de sociedades implica la existencia de un "interés de grupo" al que responde la "unidad de decisión" que caracteriza tal figura. Y significa que además de unos administradores de cada una de las sociedades que integran el grupo, hay otros que dirigen el grupo en sí, adoptando las decisiones estratégicas que afectan a todas y cada una de las empresas integrantes del mismo, y que incluso pueden incidir en mayor o menor grado en la adopción de otras decisiones que afectan a la marcha cotidiana de esas empresas del grupo, restando autonomía, en mayor o menor grado, según sea el grado de centralización del grupo, al ámbito de decisión de los administradores "formales" de las empresas del grupo (que si carecen de cualquier autonomía pueden llegar a ser considerados como "testaferros" u "hombres de paja"), razón por la cual pueden ser considerados como administradores de hecho de las

empresas filiales.

Puede entenderse, a efectos de la sección de calificación, que el administrador de hecho de la sociedad filial concursada ha sido la propia sociedad dominante, pese a que la misma, como tal persona jurídica, ha de actuar a través de una persona física, su administrador o administradores de derecho o de hecho, cuando éstos hayan actuado como representantes de la sociedad dominante, es decir, en defensa de los intereses de dicha sociedad dominante o del interés de grupo, y cuando la actuación de la sociedad concursada determinante de la provocación o agravación de la insolvencia se haya realizado en cumplimiento de las órdenes o directrices emanadas de la sociedad dominante. La sociedad dominante no podrá considerarse como administrador de hecho de la sociedad filial concursada cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en su propio y exclusivo interés, cuando las instrucciones o directrices recibidas por la sociedad concursada no tienen un carácter "orgánico" pues no han sido adoptadas respetando las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de los órganos societarios y no pueden por tanto considerarse propiamente como la voluntad de la sociedad dominante, en cuyo caso serán estas personas físicas, y no la sociedad dominante, quienes tendrán la consideración de administradores de hecho de la sociedad filial concursada. Y si la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable ha sido adoptado por el órgano de administración de la sociedad concursada dentro de su ámbito de autonomía de decisión, no afectado por su inserción en el grupo, no puede realizarse extensión de responsabilidad alguna fuera de los órganos de administración "de derecho" de la sociedad concursada. De todas formas, hay que tener en cuenta que en la sección de calificación no se puede dictar una sentencia declarando afectada por la calificación del concurso como culpable, o cómplice, en base a una mera responsabilidad objetiva, sino por culpa. Hay que estar, en consecuencia, a la determinación de quién ha realizado la actuación que se considera (bien porque se trate de una de las presunciones *iuris et de iure*, bien una presunción *iuris tantum* no desvirtuada, o bien porque así es valorada en la sentencia aun no estando incluida en esa relación de presunciones legales, que entiendo que no tienen un carácter cerrado respecto de los supuestos determinantes de la calificación del concurso como culpable) como causante de la insolvencia o de su agravamiento con dolo o culpa grave. Por ello ha de estarse a las concretas circunstancias del grupo, a su mayor o menor grado de centralización y, por tanto, a si la actuación ha de imputarse al administrador, formal o de hecho, de la sociedad filial concursada, por entrar dentro de su ámbito de autonomía de decisión, o si también puede imputarse, en exclusiva o de modo compartido, a la sociedad dominante, como administrador de hecho de la sociedad concursada, o a los administradores de aquella. Además, la extensión de la responsabilidad fuera de los órganos "formales" de la sociedad concursada integrante del grupo no significa necesariamente la exculpación de los administradores "formales" de dicha sociedad, si los mismos, por acción u omisión, han intervenido en las citadas actuaciones determinantes de la calificación del concurso como culpable, sin que pueda ser admitida una exculpación por "obediencia debida" u argumento similar. ": II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Cuarto bloque.- Calificación y grupos de sociedades, 4)

2. Administradores que formularon las cuentas determinantes de la declaración de concurso culpable

"La Ley concursal no concreta exactamente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, las únicas personas que pueden ser afectadas por la calificación son sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación.

En el supuesto enjuiciado el órgano de administración de la sociedad concursada era un Consejo de Administración integrado por un mínimo de tres miembros y siete como máximo.

Mediante acuerdo de la Junta General de fecha 5 de julio de 2000, se designó consejeros por el plazo de cinco años a don Rodrigo, doña Lina y a don Darío, que reunidos en Consejo de Administración en la misma fecha designaron como presidente a don Rodrigo y como vocales a los otros dos, delegando de forma mancomunada en don Rodrigo y doña Lina, de forma mancomunada, todas las facultades del Consejo salvo las indelegables (folios 663 a 672). Los cargos fueron renovados en Junta General y Consejo de Administración celebrado el 29 de enero de 2002 (folio 747).

Don Darío, presentó su dimisión al presidente del Consejo de Administración mediante carta de fecha 31 de diciembre de 2003, siendo inscrita la renuncia en el Registro Mercantil el día 23 de abril de 2004 (folios 677 y 678).

Don Darío, desde el año 1984 era el gerente de la sociedad, con amplias facultades de administración a ejercitar mancomunadamente con cualquiera de los consejeros delegados mancomunados (folio 748).

El presidente del Consejo de Administración es titular de 43 acciones que representan el 50% del capital social de la sociedad concursada y doña Lina es titular de una acción y usufructuaria de 42 acciones, correspondiendo la nuda propiedad a sus hijos, que representan el otro 50% del capital social (folio 744).

Precisado lo anterior, debe atribuirse la condición de personas afectadas por la calificación a los tres administradores que formularon las cuentas del ejercicio 2001, determinantes de la declaración de concurso culpable.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

2.1 Irrelevancia de una incapacidad sobrevenida con posterioridad a los hechos que motivan la calificación

“Don Rodrigo alega que padece una demencia vascular subcortical en un grado de desarrollo muy avanzado que hace que sea totalmente incapaz para tener juicio y formar su voluntad, no pudiendo desarrollar cualquier tarea que exija la mínima responsabilidad, por lo que interesa que se declare fortuito el concurso respecto de su persona.

No estando incapacitado don Rodrigo y actuando en esta sección bajo la defensa y representación por él designada, lo relevante no es tanto su actual estado de salud mental sino el que mantenía al tiempo de los hechos determinantes de la calificación. En todo caso, esta situación no afectaría a la declaración del concurso como culpable, pues la calificación es única, sin perjuicio que de acreditarse tal circunstancia, pudiera quedar excluido del ámbito de las personas afectadas por la calificación y, en consecuencia, de los efectos personales y patrimoniales que se derivan o pueden derivarse de dicha calificación.

Del informe médico forense emitido con fecha 11 de enero de 2006, en las Diligencias Previas núm. 2027/05, que se siguen el Juzgado de Instrucción núm. 40 de esta capital, se deduce que a fecha actual don Rodrigo «... sufre un trastorno demencial crónico con clara disminución de sus capacidades psíquicas superiores fundamentalmente volitivas y cognitivas, así como memoria, pensamientos...» (folio 1343).

Asimismo, del informe pericial médico aportado como documento núm. 1 de su escrito de oposición (folios 969 a 977), emitido por el psiquiatra y psicólogo don Joaquín Galván Fradejas y ratificado en el acto del juicio, consta que don Rodrigo, a juicio del perito, en octubre de 2004, sufría una demencia importante que le imposibilitaba desarrollar cualquier tarea que exigiera la menor responsabilidad.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que don Rodrigo acude por primera vez a la consulta por trastornos de memoria en octubre de 2004 y que es consciente de sus limitaciones. No constan otros antecedentes de este trastorno y, desde luego, no se detectan en septiembre de 1994 (folio 978) que se somete a un tratamiento profiláctico ante una posible dolencia vascular, sin manifestación o deterioro de su memoria.

En definitiva, no se ha acreditado cumplidamente que don Rodrigo, padeciera trastorno alguno al tiempo de formular las cuentas del ejercicio 2001, determinantes de la declaración de concurso culpable.

Además, debe tenerse en cuenta que una manifestación relevante de este trastorno con anterioridad es incompatible con la propia designación de don Rodrigo como presidente del Consejo de Administración en julio de 2000 y en enero de 2002, dato éste que revela que en esta época no estaba impedido para adoptar conscientemente las decisiones de gestión inherentes a su cargo pues de otra forma no hubiera sido designado. Por otro lado, la dolencia de don Rodrigo tampoco le ha impedido tomar importantes decisiones en época inmediatamente anterior al concurso, como su participación en la Junta General de Accionistas de 7 de septiembre de 2002, por la que se acordó presentar la solicitud de concurso o el otorgamiento de poderes para pleito con fecha 21 de septiembre de 2004 sin que el notario apreciase defecto alguno de capacidad en el otorgante. A mayor abundamiento, ningún empleado o persona del ámbito de la empresa percibió nunca trastorno alguno en don Rodrigo, el cual acudía en su propio vehículo y sin asistencia alguna a los distintos centros de trabajo,

tal y como quedó acreditado en el acto del juicio.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

3. Administradores responsables de la falta de contabilidad

“De lo expuesto se deduce que durante el ejercicio 2004, hasta la dimisión como administrador de don José, sí se llevó la contabilidad de la entidad concursada como se evidencia de la aprobación de un balance cerrado a 31 de mayo de 2004 y de la contratación de una persona para que se dedicara a la llevanza de la contabilidad.

Además, no resulta verosímil que un tercero, en este caso la sociedad controlada por don Joao, suscribiese un contrato de compra de acciones sin antes haber examinado y comprobado la contabilidad de la empresa cuyas acciones iba a adquirir.

Sin embargo, no consta que desde la fecha en que don Joao es designado administrador se llevara la contabilidad pues la misma no ha sido presentada ni se ha puesto a disposición de la administración concursal, siendo además aplicable lo dispuesto en los artículos 304 y 440 de la LEC, respecto del citado administrador que no ha comparecido al acto del juicio, lo que determina la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 164.2.1º de la LC, que conlleva a la declaración de concurso culpable

QUINTO.- Calificado el concurso como culpable deben determinarse las personas afectadas por la calificación, sin que se haya efectuado imputación a ninguna persona en calidad de cómplice.

La Ley concursal no concreta exactamente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, las únicas personas que pueden ser afectadas por la calificación son sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación.

En el supuesto enjuiciado es obvio que no debe designarse como persona afectada por la calificación es don José pues la contabilidad se llevaba hasta su cese. La falta de contabilidad desde el nombramiento de Joao es imputable a dicho administrador pues no ha acreditado su llevanza durante el período en que actuó como administrador único. Por último, tampoco puede atribuirse a don Antonio la condición de persona afectada por la calificación pues su designación como administrador en la junta de 24 de agosto de 2004 obedeció al cese de don Joao presentando la solicitud de concurso voluntario el 28 de octubre de 2004, tras comprobar el estado de la sociedad, descrito en la memoria adjunta a la solicitud (folios 135 a 146).”: Sentencia JM-5 Madrid 05.12.2006 (Concurso 39/2004)

4. Administrador responsable de la falta de depósito de cuentas

“ Procede ahora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172.2.1º LC, determinar cuáles son las personas afectadas por la calificación. Sobre esta cuestión debemos partir de lo dicho en el punto 2 del fundamento jurídico anterior. Habida cuenta que la Administración concursal ha ceñido la infracción a la falta de confección tempestiva y de depósito de las Cuentas Anuales de la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA a los ejercicios 2002 y 2003, es obvio que quienes deben ser consideradas personas afectadas por la calificación son aquellas a las que les es imputable la omisión del deber de confeccionar y depositar las Cuentas Anuales durante dicho período. Hacíamos mención en el fundamento jurídico anterior a que el artículo 171 LSA impone a los administradores sociales la obligación de "formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados". De ahí que la omisión de tal obligación que ha determinado -en los términos antedichos- que el concurso de la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA sea calificado como culpable recaiga de manera directa en quien era administrador social de la entidad concursada en tales fechas. No se ha producido controversia sobre esta cuestión. Quien ostentaba la condición de administrador social de la entidad Núcleos de Organización y Administración, SA en las fechas en que se dejaron de confeccionar y depositar las Cuentas Anuales de los ejercicios 2002 y 2003 era la entidad ACUMEN BV. Por tanto, en ésta entidad recaerán las consecuencias de ser considerada persona afectada por la calificación.”: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

5. Administrador al que son imputables los hechos que han motivado la declaración de culpabilidad del concurso

“La Ley concursal no concreta exactamente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 3 se deduce, que tratándose de personas jurídicas, evidentemente pueden ser afectadas por la calificación sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación. El criterio negativo vendría delimitado por la complicidad de tal forma que no podrán resultar afectados aquellos que sean declarados cómplices sin perjuicio de que puede darse una doble condición en función de su actuación. Entendemos no aplicable esta consideración de afectado al concursado por la propia naturaleza del proceso concursal y de la discusión, delimitación y resolución que en su seno interno se produce y respecto de las personas físicas y/o jurídicas que intervienen en los actos del mismo.

En cualquier caso la administración concursal sólo se ha referido a la administradora única como afectada.

Resultarán afectadas, por tanto, por la calificación del concurso aquellas personas que hubieran intervenido con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia y aquellas que hubieran participado directamente en los hechos que motivan (164.2 LC) la declaración del concurso como culpable bien por tener el control directo de la causa que lo genera o por omisión de sus propios deberes motivando o permitiendo que la misma se produzca.

Los concretos actos u omisiones que han motivado la declaración de culpabilidad del concurso son:

1º. El mantenimiento de una situación alarmante de desequilibrio económico que se mantiene a la fecha de declaración del concurso y con anterioridad a este en los tres últimos años. La sociedad se encuentra, en todo momento, en situación de disolución.

2º. El incumplimiento del deber de solicitar el concurso de conformidad al artículo 5 de la Ley Concursal cuyo análisis, en conjunto, deviene doloso, aun a pesar de transcurrir unos días más respecto de la aplicación del período de dos meses por el resto de circunstancias que hemos analizado.

3º. El agravamiento de la situación de insolvencia a partir de la actitud pasiva de la concursada y de su administradora en la realización de los actos que se han descrito anteriormente.

4º. La existencia de irregularidades graves en la solicitud de declaración del concurso.

En todos estos actos, antes y después de entrar en vigor la Ley concursal participa directamente la administradora de la sociedad. Actitud que no parte de una culpa grave sino de verdadero dolo por cuanto mantiene relación directa con la propietaria del hotel aún a pesar de que señala que la misma ha incumplido el contrato inicial sin realizar ninguna reclamación que tienda a impedir que dicho incumplimiento se siga produciendo; verdadero dolo en cuanto a mantener la situación de la sociedad sin instar en plazo la declaración de concurso; actitud dolosa también en cuanto mantiene una actitud pasiva dentro ya del propio concurso cuando se extinguen las relaciones laborales y no exige el cumplimiento de la obligación de Sipsa de abonar las cantidades a que se había comprometido; y actitud dolosa en ocultar la verdadera situación de las fincas que señaló inicialmente como propias por la concursada al presentar la declaración de concurso o recoger deudas que Sipsa niega en dicha declaración o no recoger la totalidad de los créditos como sucedió en el supuesto de las citadas compraventas de inmuebles.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

“QUINTO.- El artículo 172.1 de la Ley Concursal señala que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos, y en concreto el de la determinación de las personas afectadas por la calificación.

La Ley concursal no concreta exactamente quienes pueden ser las personas afectadas por la calificación pero de sus artículos 164.1 y 172.2.1º y 3 de la Ley Concursal se desprende que tratándose de personas jurídicas pueden ser afectadas por la calificación sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Por tanto, resultaran afectados por la calificación del concurso aquellas personas que hubieran intervenido con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia y aquellas que hubieran participado directamente en los hechos que motivan la declaración del concurso como culpable bien por tener el control directo de la concursada que lo genera o por omisión de sus propios deberes motivando o permitiendo que la misma se produzca.

Los concretos actos y omisiones que han motivado la declaración de culpabilidad del concurso son;

1.-Irregularidades relevantes en la contabilidad que llevan a considerar que desde el día 31 de diciembre de 2004 la sociedad no presenta en sus balances la imagen fiel del Patrimonio.

2.-Cometer inexactitud grave por omisión en la memoria acompañada a la declaración del concurso.

3.-El agravamiento por culpa grave, sino verdadero dolo, de los administradores de la concursada de su situación de insolvencia, pues si bien a 31 de diciembre de 2004 la sociedad se encontraba en una situación de insolvencia inminente por la situación de la tesorería, esta situación se agrava por la disposición de fondos que realizan en enero y febrero de 2005, por importe total de 1.750.000€, que produce el estrangulamiento financiero de la sociedad (pag 28-29 del informe de la administración concursal).

En estos actos, acaecidos todos después de la entrada en vigor de la ley Concursal, participan directamente los administradores de la sociedad concursada, Don Refaad el Sabed y Don Leonnart Ericsson, en cuanto apoderados de la concursada y ejecutores del auto de disposición por lo que han de verse afectados por la declaración de culpabilidad.”: Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

6. ¿Es persona afectada por la calificación, como administrador de hecho, la persona física representante de la persona jurídica administradora de la concursada?

“2. Sin embargo, debe traerse a colación la circunstancia de que ACUMEN BV llevara a cabo su encomienda como administrador único de la entidad concursada durante todo el período en que ostentó el cargo, de manera mediata, siempre a través de D. Luis Andrés. Este aserto fue admitido sin discusión por éste en la prueba de interrogatorio. La cuestión es si D. Luis Andrés debe ser considerado asimismo persona afectada por la calificación. De acuerdo con lo que dispone el artículo 172.2.1º LC la Sentencia que califique el concurso como culpable deberá determinar las personas afectadas por la calificación exigiéndose una motivación específica cuando "alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora". Para que pueda hablarse de administrador de hecho es preciso acreditar que a quien se imputa dicho título controla de hecho la gestión social. De ahí que, para hablar de administrador de hecho, no podamos limitarnos exclusivamente al supuesto en que la sociedad gestionada carece de órgano de administración válidamente nombrado. Por el contrario, en la práctica es posible que coexistan la figura del administrador social de derecho con la figura del administrador de hecho. Baste citar los casos que han merecido la consideración de la doctrina: a) supuestos en que existe quien controla de hecho la gestión social sin ocupar el cargo de administrador por la influencia que ejerce sobre los administradores nombrados; y b) supuestos en los que quien sin ser administrador aparece frente a terceros con la apariencia de quien lo es. A los anteriores cabe añadir el supuesto de designación de una persona jurídica como administrador de derecho con el fin de que la persona física finalmente designada pueda eludir las responsabilidades derivadas de su gestión. Como casos de administradores de hecho sin concurrencia de administrador de derecho cabe citar los siguientes: a) casos en que el nombramiento del administrador social se halla viciado de nulidad; y b) el caso de los administradores con cargo caducado. En el supuesto de autos ya hemos constatado que la entidad ACUMEN BV designó al D. Luis Andrés como instrumento para gestionar la entidad Núcleos de Organización y Administración, SL en tanto aquella permaneciera designada como administradora de derecho. Dicho lo cual debemos poner de manifiesto que ninguna prueba se ha llevado a cabo en la presente Sección para acreditar ni que D. Luis Andrés actuaba de manera autónoma e independiente de ACUMEN BV, ni que las decisiones -en este caso de no formular y depositar las Cuentas Anuales- emanaran de su propia voluntad, ni que apareciera frente a terceros como el verdadero gestor, ni, en fin, que D. Luis Andrés hubiera utilizado la entidad ACUMEN BV como instrumento para intentar eludir sus responsabilidades. En la vista, D. Luis Andrés manifestó que su actuación estuvo del todo mediatizada por la voluntad de ACUMEN BV sin que se haya realizado actividad probatoria que demuestre -con éxito- lo contrario. De ahí que la condición de persona afectada no pueda extenderse a D. Luis Andrés.”: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

- 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

Art. 172.2.2º

1. Necesidad de la inhabilitación. Fijación de su alcance

“**QUINTO** La administración concursal solicita, en función de la calificación del concurso como culpable y de la responsabilidad por afectación y complicidad que la misma señala condena a las «responsabilidades correspondientes» en una línea genérica que debería haberse concretado más específicamente respecto de todos los apartados que puede recoger la norma.

La naturaleza de este procedimiento de calificación, como indicamos anteriormente, recoge una serie de intereses afectados que, con Sancho Gargallo (Estudios de derecho Judicial, número 70), podemos clasificar en:

Intereses públicos que se satisfacen con la calificación y la inhabilitación.

Intereses generales satisfechos con las personas afectadas y cómplices del concurso.

Intereses particulares de los acreedores cuyos créditos no son satisfechos con la liquidación y por la condena a responder de todos o parte de dichos créditos.

Los primeros son públicos y los dos segundos son privados requiriendo para el primero una concreta petición de la administración concursal o del Ministerio Fiscal en cuanto a la calificación culpable y para los dos siguientes también concretas peticiones. No obstante la afectación conlleva necesariamente la aplicación del 172.2.2º LC de forma directa. Una vez determinado que existen afectados por el concurso se producirá la «inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio».

La dicción literal del precepto no deja lugar a dudas y, aunque la petición sea genérica o no se hubiera pedido será necesario entrar en este supuesto para determinar la inhabilitación a que han de ser condenados dichos afectados (y solo estos) a partir de dos criterios:

La gravedad de los hechos, en referencia a los hechos que hubieran motivado la afectación y que sólo pueden referirse a aquellos en que se hubiera intervenido con dolo o culpa grave y que hubieran motivado a su vez la calificación del concurso como culpable.

La entidad del perjuicio causado.

En el presente supuesto sólo la administradora única es afectada por la calificación concursal y por los hechos más arriba relatados:

1º. El mantenimiento de una situación alarmante de desequilibrio económico que se mantiene a la fecha de declaración del concurso y con anterioridad a este en los tres últimos años. La sociedad se encuentra, en todo momento, en situación de disolución.

2º. El incumplimiento del deber de solicitar el concurso de conformidad al artículo 5 de la Ley Concursal cuyo análisis, en conjunto, deviene doloso, aun a pesar de transcurrir unos días más respecto de la aplicación del período de dos meses por el resto de circunstancias que hemos analizado.

3º. El agravamiento de la situación de insolvencia a partir de la actitud pasiva de la concursada y de su administradora en la realización de los actos que se han descrito anteriormente.

4º. La existencia de irregularidades graves en la solicitud de declaración del concurso.

El perjuicio determinante de la inhabilitación ha de partir de lo señalado por los representantes de los trabajadores en cuanto al cierre de facto producido y que motivó, antes de la declaración del concurso, la presentación de demandas por despido en los juzgados sociales. Antes de la declaración del concurso y sin que se hubiera autorizado en este se produce el cierre de facto y, por tanto, la pérdida de la empresa como tal y de todos y cada uno de los empleos que superaban el número de doscientos. El pasivo fijado por la administración concursal es de 43.079.576,93 euros y 7.402042,92 ? de provisión indemnizaciones laborales y el activo de 55.758.652,87, lo que determina que, existiendo diferentes actos graves y un perjuicio esencialmente laboral y empresarial la inhabilitación deba graduarse dentro de la primera mitad. No habiendo justificado la administración concursal o el Ministerio Fiscal circunstancias para la graduación de la misma procede fijarla en la cuantía mínima de dos años.” :”.: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

“**SÉPTIMO.-** Determinada la persona afectada por la calificación, el primer efecto necesario de dicha declaración es la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona(artículo 172.2.2º).

Teniendo en cuenta la causa por la que se declara el concurso culpable y, en consecuencia la gravedad de los hechos y el perjuicio causado, procede fijar el período de inhabilitación en el plazo de cinco años solicitado por la administración concursal, si consideramos que la sociedad debió disolverse, al menos, al cierre del ejercicio de 1997, manteniendo fondos propios negativos en todos los ejercicios posteriores, agravando el estado de insolvencia de la sociedad.": SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

"Después de interesar la declaración que se acaba de efectuar en relación con las personas afectadas, la administración concursal se limita a hacer una referencia genérica al art. 172 de la Ley Concursal sin concretar específicamente cada uno de los apartados a que alude la norma.

No obstante lo anterior, del mismo precepto se infiere que la declaración de que existen afectado por el concurso conlleva la aplicación directa de aquel precepto, en cuyos párrafos 2º y 3º se contienen las sanciones conectadas a la declaración del concurso como culpable y los efectos civiles que la Ley atribuye a esta calificación, con independencia de las posibles resultas penales.

De un lado, con respecto de los afectados por la calificación se introduce la inhabilitación temporal para la administración de bienes ajenos, para la representación o administrar a otra persona.

La ley ordena tener en cuenta para la producción de la delimitación temporal de la inhabilitación atender a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Ahora bien en el presente caso ni la administración concursal ni el Ministerio Público han justificado y ni siquiera alegado las circunstancias que pudieran ser tenidas en cuenta para efectuar aquella graduación, por lo que procede fijarla en la cuantía mínima de los dos años.": Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

2. Retroactividad e inhabilitación

DÉCIMO Identificada la persona afectada por la calificación debemos examinar cuáles son las consecuencias que sobre la misma deben recaer al haberse calificado el concurso como culpable. La primera de las sanciones previstas en el artículo 172.2.2º LC es la de inhabilitación. Se trata de una sanción que el Juez del concurso debe imponer de manera automática por el solo hecho de que el concurso sea calificado culpable. Como hemos puesto de manifiesto la gestión de la entidad ACUMEN BV se extendió hasta el mes de marzo de 2004 ya que, en la prueba de interrogatorio de D. Narciso -el último de los administradores sociales- éste admitió que a pesar de que la inscripción de su nombramiento no pudo llevarse a cabo hasta el día 11 de octubre de 2004 - por hallarse cerrada la hoja registral- su nombramiento como administrador de derecho de la entidad concursada fue realizado en el mes de marzo de 2004. Lo dicho supone que la falta imputable a ACUMEN BV se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal -1 de septiembre de 2004 (vid. Disposición Final Trigésimoquinta de la Ley). Tal circunstancia nos obliga a entrar en el examen de la retroactividad de la norma. La Disposición Transitoria Tercera del Código Civil -dictada a propósito de la entrada en vigor del Código Civil pero con eficacia general para las normas civiles sancionadoras- establece que "las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código". El tenor de la disposición que acabamos de transcribir, nos advierte que la entrada en vigor de una nueva norma sancionadora no supone la despenalización de los actos llevados a cabo con anterioridad. La eficacia del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras se produce en relación con los actos no prohibidos ni sancionados con la legislación derogada. Debemos advertir que la conducta atribuida a la entidad ACUMEN BV ya fue contemplada por la legislación anterior como merecedora de que la quiebra fuera calificada de fraudulenta. Baste examinar que tanto el artículo 890.3º C. de c. -que reputaba fraudulenta la quiebra del comerciante por "no haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos"- como el artículo 891 C. de c. -que establecía que "la quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario"- toman en consideración un supuesto de hecho equiparable al que, en relación con el caso de autos, recoge el artículo 165.3º LC. A los efectos de la correcta equiparación de la conducta a la que más arriba aludíamos con éstas debemos completarse la mención a los libros del comerciante que hacen los artículos 890.3º y 891 C. de c. con lo dispuesto en el artículo 25 C. de c., el cual, dentro de los libros de los empresarios, designa al "(...)libro de Inventarios y Cuentas anuales...". Por otro lado, debemos destacar que la sanción de inhabilitación

también se encontraba prevista en la situación de quiebra del empresario anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal. En tal sentido el artículo 878 C. de c. disponía que "declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes", y el artículo 920 C. de c. disponía que "los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados". Y a pesar de que la inhabilitación en la legislación derogada sólo alcanzaba al quebrado, para el caso de deudor persona jurídica tal efecto se extendía a sus administradores [vid. STS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4002)]: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

2.1 Caso de la inhabilitación de los administradores por hechos anteriores a la LC

2.1.1 No procede

“SÉPTIMO Determinadas las personas afectadas por la calificación, el primer efecto necesario de dicha declaración es la inhabilitación para administrar bienes ajenos por un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona (artículo 172.2.2º).

Sin perjuicio de que no se administra a las personas y que la inhabilitación se refiere a la prohibición para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, y que ésta última no ha sido solicitada, lo cierto es que aquélla es una interdicción o pena civil, que no puede aplicarse retroactivamente, al no estar previsto este efecto en la legislación anterior sobre la persona de los administradores de las sociedades y sí sólo sobre el propio deudor, todo ello de conformidad con el artículo 9.3 de la Constitución y la propia Disposición Transitoria Tercera del Código Civil, según la cual las disposiciones que sancionan con penalidad civil o privación de derechos por actos u omisiones que carecían de sanción en Leyes anteriores no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiesen incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código, norma aplicable a falta de régimen transitorio específico en este particular, como ya señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1991. ”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

2.1.2 Sí procede

“Debemos advertir que la conducta atribuida a la entidad ACUMEN BV ya fue contemplada por la legislación anterior como merecedora de que la quiebra fuera calificada de fraudulenta. Baste examinar que tanto el artículo 890.3º C. de c. -que reputaba fraudulenta la quiebra del comerciante por "no haber llevado libros o, llevándolos, incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos"- como el artículo 891 C. de c. -que establecía que "la quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario"- toman en consideración un supuesto de hecho equiparable al que, en relación con el caso de autos, recoge el artículo 165.3º LC. A los efectos de la correcta equiparación de la conducta a la que más arriba aludíamos con éstas debemos completarse la mención a los libros del comerciante que hacen los artículos 890.3º y 891 C. de c. con lo dispuesto en el artículo 25 C. de c., el cual, dentro de los libros de los empresarios, designa al "(...)libro de Inventarios y Cuentas anuales...". Por otro lado, debemos destacar que la sanción de inhabilitación también se encontraba prevista en la situación de quiebra del empresario anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal. En tal sentido el artículo 878 C. de c. disponía que "declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes", y el artículo 920 C. de c. disponía que "los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados". Y a pesar de que la inhabilitación en la legislación derogada sólo alcanzaba al quebrado, para el caso de deudor persona jurídica tal efecto se extendía a sus administradores [vid. STS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4002)]: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

2.2 Retroactividad en lo beneficioso: aplicación retroactiva del plazo máximo de 15 de inhabilitación incluso para el quebrado fraudulento

“ÚNICO El artículo 920 del CC, dentro del marco normativo del anterior régimen concursal, establecía que los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados. La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio -en vigor desde el 1 de septiembre de 2004- establece en su artículo 172.1.2º, dentro de los efectos de la calificación como culpable del concurso, un plazo de inhabilitación para administrar bienes ajenos de 2 a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período. Por lo tanto en la nueva Ley Concursal la sanción de inhabilitación que se le impone al

empresario en un concurso culpable está limitada en el tiempo suponiendo una diferencia sustancial y mucho más beneficiosa que lo que establecía el anterior régimen concursal.

El artículo 920 del CCom establece una sanción al quebrado fraudulento, se trata de una norma de carácter eminentemente punitivo y sancionador que a su vez entra en conflicto con lo dispuesto en el nueva Ley Concursal actualmente en vigor, por lo que para interpretar esta colisión de normas hemos de estar en primer lugar al principio de la Ley más favorable para el sancionado, principio que se aplica en el ámbito penal y administrativo-sancionador y que por vía de analogía y al tratarse de una norma de esa naturaleza puede ser tenido en cuenta en el presente caso; por otro lado, atenderemos a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la propia Ley Concursal que establece que los Jueces y Tribunales aplicaran e interpretaran las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación a las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. De esta forma se observa claramente que el legislador en la nueva Ley no pretende que la inhabilitación del empresario culpable le afecte con carácter ilimitado y para toda la vida, como en la regulación anterior, si no que establece un plazo máximo de 15 años, lo que supone en todo caso un régimen más beneficioso que el anterior.

Por lo tanto el conflicto de normas debe ser resuelto a favor del artículo 172 de la Ley Concursal por lo que al haber transcurrido con creces el plazo de 15 años que estable la Ley vigente debe procederse a la rehabilitación del quebrado D. Antonio Sureda Ferra para la administración de sus bienes y de terceros y para representar o administrar a cualquier persona e intervenir en el comercio.": Auto Jº 1ª Instancia 2 Palma de Mallorca 14.09.2004 (JUR 2006/16)

- 3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Art. 172.2.3º

“**SÉPTIMO** El artículo 172.2.3º LC recoge que la condena señalará «la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados».

Distinguimos en el mismo diferentes apartados:

1º. Por un lado la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

2º. En segundo lugar la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor.

3º. En tercer lugar la condena a devolver los bienes o derechos que hubiesen recibido de la masa activa.

4º. En cuarto lugar la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Si bien las tres primeras pueden ser catalogadas como consecuencia inmediata de su afectación o complicidad la última parte específicamente de su naturaleza resarcitoria debiendo (1902 CC) delimitar la misma en función del acto u omisión negligente, del daño cuantificable causado y de la relación de causalidad entre uno y otro. Al referirse a los daños y perjuicios causados no distingue la norma si los mismos deben referirse exclusivamente al concurso, al patrimonio del deudor o a los patrimonios particulares de los acreedores o demás interesados del concurso. Tampoco se delimita claramente si dichos daños y perjuicios se ven desde una óptica general o necesariamente deben partir de los supuestos regulados en la norma. Respecto de este segundo entendemos que se refieren, en términos generales, a cualquier daño y perjuicio y no a los limitados por ser acreedores concursales (lo que no tendría sentido), por haber obtenido bienes o derechos indebidamente o por haber recibido bienes de la masa activa. Y entendemos que es así porque o bien recogemos todos los supuestos para generar de ellos la derivación de daños y perjuicios sin poder excluir ninguno de ellos o, atendemos a criterios generales entendiendo que no es posible partir de supuestos tasados cuando alguno de ellos simplemente se limita a constatar la realidad de una devolución por la obtención lícita o ilícita de un bien o derecho de la masa activa o por la consideración, lícita o ilícita de acreedor. Respecto del primero nada delimita la norma y partiendo de

que no se concretan ¿como hemos dicho? en los supuestos que individualmente se reflejan, carece de sentido limitarlos también al concurso.

Entendemos aplicable el término «indebidamente» solo en referencia a los bienes o derechos que tengan su origen en el patrimonio del deudor y no respecto de los bienes recibidos de la masa activa que supone pertenecen a la misma y por lo tanto deben ser reintegrados a esta sea cual sea el origen debido o indebido que hubieran tenido. La interpretación debe partir de los criterios literales y de la existencia de un conjunto de causas que el legislador ha recogido en dicho precepto distinguiéndolas pero englobándolas con criterios léxicos y de sintaxis que morfológicamente dan el mismo resultado en su análisis.

Igualmente entendemos que la devolución no puede referirse exclusivamente a los bienes y derechos derivados de los actos en que intervienen y que han motivado (por su dolo o culpa grave) la declaración del concurso como culpable pues la norma no limita la condena a estos supuestos sino, en líneas generales, a todos los que cumplan con los requisitos reseñados.

No obstante, para proceder a la condena en el segundo supuesto será necesario acreditar en el procedimiento que dichos bienes o derechos han sido obtenidos indebidamente.

De conformidad a ello podemos entender que la afectación o complicidad producirá como efectos inmediatos que se reflejaran en la sentencia los siguientes:

la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

la condena a devolver los bienes o derechos que hubiesen recibido de la masa activa.

En segundo lugar que será necesario probar, para poder ser objeto de condena que:

Determinados bienes o derechos se han obtenido indebidamente del patrimonio del deudor.

Resarcir los daños y perjuicios causados.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

0. Irretroactividad, salvo la pérdida de derechos de los cómplices

“UNDÉCIMO De acuerdo con el artículo 172.2.3º LC la persona afectada por la calificación del concurso -y los cómplices- perderán cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y serán condenados a devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiese recibido de la masa activa. Nada dice la Administración concursal sobre este extremo. Lo cierto es que la entidad Acumen BV no aparece como acreedora de la entidad concursada en la lista de acreedores definitiva presentada por la Administración concursal. Tampoco se alude a que hubiera recibido en el curso del procedimiento bienes o derechos del patrimonio de la entidad deudora. Sea como fuere, en este punto no cabe la aplicación retroactiva de la norma aludida toda vez que en la legislación derogada no se contemplaba una sanción similar, salvo para los cómplices («ex» artículo 894 C. de c) que, evidentemente, no es el caso.”: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

1. Devolución de lo indebidamente percibido:

1.1 Imprudencia de una condena genérica o indeterminada

“OCTAVO De conformidad con el artículo 172.2.3º, la declaración de concurso culpable determina como efecto necesario de dicha declaración, la pérdida de los derechos que tienen reconocidos las personas afectadas por la calificación, don Rodrigo, doña Lina y don Darío, como acreedores concursales o de la masa.

De igual forma, dicho precepto impone la condena a las personas afectadas por la calificación a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. Sin embargo, dicha condena sólo procederá cuando efectivamente hubiesen recibido u obtenido indebidamente tales bienes y derechos, y se hayan concretado en el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal, sin que sea posible una condena genérica e indeterminada sobre este particular y sin valorar con relación a bienes o derechos concretos del patrimonio del deudor si ha existido una percepción indebida por parte de las personas afectadas por la calificación.

De los hechos expuestos por la administración concursal, sólo tiene acomodo en este apartado el cobro por don Darío y don Rodrigo de la cantidad de 7.753,06 euros, cada uno de ellos, en virtud de sendos cheques al portador.

Acreditado, como antes quedó expuesto, que los cheques fueron cobrados por las citadas personas y que su percepción fue indebida, al no constar la causa de la

atribución patrimonial, don Rodrigo deberá devolver la cantidad indebidamente percibida del patrimonio del deudor, sin que pueda efectuarse el mismo pronunciamiento respecto de don Darío, en tanto que en la fecha en que se emitió y cobro el cheque (29 de marzo de 2004), había cesado como administrador de la sociedad, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse contra éste para reclamar lo indebidamente percibido.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

“SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 172.2.3º, la declaración de concurso culpable determina como efecto necesario de dicha declaración, la pérdida de los derechos que tiene reconocidos la persona afectada por la calificación como acreedor concursal o de la masa.

De igual forma, dicho precepto impone la condena a las personas afectadas por la calificación a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, pero dicho pronunciamiento exige que se hayan determinado en el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de esa condena, esto es, que la persona afectada por la calificación ha obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa bienes o derechos y la identificación de los mismos, lo que no consta en los referidos informe y dictamen.”: Sentencia JM-5 Madrid 05.12.2006 (Concurso 39/2004)

1.1.2 Tesis contraria

“SEXTO.-El art. 172.2 en su apartado 3 de la L.C., señala entre los pronunciamientos que ha de contener la sentencia de calificación” la pérdida de cualquier derecho de las personas afectadas por la calificación, o declaradas cómplices, tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiese recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

“Los tres primeros pronunciamientos (la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la declaración o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa; la condena a devolver los bienes o derecho que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor y la condena a devolver los bienes y derechos que hubiesen emitido de la masa activa son de consecuencia inmediata de la declaración de afectación). No ocurre lo mismo con respecto al último de los efectos anudados a la calificación del concurso como culpable a tenor del art. 172 L.C. (esto es la indemnización de daños y perjuicios), y ello por cuanto dada su naturaleza resarcitoria ha de delimitarse en función del acto u omisión negligente.

Ni la administración concursal ni el mismo Ministerio Fiscal, en su adhesión, alegan ni justifican cuales sean estos daños y perjuicios por lo que no ha lugar a su adopción.”: Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

1.2 Importes indebidos percibidos por el administrador

“OCTAVO.- De conformidad con el artículo 172.2.3º de la LC, la administración concursal interesa que se condene a la persona afectada por la calificación a la devolución de 160.073,8 euros, indebidamente percibidos por el administrador por los siguientes conceptos:

25.401 euros por transferencias no justificadas de la cuenta de la sociedad a una cuenta personal del administrador abierta en una sucursal de la entidad Barclays Bank en las Islas Jersey.

77.425,60 euros en concepto de honorarios percibidos por el administrador por servicios profesionales, no documentados y con infracción de la prohibición de dedicación al mismo género de comercio contenida en los estatutos sociales.

57.247,20 euros, por disposiciones efectuadas por el administrador con las tarjetas American Express y Visa Oro, con cargo a una cuenta de la deudora.

Respecto a las transferencias no justificadas en la cuantía de 25.401 euros, efectuadas entre el 4 de junio y el 20 de agosto de 2004 (documentonº 7 del informe del artículo 74 LCde la administración concursal, el administrador alega que se trata de la remuneración por los servicios prestados a la sociedad en su condición de consultor experto en marketing.

Sin embargo, ni consta la efectiva realización de los trabajos que amparen la percepción de dicha retribución ni se ha justificado que, en su caso, se tratase de una labor distinta a la que le incumbía como leal administrador de la sociedad cuando ésta tiene como

objeto social la realización y elaboración de análisis y estudios en el sector de los grandes almacenes con especial énfasis en lo relativo al marketing, preparación de vendedores, estudios sobre reposición de stock, etc..., así como la compraventa, representación, comercialización y distribución, tanto al por mayor como al por menor de productos, cuyo destino sea su uso y consumo, y la prestación de servicios de consultoría (folio 66 de esta sección). A mayor abundamiento, no es discutido, que el artículo 29 de los estatutos sociales dispone el carácter gratuito del cargo de administrador y que el artículo 29 prohíbe a los administradores dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad, salvo acuerdo de la junta general adoptado con determinada mayoría, tal y como se refleja en el informe del artículo 74 de la administración concursal (páginas 48 y 49 del citado informe), sin que se haya aportado acuerdo alguno liberando al administrador de la prohibición reseñada.

En consecuencia, no estando justificadas las transferencias referidas, procede condenar al administrador a la devolución del importe de 25.401 euros.

Por las mismas razones procede condenar al administrador a la devolución de las cantidades facturadas y cobradas en los ejercicios 2003 a 2005, por servicios profesionales no acreditados en la cuantía solicitada de 77.425,60 euros, aunque en realidad el importe asciende según la propia administración concursal a 81.521,65 euros, tal y como se deduce de las páginas 9 y 10 del informe de calificación, de las páginas 48 y 49 del informe del artículo 74 y del documento nº 8 anexo al mismo.

En cuanto a los cargos por indebida utilización para fines particulares de las tarjetas American Express y Visa Oro por importe de 57.247,20 euros (en realidad 57.274,20) y 11.810,43 euros, respectivamente, en realidad sólo se reclaman los relativos a la tarjeta American Express al no haberse incluido en el suplico los derivados de la Visa Oro.

La administración concursal acredita que de los cargos de la tarjeta American Express, 43.461 están contabilizados y 13.813,20, que corresponden a los tres últimos cargos, están sin contabilizar (documento nº 5 del informe del artículo 74).

Respecto de estos últimos, resulta que los cargos obedecen a disposiciones en cajeros automáticos, alquiler de coches y combustible, viajes, restaurantes y cafeterías, compras de libros, componentes electrónicos, supermercado y delicatessen (documento nº 5 antes reseñado), cuya relación con el desempeño del cargo de administrador no consta en absoluto, por lo que deben entenderse indebidamente percibidas las cantidades dispuestas y procede condenar al administrador a su devolución.

Por el contrario, no se ha acreditado por la administración concursal que los cargos de las operaciones contabilizadas sean ajenas a la actividad de la sociedad.”: SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

2. Indemnización de los daños y perjuicios causados

2.0 Inaplicabilidad a hechos anteriores a la vigencia de la LC

“En segundo lugar hemos de delimitar que dicho arrendamiento y posterior explotación genera pérdidas al hotel que se identifican en el informe de la administración que nunca fue impugnado por la citada sociedad (Sipsa) en apartados concretos por indemnizaciones, lucro cesante, gastos operativos y financieros y penalización pero referidos, siempre, a momentos anteriores a la entrada en vigor de la Ley concursal, cuya aplicación debe venir limitada a actos posteriores de conformidad a lo previsto en los artículos 9.3 CE, 2.3 del Código Civil y Disposición Transitoria Tercera del Código Civil.

No se ha acreditado nada al efecto respecto de que dichos daños subsistan en las cuantías referidas al momento de la entrada en vigor de la Ley o en el momento de juicio por lo que cabe desestimar dicha indemnización.” : Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

2.1 Naturaleza jurídica: responsabilidad por daños

“NOVENO Especial mención merece el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que también impone la condena a las personas afectadas por la calificación a indemnizar los daños y perjuicios causados.

A pesar de la sencillez y claridad con la que se prevé la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, se plantean algunos problemas interpretativos.

Desde luego, se trata de una responsabilidad por daños y dada la compatibilidad de la sección con el ejercicio de la acción social contra los administradores (artículos 134 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), como se deduce del artículo 48.2 de la Ley Concursal, que atribuye incluso directamente legitimación a la administración concursal para su ejercicio, compatibilidad

que también cabe predicar respecto de la acción individual de responsabilidad (artículos 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), debe rechazarse que se trate del ejercicio de dichas acciones en sede concursal.

En definitiva, esta responsabilidad por daños y perjuicios, se anuda como efecto o consecuencia de la calificación del concurso culpable, con el objeto de resarcir el patrimonio social, ahora masa activa, de los daños y perjuicios causados por los administradores, resarcimiento, que a falta de esta expresa previsión legal, solo podría obtenerse mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Por otro lado, debe rechazarse que la previsión de la condena a indemnizar los daños y perjuicios sea el resultado del ejercicio por los acreedores y terceros perjudicados de la acción individual de responsabilidad con la finalidad de ser directamente indemnizados, pues no existe cauce procesal para articular dicha acción en esta sección, en la que la intervención de aquéllos se limita a la inicial personación con el objeto de alegar lo que consideren relevante para la calificación del concurso como culpable, sin que suponga ejercitar acción alguna ni deducir concretas pretensiones.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

“SEXTO.-El art. 172.2 en su apartado 3 de la L.C., señala entre los pronunciamientos que ha de contener la sentencia de calificación” la pérdida de cualquier derecho de las personas afectadas por la calificación, o declaradas cómplices, tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiese recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

“Los tres primeros pronunciamientos (la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la declaración o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa; la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor y la condena a devolver los bienes y derechos que hubiesen emitido de la masa activa son de consecuencia inmediata de la declaración de afectación). No ocurre lo mismo con respecto al último de los efectos anudados a la calificación del concurso como culpable a tenor del art. 172 L.C. (esto es la indemnización de daños y perjuicios), y ello por cuanto dada su naturaleza resarcitoria ha de delimitarse en función del acto u omisión negligente.

Ni la administración concursal ni el mismo Ministerio Fiscal, en su adhesión, alegan ni justifican cuales sean estos daños y perjuicios por lo que no ha lugar a su adopción.”: Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

2.2 Necesidad de prueba del daño y de su cuantificación

“Precisado lo anterior, la administración concursal interesa la condena de don Rodrigo, doña Lina y a don Darío, a indemnizar solidariamente la cantidad de 1.646.212,54 euros, correspondiendo 555.785,27 a daños y perjuicios derivados de concretas operaciones y 1.090.427,27 euros a daños de difícil cuantificación, que se fijan en la diferencia entre el activo y el pasivo a fecha 6 de junio de 2005.

La condena de los daños y perjuicios exige la concreta prueba de los mismos y su cuantificación, sin que proceda fijar una cantidad alzada para reparar daños y perjuicios no concretados y, en consecuencia, no probados, lo que determina el rechazo de la petición de indemnización en la cuantía de 1.090.427,27 euros por daños de difícil cuantificación derivados de las relaciones con la entidad «Zuriram, S, L, «y en parte con «Kaher 2000, S.L.», que se fijan además, en el importe del déficit patrimonial a fecha 6 de junio de 2005, lo que implica reiterar la condena a la cobertura del déficit patrimonial que se hace con apoyo en el artículo 172.3 de la Ley Concursal.

Como daños cuantificados, la administración concursal reclama las siguientes cantidades:

15.506,12 euros, por pago de cheques al portador

426.678,93 euros, por cancelación de saldos.

22.173, 78 euros, por adquisición de un vehículo para uso particular de un hijo de doña Lina.

52.636,61 euros, por facturación de «Kaher 2000, S.L.», abonada por la concursada sin constar la realidad de los trabajos efectuados.

17.514 euros, por adquisición de una fotocopiadora instalada en las dependencias de «Kaher 2000, S.L.».

21.275,83 euros, por anticipos de remuneraciones.

De los anteriores conceptos, la cuestión relativa al cobro de cheques ya se analizó en relación a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas y en cuanto a la cancelación de saldos de las cuentas de caja y la denominada Copy, ya se señaló en el cuarto de los fundamentos de derecho de esta resolución, que no implicó irregularidad

contable, sino la necesaria regularización de una situación que no refleja la imagen fiel del patrimonio de la sociedad que, además, era consecuencia del informe de auditoría del ejercicio 2001, por lo que no cabe apreciar daño o perjuicio alguno a la sociedad derivada de dicha regularización.

En cuanto a la adquisición del vehículo Audi 3 matrícula M-5756-YP, consta en autos que la sociedad suscribió un contrato de arrendamiento financiero con fecha 17 de diciembre de 1999, siendo en la actualidad propiedad de la concursada, con un coste total de adquisición de 22.173,78 euros (folios 297 a 302), figurando en el activo con un valor actual de 10.024,96 euros (folio 773).

Desde la suscripción del contrato, el vehículo se encuentra en poder de don Ángel Daniel, hijo de la administradora doña Lina y empleado de la concursada, que se ha negado a devolverlo alegando que ha pagado todas las cuotas y gastos de mantenimiento, considerando de su propiedad el vehículo (folios 309 y 310). Sin embargo, lo que único que consta en esta pieza es que el vehículo fue adquirido por la concursada en beneficio de don Ángel Daniel, sin que se haya probado que éste haya reintegrado cuota alguna a la sociedad, luego dicha operación ha supuesto un perjuicio a la sociedad, imputable a los administradores, que debe cuantificarse no en el importe total del vehículo sino en la diferencia entre el importe satisfecho (22.173,78 euros) y el valor actual del mismo (10.024,96) al formar parte del activo de la sociedad, sin perjuicio de las reclamaciones o acciones que deban ejercitarse para la recuperación del mismo.

También se reclama la suma de 52.636,61 euros, en concepto de cantidades facturadas por «Kaher 2000, S.L.» a la concursada y pagadas por ésta, sin que conste la realidad de los trabajos facturados.

No se discute que la entidad «Kaher 2000, S.L.», es una sociedad familiar constituida por los hijos de don Rodrigo ni que en los años 2001 y 2002, aquélla facturó a la concursada, que abonó, la cantidad de 52.636,61 euros, por lo que no habiéndose aportado las copias de los correspondientes albaranes o notas de encargo ni constar la realidad de los concretos trabajos facturados, su abono constituye una grave negligencia por parte de los administradores con daño a la sociedad, representado por las cantidades satisfechas sin justificación alguna a favor de un tercero vinculado a uno de los administradores de la sociedad.

Igualmente, se reclama en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 17.514 euros, por la adquisición de una fotocopiadora instalada en las dependencias de «Kaher 2000, S.L.».

La adquisición de la fotocopiadora, el precio y su instalación en las dependencias de «Kaher 2000, S.L.» no es discutida, reconociendo, incluso, don Darío, que la adquirió la concursada porque el proveedor no aprobaba la operación para «Kaher 2000, S.L.», con el compromiso de ésta de abonar las cuotas, los gastos de mantenimiento y consumibles, o bien haciendo trabajos a bajo coste a favor de «Kaher II, S.A.», para compensar el pago de cuotas. Sin embargo, no se ha acreditado el beneficio o interés de la concursada en dicha operación del que se ha beneficiado exclusivamente un tercero, sin que ni siquiera conste la realización de trabajos a bajo coste para compensar las cantidades abonadas por la concursada ni el reintegro de las cuotas. Es más, el propio documento núm. 14 del escrito de oposición presentado por don Darío (folio 869), pone de manifiesto lo contrario, pues se emite por la concursada una factura tras la declaración del concurso, con fecha 1 de mayo de 2005, no abonada por «Kaher 2000, S.L.», en la que se pretende repercutir a ésta las cuotas de octubre de 2002 a mayo de 2005, más un 15% de beneficio industrial, lo que implica reconocer que nada se había facturado ni compensado con anterioridad.

Dicha operación implica un evidente perjuicio para el patrimonio de la concursada que debe ser resarcido por los administradores que con grave incumplimiento de sus obligaciones para con la sociedad, aprobaron o consintieron la misma. Ahora bien, el daño debe cuantificarse en la diferencia entre el coste para la concursada (17.514 euros) y el valor actual de la fotocopiadora que figura en el plan de liquidación (12.259,80 euros, folio 853), esto es, 5.254,2 euros.

Resta por examinar en este apartado la petición indemnizatoria derivada de anticipos de remuneraciones no cancelados por importe de 21.275,83 euros, correspondientes a los ejercicios 1994 a 1997, que según se ha manifestado a la administración concursal corresponde a anticipos percibidos por don Darío.

De lo actuado en esta sección no consta la persona o personas que pudieran haber percibido los anticipos de remuneraciones, lo que los hace irrecuperables como consecuencia de la defectuosa llevanza de la contabilidad que incumbe a los administradores, lo que implica un daño al patrimonio social en dicha cuantía que debe ser resarcido.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

“OCTAVO.- La administración concursal solicita la condena de la persona afectada por la calificación al pago de la diferencia entre el activo y el pasivo de la sociedad

concurrada en concepto de daños y perjuicios aunque no se aclara si tal pretensión se apoya en el artículo 172.2.3º in fine o en el artículo 172.3 de la Ley Concursal.

El último inciso del apartado 3º del artículo 172.2 de la LC impone la condena a la persona afectada por la calificación a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, responsabilidad que exige acreditar los daños y perjuicios causados en virtud de la acción u omisión que se impute al administrador a título de dolo o culpa, así como el nexo causal entre el comportamiento del administrador y el resultado, sin que de la falta de llevanza de la contabilidad durante poco más de dos meses puedan deducirse los daños aquí reclamados que se hacen coincidir con el déficit patrimonial que sufre la sociedad.”: Sentencia JM-5 Madrid 05.12.2006 (Concurso 39/2004)

2.3 Responsabilidad de sociedades del grupo de la concursada

“1.- ¿En qué casos procede la extensión de la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada a otras sociedades del grupo?

La sección de calificación del concurso, concretamente algunas de las consecuencias anudadas a la calificación del mismo como culpable, es quizás una de las principales vías por las que se puede extender la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada a otras sociedades integrantes del grupo o a sus administradores, o al menos conseguir la devolución por los mismos de los bienes obtenidos indebidamente de la sociedad concursada, la extinción de las deudas de la concursada para con los mismos y la indemnización de los daños y perjuicios.

Recordemos que la sentencia que califique el concurso como culpable acordará la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y les condenará a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3º de la Ley Concursal), y si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 de la Ley Concursal).

Ha de precisarse, no obstante, que no se trata de una responsabilidad objetiva, es decir, no se trata de que las demás sociedades del grupo, señaladamente la matriz o dominante, o sus administradores, deban responder de las deudas de la sociedad integrante del grupo que haya sido declarada en concurso o hayan de perder los derechos que tengan frente a la misma por el simple hecho de que la sociedad insolvente pertenezca a su grupo empresarial (sin perjuicio de que los mismos hayan de ser calificados como subordinados por ser personas especialmente relacionadas con el deudor, arts. 92.5 y 93.2 y 3 de la Ley Concursal). Se trata, por el contrario, de una responsabilidad culpabilista, derivada de la concurrencia de determinadas actuaciones realizadas con dolo o culpa grave que han provocado o agravado la insolvencia de ésta, si bien es cierto que el art. 164.2 de la Ley Concursal establece una serie de supuestos en los que el concurso se calificará en todo caso como culpable (el legislador ha realizado y positivizado la valoración de determinadas conductas como dolosas o gravemente culposas determinantes de la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor), y el art. 165 otros supuestos en los que existe una presunción *iuris tantum*, puesto que admite prueba en contrario, de culpabilidad. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Cuarto bloque.- Calificación y grupos de sociedades, 1)

3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Art. 172. 3

1. Naturaleza jurídica: ¿carácter indemnizatorio o sancionador?

1.1 Carácter sancionador

“Ahora bien, la correcta aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición.

La condena a la cobertura del déficit se impone, cuando procede, además de las consecuencias previstas en el artículo 172.2 de la Ley Concursal, por lo que dicha responsabilidad es compatible y se acumula a la responsabilidad por daños prevista en el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que ordena indemnizar los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores.

Como es obvio, la imposición de la condena a la cobertura del déficit exige la previa declaración del concurso culpable de la persona jurídica, que sólo procede cuando sea imputable a sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, la generación o agravación del estado de insolvencia en virtud de dolo o culpa grave, pero declarado el concurso culpable, la responsabilidad por el fallido concursal se impone con independencia de los concretos daños y perjuicios derivados de la conducta de los administradores o liquidadores, añadiéndose esta sanción, que se reserva para los supuestos de mayor gravedad, a la indemnización de daños y perjuicios, ésta sí, aplicable siempre que se declare culpable el concurso.”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238)

“El último ¿pero no menos importante? tema a analizar es la verdadera naturaleza de la responsabilidad concursal recogida en el artículo 173.2 LC en cuanto a la división doctrinal entre responsabilidad por culpa o responsabilidad-sanción. Es prácticamente unánime, en el momento actual, la doctrina que considera que la responsabilidad concursal derivada del artículo 173.3 de la LC tiene naturaleza sancionadora pues se da como consecuencia de que se cumplan determinados requisitos, que ya hemos señalado (en tal sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, 13/2006). Otras posiciones doctrinales señalan la necesidad de determinar una responsabilidad por culpa y daño (en tal sentido el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006, Rollo 841/05 [AC 2006\188]).

Entendemos que el legislador ha querido darle esta naturaleza sancionadora al no recoger, como si lo hace en el apartado 2 del artículo 172 LC una referencia expresa a supuestos resarcitorios. Una interpretación literal del precepto (173.3 LC) nos indica este carácter sancionador pero también ha sido así expuesto en la justificación a la enmienda que finalmente supuso (a través de la Ley 19/2005 de la sociedad anónima europea domiciliada en España) la modificación de los apartados quintos de los artículos 262 y 105 de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente. En este supuesto el legislador modificó el régimen de responsabilidad sanción respecto de los administradores limitando la extensa responsabilidad por todas las deudas sociales estableciendo los límites de (dies a quo) la existencia de la causa de disolución y una presunción al efecto. Explicaba el proponente de dicha enmienda, en su trámite en el Congreso que con dicha reforma se pretendía para llevar «a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta Ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio» [Enmienda número 34].”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

“NOVENO.- De considerarse aplicable el artículo 172.3 de la Ley Concursal, dicho precepto, desde luego, de compleja interpretación, establece que "Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o

parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa..

En principio, en el supuesto enjuiciado concurren los presupuestos exigidos legalmente para valorar la procedencia subjetiva y cuantitativa de la condena a la cobertura del déficit, en tanto que:

- 1) Se trata del concurso de una persona jurídica.
- 2) La sección se ha abierto como consecuencia de la apertura de la liquidación.
- 3) El concurso merece la calificación de culpable.
- 4) La masa activa es insuficiente para satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores concursales.

Ahora bien, la correcta aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición.

La condena a la cobertura del déficit se impone, cuando procede, además de las consecuencias previstas en el artículo 172.2 de la Ley Concursal, por lo que dicha responsabilidad es compatible y se acumula a la responsabilidad por daños prevista en el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que ordena indemnizar los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores.

Como es obvio, la imposición de la condena a la cobertura del déficit exige la previa declaración del concurso culpable de la persona jurídica, que sólo procede cuando sea imputable a sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, la generación o agravación del estado de insolvencia en virtud de dolo o culpa grave, pero declarado el concurso culpable, la responsabilidad por el fallido concursal se impone con independencia de los concretos daños y perjuicios derivados de la conducta de los administradores o liquidadores, añadiéndose esta sanción, que se reserva para los supuestos de mayor gravedad, a la indemnización de daños y perjuicios, ésta sí, aplicable siempre que se declare culpable el concurso.”: Sentencia JM-5 Madrid 05.12.2006 (Concurso 39/2004)

“DECIMOTERCERO 1. Lo que acabamos de exponer nos obliga a abordar a continuación el análisis de la extensión del artículo 172.3 LC. Grande es la polémica sobre si la que se ha dado en llamar "responsabilidad concursal" es una responsabilidad causal o, por el contrario, debe ser equiparada a una responsabilidad sanción. La literalidad del precepto no ofrece una respuesta indiscutible sobre esta cuestión. Buena prueba de ello es que a pesar de que la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas hasta el día de hoy [vid. Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de fechas de 16 de febrero de 2006 (autos núms. 12/04 [AC 2006, 238]), de 5 de diciembre de 2006 (autos núms. 39/04 [JUR 2007, 128156]) y de 18 de enero de 2007 (autos núms. 39/05 [JUR 2007, 127834])] y la mayoría de la doctrina concursalista, se inclinan a favor de la segunda opción aludida, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) de fecha 6 de febrero de 2006 (JUR 2006, 242022) -aunque a propósito de unas medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 48.3 LC -apunta con meridiana claridad en la dirección contraria.

2. Para averiguar cuál debe ser la correcta interpretación del artículo 172.3 LC debemos partir, en primer lugar, de la literalidad de su texto. Según tal precepto "si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". En contra de la tesis que sostiene que dicho precepto regula una responsabilidad causal se aduce que en el texto del precepto no se encuentra alusión alguna al nexo causal que se constituye como uno de los elementos esenciales en tal clase de responsabilidad. El precepto analizado se limita a disponer que en el caso en que el concurso sea declarado culpable, si la Sección Sexta ha sido abierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y el deudor es persona jurídica, los administradores o liquidadores de hecho o derecho podrán verse condenados a hacer frente -total o parcialmente- al importe de los créditos que no sean percibidos en la liquidación de la masa activa. Por tanto, el precepto alude de manera expresa sólo a los siguientes requisitos: a) que el concurso haya sido declarado

culpable; b) que el deudor concursado sea persona jurídica; y c) que se haya abierto la fase de liquidación. El legislador parece anudar a la simple concurrencia de dichos tres requisitos la consecuencia de responder de la parte de los créditos -ya sea en su totalidad, ya sea parcialmente- que no puedan ser hechos efectivos en la fase de liquidación. No obstante, dos son los obstáculos fundamentales que la literalidad del precepto ofrece a dicha interpretación. En primer lugar, la condición -al menos aparente- de facultativa que la Ley atribuye a dicha posibilidad -nótese que el precepto que estamos analizando hace referencia a que "la Sentencia podrá(...)", sin anudar a dicho efecto el carácter obligatorio que sería propio de una responsabilidad sanción en el caso en que concurren los presupuestos establecidos legalmente-. Por otro lado, el artículo examinado alude a la posibilidad de que los declarados responsables deban hacer frente al pago de los créditos insatisfechos en el período de liquidación de manera total o parcial -"(...)a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación" dice el artículo- dando a entender que el Juez del concurso deberá adoptar una u otra decisión en función del "daño causado". Volveremos sobre estas cuestiones más adelante.

3. A pesar de las dificultades apuntadas no puede ocultarse que el artículo 172.3 LC regulador de la "responsabilidad concursal" se contrapone a la previsión del artículo 172.2.3º LC que le precede. El análisis de la sistemática interna del precepto puede ofrecer cierta luz en relación a la respuesta que estamos indagando. Por lo que aquí interesa, dice el artículo 172.2.3º LC que uno de los pronunciamientos de la Sentencia de calificación será el relativo a la condena de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices "(...)a indemnizar los daños y perjuicios causados". Es revelador que en el mismo precepto el legislador en un caso haga uso con tanta claridad de la expresión que denota, sin posibilidad de discusión, que nos encontramos ante responsabilidad causal -"causados" se dice sin ambages- mientras que acto seguido se oculta tal expresión sumiendo al texto del precepto en una indeterminación difícil de entender. Por tanto, analizando la sistemática interna del precepto parece que no es descabellado deducir que si el legislador se manifestó con meridiana claridad al referirse a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, debió querer aludir a otra clase de responsabilidad cuando se pronunció de otro modo en el apartado siguiente del mismo precepto. Con meridiana claridad se pronuncia sobre este extremo el Auto dictado por Auto de 16 de febrero de 2006 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, en cuyo fundamento jurídico décimo afirma que "si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores".

4. Profundizando en el análisis del precepto para desentrañar su correcto significado, debemos acudir al iter legislativo de la norma en cuestión. Si acudimos al Anteproyecto de Ley Concursal observamos que el texto de su artículo 171.3 LC pasó sin alteración alguna a lo que en la Ley es el artículo 172.3 LC. Sin embargo, esta circunstancia no es la relevante. Lo relevante es que en el trámite parlamentario se formularon a tal precepto numerosas enmiendas que fueron rechazadas. El rechazo de tales enmiendas puede arrojar luz a esta cuestión tan polémica. La enmienda núm. 16 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados proponía adicionar al artículo 172.3 LC el siguiente párrafo "siempre que hubiera actuado con dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y que exista relación de causa a efecto entre los actos dolosos o negligentes y la falta de cobro por parte de los acreedores". La enmienda núm. 368 del Grupo Parlamentario Socialista pretendía -entre otras cuestiones- que se incluyera en el artículo 172.3 LC el siguiente párrafo: "3.(...)la cuantía de la cantidad a pagar será proporcional al daño causado por quienes hubieran producido o agravado el estado de insolvencia". Ambas enmiendas fueron rechazadas. A pesar de ello fueron reiteradas en el Senado -aunque presentadas en este caso por el Grupo Parlamentario Mixto la primera, y los Grupos Entesa Catalana pel Progrés y el Grupo Parlamentario Socialista, la segunda- corriendo la misma suerte. Nótese que el tenor de la justificación de tales enmiendas giraba en torno a la necesidad de clarificar que la "responsabilidad concursal" se encontraba anudada al sistema de responsabilidad causal propia de nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, nos encontramos aquí con que el rechazo de la incorporación de la propuesta que conllevaban las aludidas enmiendas supone una declaración de voluntad -de cierta contundencia- expresada por el legislador, que coadyuvaría al sostén de la tesis de que el artículo 172.3 LC regula un supuesto de responsabilidad sanción.

5. Para finalizar con esta cuestión debemos hacer alusión a que la responsabilidad concursal que se regula en el artículo 172.3 LC tiene su equivalencia en la acción de

complement du passif social del derecho francés. Dicha acción ha sido contemplada por el artículo 180.1º de la Ley de 25 de julio de 1985. Tan es así que en el precepto de la Ley francesa a la que acabamos de aludir se recoge la obligación de los administradores de hecho o de derecho -"dirigeants de droit ou de fait" dice literalmente el precepto que estamos examinando- de que respondan total o parcialmente -"en tout ou partie"- de las deudas de la persona jurídica en el caso que se produzca insuficiencia del activo. Y debe destacarse que el precepto de la legislación francesa que estamos examinando también hace uso de términos que aparentemente atribuyen facultades al Tribunal para condenar o no -"(...)le tribunal peut en cas de faute de gestion" es el tenor del artículo- a los gestores de la empresa. Parece pues que el prelegislador español se inspiró en la acción de complement du passif social de la legislación francesa para redactar el artículo 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal, que -como hemos señalado- pasó sin modificación alguna a constituir el texto del artículo 172.3 de la Ley. A propósito de tal acción es mayoritaria la doctrina francesa que estima que se contempla un supuesto de responsabilidad sanción. El argumento en favor dicha tesis consiste en que la consecuencia prevista en la norma -soportar las deudas de la entidad deudora- se halla desligada de la gravedad de su actuación. Basta que los gestores hayan contribuido de cualquier manera a la insuficiencia del activo que impide afrontar la totalidad de las deudas sociales. A mayor abundamiento se afirma que frente a la responsabilidad sanción, en la responsabilidad indemnizatoria el causante del daño debe indemnizar aunque ciñéndose el quantum de la indemnización al daño realmente causado. De este modo, cuando el legislador contempla una responsabilidad que se extiende más allá del daño causado, hay que concluir que prevalece el aspecto reparador que la desliga de la responsabilidad indemnizatoria. Lo que acabamos de exponer es plenamente aplicable al artículo 172.3º LC, en el que el legislador conscientemente omitió mencionar la necesidad de nexo causal entre la actuación del administrador o liquidador y el daño -representado por el impago, total o parcial, del crédito- extendiendo tal deber al crédito dejado de percibir en la fase de liquidación sin limitarlo al causado por la actuación que permite calificar el concurso de culpable. Ello nos indica que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad sanción.

6. Aludíamos más arriba a dos dificultades que representa el tenor de la Ley para mantener la interpretación que estamos defendiendo. Como hemos advertido, el artículo 172.3 LC parece atribuir al Juez del concurso la valoración de la procedencia de condenar o no a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho -lo cual sería incompatible con el carácter objetivo de la sanción-. Dice el precepto que "la Sentencia podrá, además, condenar(...)". Sin embargo, no entendemos que el uso de tal expresión pueda ser óbice para sostener que el artículo 172.3 LC regula un supuesto de responsabilidad sanción. Como se puede advertir, el legislador no hizo uso de la expresión "el Juez del concurso podrá, además, condenar(...)" sino que sitúa como sintagma nominal de la frase a la Sentencia. Se dice literalmente que "la sentencia podrá, además, condenar...". A nuestro entender ello impide atribuir a la condena un carácter facultativo que quede al albur de la valoración del Juez del concurso. El artículo 172.3 LC parece referirse a que cuando concurren los requisitos que en el mismo se plasman, la Sentencia podrá alcanzar a los administradores y liquidadores en los términos en el artículo aludidos. El verbo "poder" no se utiliza en la acepción equivalente a "facultad" sino en la de "potencialidad" referida al texto de la Sentencia. Tampoco la referencia al pago total o parcial de los créditos no satisfechos en la fase de liquidación es obstáculo para mantener la tesis a la que nos estamos refiriendo. El tenor del artículo en este punto es el siguiente: "condenar(...)a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". No es contraria a la interpretación que sostenemos la alusión a la posibilidad de condena al pago total o parcial, puesto que con ello no se hace referencia a un pago total o parcial que dependa de la gravedad de la actuación del administrador o del liquidador, sino que el precepto se quiere referir a que el pago del crédito será total o parcial en función de lo percibido previamente por el acreedor en la fase de liquidación. De este modo si el crédito no ha podido ser satisfecho en absoluto el condenado deberá cubrir la totalidad del importe. Por el contrario, si en la fase de liquidación se ha hecho frente con el activo de la entidad deudora a parte del crédito, la responsabilidad del condenado se extenderá sólo al resto del crédito pendiente.

7. Por último hay que mencionar que con esta interpretación no se subvierte la finalidad de la Ley Concursal. Es cierto que con el establecimiento de la responsabilidad sanción los acreedores tendrán cierto interés en evitar el convenio cuando tengan visos de que el concurso puede calificarse de culpable, puesto que con ello conseguirán alcanzar el patrimonio de los administradores o liquidadores. Sin embargo, ello supone un acicate en el comportamiento preconcursal de los responsables de la persona jurídica. Además, la Ley Concursal pretende dar facilidades para que se alcance la solución convenida en el concurso en aquellos casos de comerciantes diligentes. Baste examinar el tenor de

las prohibiciones que el artículo 105 LC recoge para impedir la presentación de propuestas de convenio anticipadas.”: SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

“DÉCIMO.- El artículo 172.3 de la Ley Concursal establece que "Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.”.

En principio, en el supuesto enjuiciado concurren los presupuestos exigidos legalmente para valorar la procedencia subjetiva y cuantitativa de la condena a la cobertura del déficit, en tanto que:

Se trata del concurso de una persona jurídica.

La sección se ha abierto como consecuencia de la apertura de la liquidación.

El concurso merece la calificación de culpable.

La masa activa es insuficiente para satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores concursales.

Ahora bien, la correcta aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador, siendo mayoritaria esta última posición, polémica doctrinal que pone de manifiesto la compleja interpretación del precepto.

La condena a la cobertura del déficit se impone, cuando procede, además de las consecuencias previstas en el artículo 172.2 de la Ley Concursal, por lo que dicha responsabilidad es compatible y se acumula a la responsabilidad por daños prevista en el último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, que ordena indemnizar los daños y perjuicios causados.

En consecuencia, si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores.

Como es obvio, la imposición de la condena a la cobertura del déficit exige la previa declaración del concurso culpable de la persona jurídica, que sólo procede cuando sea imputable a sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho, la generación o agravación del estado de insolvencia en virtud de dolo o culpa grave, pero declarado el concurso culpable, la responsabilidad por el fallido concursal se impone con independencia de los concretos daños y perjuicios derivados de la conducta de los administradores o liquidadores, añadiéndose esta sanción, que se reserva para los supuestos de mayor gravedad, a la indemnización de daños y perjuicios, ésta sí, aplicable siempre que se declare culpable el concurso.

Debe tenerse en cuenta que, en definitiva, el legislador introduce en sede concursal un esquema de responsabilidad de administradores similar al societario extraconcursal, de modo que la responsabilidad individual del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, fundada en el daño, encuentra su homónimo concursal en el artículo 172.2 in fine y la responsabilidad por deudas sociales, de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL, que es una responsabilidad ex lege, tiene el mismo fundamento que la responsabilidad del artículo 172.3 de la LC.

Por último, la utilización por el legislador del tiempo verbal futuro simple "... podrá..." no es obstáculo para mantener esta interpretación, en tanto que de concurrir los requisitos para exigir la responsabilidad, debe ésta exigirse en la misma medida que de afirmarse que estamos ante una responsabilidad por daño, el juez no puede decidir potestativamente exigir o no la responsabilidad de concurrir los requisitos previstos legalmente.”: SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

1.1.1 Irretroactividad: inaplicabilidad a hechos anteriores a la entrada en vigor de la LC

“Delimitada la responsabilidad concursal como una responsabilidad sanción, que carecía de tipificación en la legislación derogada, debe plantearse la posibilidad de su aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal y la respuesta debe ser negativa por aplicación del artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.3 del Código Civil y la propia Disposición Transitoria Tercera del Código Civil, teniendo declarado el Tribunal

Supremo en sentencia de 16 de abril de 1991 (RJ 1991, 2718) que «Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las Leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función».

En definitiva la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables impide declarar aquí la responsabilidad por el fallido concursal de las personas afectadas por la calificación, por ser los hechos determinantes de la calificación del concurso como culpable, anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal, habiéndose presentado la solicitud de concurso voluntario a los pocos días de la entrada en vigor de la Ley Concursal y dentro del plazo en ella previsto, concretamente el día 23 de septiembre de 2004.

Con la responsabilidad concursal no se sanciona el incumplimiento de un deber legal cuya infracción se haya cometido o mantenido tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, sino que deriva directamente de hechos anteriores a su entrada en vigor, que carecían de la sanción ahora prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, que agrava el sistema de responsabilidad de los administradores instaurando una nueva modalidad de responsabilidad, por lo que su declaración en esta resolución implicaría la aplicación retroactiva de una disposición sancionadora no favorable, con vulneración del artículo 9.3 de la Constitución. ”: Sentencia JM-5 Madrid 16.02.2006 (AC 2006\238) y en términos prácticamente idénticos, Sentencia JM-5 Madrid 05.12.2006 (Concurso 39/2004)

1.1.1.1 Subsistencia de la causa. Condena al desfase posterior a la LC

“Delimitada la responsabilidad concursal como una responsabilidad sanción, que carecía de tipificación en la legislación derogada, debe plantearse la posibilidad de su aplicación a hechos acaecidos con anterioridad la entrada en vigor de la Ley Concursal y la respuesta debe ser negativa por aplicación del artículo 9.3 de la Constitución, el artículo 2.3 del Código Civil y la propia Disposición Transitoria Tercera del Código Civil, teniendo declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1991 que "Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función".

En definitiva la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables impide declarar la responsabilidad por el fallido concursal de la persona afectada por la calificación, respecto de los hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

Ahora bien, la situación de insolvencia era patente al cierre del ejercicio 2004, vigente ya la Ley Concursal, presentando las cuentas anuales unos fondos propios negativos de 1.045.801,67 euros, figurando en la lista de acreedores presentada por el deudor numerosos impagos de los ejercicios 2003 y 2004, sin que el administrador instase el concurso hasta el 18 de enero de 2005, por lo que procede condenar a dicho administrador al pago de la cantidad de 636.066,38 euros, diferencia entre ese desfase patrimonial y el determinado por la administración concursal en los textos definitivos de la lista de acreedores y del inventario de la masa activa, que se eleva a 1.681.868,05 euros, sin que puedan incluirse los créditos contra la masa a efectos del desfase, dada la expresa referencia a los acreedores concursales contenida en el artículo 172.3, lo que excluye a aquéllos los cuales se contraponen a los concursales (artículo 84 de la LC), y todo ello en la medida en que los créditos concursales no sean satisfechos con la liquidación de la masa activa.”: SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

1.2 Carácter indemnizatorio: responsabilidad por daño y culpa

“Lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC.

Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: "la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...". Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización.

De este modo, aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que "de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas", ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.

En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1º El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales; 2º La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3º Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4º En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación.”: Auto AP Barcelona 06.02.2006 (Rollo 841/2005-2)

“Por lo que respecta a la condena solidaria a quienes habían sido administradores de derecho de la sociedad concursada (en concreto al Sr. Urquizo y a la herencia yacente del Sr. Fructuoso) y al administrador de hecho (Sr. Qadeer) a pagar la suma de 291.244’21 euros a la masa del concurso, para satisfacer créditos contra la masa y concursales, se funda en la previsión contenida en el art. 172.3 LC.

La sentencia que califique culpable el concurso de una sociedad puede contener, además de los pronunciamientos anteriores (calificación culpable del concurso, determinación de las personas persona afectadas por la calificación, la inhabilitación, la pérdidas de derechos en el curso y la obligación de restituir los indebidamente extraído del patrimonio de la sociedad), la condena de los administradores (o liquidadores) de hecho o de derecho de los dos últimos años a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación (art. 172.3 LC).

Como ya argumentamos en nuestro Auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05), “se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación

como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: “*la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...*”. Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización.”: S AP Barcelona 19.03.2007 (Sección 15) (Rollo 653/2006)

“En cuanto a la responsabilidad del administrador, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 el artículo 172.3º de la Ley Concursal y concluye señalando que se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, esto es, que sólo procederá cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores y liquidadores, conforme exige el artículo 164.1º de la Ley. El tenor literal del artículo 172.3º avalaría dicha tesis, frente a quienes entienden que se trata de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, dado que permite al Juez condenar o no al administrador. Por tanto hay que valorar la conducta del administrador y su participación en la generación o agravación de la insolvencia, de tal suerte que sólo si se prueba la existencia de relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio, será procedente la condena al administrador para que indemnice el daño. En el presente caso, es incuestionable la relación de causalidad entra la salida fraudulenta de bienes y la agravación del estado de insolvencia, por lo que, en principio, habría que declarar la responsabilidad del administrador cuando menos por la cantidad dispuesta (128.212,91 euros).”: Sentencia JM-2 Barcelona 09.05.2006 (AC 2006/1469)

“En cuanto a la responsabilidad del administrador, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 analiza el artículo 172.3º de la Ley Concursal y concluye señalando que se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, esto es, que sólo procederá cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores y liquidadores, conforme exige el artículo 164.1º de la Ley. El tenor literal del artículo 172.3º avalaría dicha tesis, frente a quienes entienden que se trata de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, dado que permite al Juez condenar o no al administrador. Por tanto hay que valorar la conducta del administrador y su participación en la generación o agravación de la insolvencia, de tal suerte que sólo si se prueba la existencia de relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio, será procedente la condena al administrador para que indemnice el daño. En el presente caso, de las distintas causas invocadas, sólo la demora en la solicitud del concurso puede incidir en la agravación de la insolvencia. No consta, sin embargo, que durante el periodo de seis meses que medió entre el momento en que la concursada debió promover el concurso y la solicitud ante este Juzgado se hayan contraído nuevas obligaciones, se haya privilegiado a determinados acreedores en perjuicio del resto o, en definitiva, que se hubiera agravado significativamente la situación de insolvencia. Por todo ello, de conformidad con la doctrina expuesta -muy restrictiva de la responsabilidad del administrador en sede concursal- debe rechazarse la petición de condena al demandado.”: SJM-2 Barcelona 19.01.2007 (JUR 2007/127794)

1.2.1 Irretroactividad: inaplicabilidad a hechos anteriores a la entrada en vigor de la LC

“Al margen de la consideración de este régimen de responsabilidad como resarcitorio o sancionatorio, en cualquier caso era inexistente con anterioridad, pues la consecuencia jurídica prevista, la condena a los administradores de hecho o de derecho al pago total o parcial de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación concursal, no existía antes de la entrada en vigor de la Ley concursal. Es por ello que, como ya apuntamos en nuestro auto de 27 de abril de 2006 (RA 840/05), ante el silencio legal, no cabe proyectar este régimen de responsabilidad sobre conductas realizadas por los administradores con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley concursal, de conformidad con la disposición transitoria 3ª del Código civil.

En consecuencia, procede dejar sin efecto la condena al Sr. Urquiza y a la herencia yacente del Sr. Fructuoso al pago de la suma de 291.244'21 euros, por haber sido estimado este extremo de su recurso, sin perjuicio de que en los fundamentos siguientes entremos a analizar si la conducta que se les imputa merece la calificación culpable del concurso. ”: S AP Barcelona 19.03.2007 (Sección 15) (Rollo 653/2006)

“ Ahora bien, los actos de disposición tuvieron lugar antes de que la Ley Concursal entrara en vigor, lo que obliga a analizar si el nuevo régimen jurídico instaurado con la Ley Concursal en materia de calificación del concurso y, en concreto, la posibilidad de condenar a quienes hubieran tenido la condición de administradores dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (artículo 172.3º de la Ley), es aplicable o no a aquellos actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Debe recordarse que, conforme al artículo 2.3º del Código civil, las Leyes no tienen efecto retroactivo salvo que dispusieren lo contrario, irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 la Constitución Española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La irretroactividad de la Leyes se asienta en el principio de seguridad jurídica y en el respeto a los derechos adquiridos y «a las situaciones jurídicas beneficiosas» (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984 [RJ 1984\ 5576]). Ahora bien, la retroactividad absoluta que prohíben los preceptos citados alcanza solo a los efectos jurídicos agotados o ya producidos de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley. De ahí que el Tribunal Supremo, en ocasiones, aluda a una retroactividad débil o de primer grado (sentencias de 24 de octubre de 1988 [RJ 1988\ 7635] y 23 de mayo de 1989, entre otras muchas), que puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en este sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de la Ley. Las disposiciones transitorias del Código civil, aplicables a problemas de derecho transitorio suscitados por la entrada en vigor de otras normas (artículo 4.3º del Cc), también permiten sostener la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones o relaciones jurídicas cuyos efectos no se hayan consumado o agotado. Pues bien, a la vista de cuanto antecede, entiendo que no puede mantenerse la aplicación de la nueva Ley a aquellos actos que pueden dar lugar a responsabilidad del administrador de acuerdo con el nuevo régimen establecido en la Ley Concursal pero que se cometieron antes de su entrada en vigor. El respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas actúa como límite de la retroactividad tácita, media o de primer grado. Conforme a la Legislación vigente mientras ejercieron el cargo, los administradores en ningún caso respondían personalmente, dentro de un proceso concursal, de la parte no cubierta con el producto de la liquidación del activo. Ese marco jurídico más beneficioso para el administrador, por razones de seguridad jurídica, no puede verse alterado por una nueva Ley que agrava sustancialmente su posición. Por todo ello, debe descartarse la responsabilidad del administrador demandado, que promovió el concurso pocos días después de entrar en vigor la Ley.”: Sentencia JM-2 Barcelona 09.05.2006 (AC 2006/1469)

2. Inaplicabilidad a los cómplices

“[El artículo 172.3 de la LC] Requiere por lo tanto tres requisitos:

Dos elementos condicionales consistentes en la apertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y que el concurso sea de persona jurídica.

Un elemento económico derivado de que los acreedores concursales no cobren

totalmente sus deudas.

Un elemento subjetivo en cuanto a las personas que pueden ser condenadas y que se limita a administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable.

Por tanto no es posible, como solicita la administración concursal, dicha condena a los declarados cómplices al no darse el elemento subjetivo que hemos señalado.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

3. Acreedores: sólo los concursales, no los de la masa

“No obstante lo anterior, debemos mantener la condena del Sr. Qadeer a pagar esa misma suma (291.244’21 euros), porque este pronunciamiento no ha sido objeto de apelación, habiendo quedado por ello firme en la primera instancia. Pero ello no impide aclarar un extremo de la sentencia de primera instancia que puede inducir a confusión, cual es el relativo al destino de la cuantía objeto de condena. En contra de lo manifestado en aquella, el destino de la suma objeto de condena no será la masa de la quiebra, pudiendo cobrar de ella tanto los acreedores concursales como los acreedores contra la masa, sino únicamente el pago de los acreedores concursales no satisfechos con la liquidación, pues el art. 172.3 LC no deja lugar a dudas al regular a qué pueden ser condenados los administradores: *“a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban con la liquidación de la masa activa”*. Esta previsión, que resulta consecuente con la concepción resarcitoria de la responsabilidad del art. 172.3 LC, identifica expresamente a los destinatarios del pago, sin perjuicio de que por tratarse de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal, los importes cobrados se ingresen en la masa y con ellos se haga pago exclusivo de los créditos concursales, de acuerdo con las reglas de preferencia de cobro derivadas de la clasificación concursal de sus créditos (arts. 156 a 158 LC).”: S AP Barcelona 19.03.2007 (Sección 15) (Rollo 653/2006)

“Los dos siguientes problemas a determinar son: Por un lado si la referencia a «acreedores concursales» que recoge la norma se refiere tanto a los créditos contra la masa o a los créditos del concurso. Dentro de este supuesto si es posible una condena ?en caso de que se incluyan créditos contra la masa? también para los créditos que se devenguen (contra la masa) con posterioridad a la sentencia de calificación.

(...) Respecto del primer apartado entendemos que es necesario justificar la excepcionalidad del precepto y el carácter estricto en la interpretación de la norma sancionadora (lex scripta et stripta) y acudir a lo previsto en el artículo 84 LC por cuanto distingue, en su intitulación, entre «créditos concursales y créditos contra la masa». Este es el criterio tradicionalmente seguido por el Tribunal Supremo del que es mero ejemplo la STS de 9 de diciembre de 1962 que señala: «La doctrina distingue dentro de los acreedores dos tipos o categorías; el primero el de aquellos que resultan acreedores del quebrado, sujetos al proceso colectivo, y el segundo que resultan serlo de la masa, nacidos de operaciones ulteriores o simple negocios o gestiones de conservación, o fomento y productividad de los bienes del activo, los que por tanto no quedan sujetos a la liquidación del pasivo, sino a la del activo (...) y sólo lo que constituye deudas de la masa, o sea, las originadas por sus propias operaciones y negocios de conservación, no quedan sujetas a la liquidación del pasivo y pueden ejecutarse directamente contra los bienes de la quiebra». Este es el mismo criterio delimitador que recoge en artículo 172.2º.3º LC al distinguir entre «acreedores concursales» o «de la masa».

Refiriéndose, por tanto, la norma a «acreedores concursales» sin distinguir entre créditos concursales y créditos contra la masa pero distinguiendo la norma estos dos supuestos en el citado artículo 84 LC procede estar a una interpretación integral y sistemática de la misma.

Ello, asimismo, soluciona el problema de una interpretación extensiva del supuesto previsto en el artículo 220 LECiv respecto de condenas de futuro por cuanto de incluir los créditos contra la masa está claro que no habría motivo alguno para limitarlos a los que existieran o se hubieran devengado al momento de la sentencia de calificación pues ello resultaría contrario respecto de los que si se generen con posterioridad y vendría delimitado por la mayor o menor rapidez en acudir a dicha sección o tramitar la misma.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

“sin que puedan incluirse los créditos contra la masa a efectos del desfase, dada la expresa referencia a los acreedores concursales contenida en el artículo 172.3, lo que excluye a aquéllos los cuales se contraponen a los concursales (artículo 84 de la LC), y todo ello en la medida en que los créditos concursales no sean satisfechos con la liquidación de la masa activa.”: SJM-5 Madrid 18.01.2007 (JUR 2007/127834)

4. Atribución y graduación de la responsabilidad

Importe de la contribución a la generación o agravación de la situación de insolvencia.

“Para fijar la suma objeto de condena, la sentencia de primera instancia argumenta que la primera conducta de los administradores que ha merecido la calificación culpable – una irregularidad grave en la contabilidad- ocultó la situación de causa de disolución, pues de no haberse contabilizado erróneamente aquella partida la sociedad se encontraría en la causa de disolución prevista en el art. 260.1.4º TRLSA, al ser los fondos propios inferiores a la mitad de capital social, y el incumplimiento de este deber de disolver habría generado una situación de insolvencia que según la pericial practicada en el juicio se cifraría en 291.244’21 euros. Por lo que en puridad, se debería condenar al administrador a pagar los créditos no satisfechos con la liquidación hasta la suma de 291.244’21 euros, a la que alcanza su contribución a la generación o agravación de la situación de insolvencia.

Conviene aclarar que nada impediría en supuestos en que la conducta de los administradores concurre, junto con otras causas, en la generación y/o agravación del estado de insolvencia, graduar su responsabilidad en función de un porcentaje, como se hace en otros supuestos de concurrencia de culpas en responsabilidad civil, con arreglo al cual se les condenaría a pagar un tanto por ciento del importe de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, en función de su grado de participación en la generación y/o agravación de la insolvencia. Por lo tanto esta proporción vendrá determinada por la relación de causalidad, de modo que si se estima que la conducta del administrador o del liquidador fue la que generó la insolvencia se le debería condenar al pago de todos los créditos, mientras que si esta conducta contribuyó parcialmente a la generación de la insolvencia o bien la agravó, la sentencia podrá concluir en qué proporción es responsable, y en esa misma condena al pago de los créditos no satisfechos con lo obtenido de la liquidación.”: S AP Barcelona 19.03.2007 (Sección 15) (Rollo 653/2006)

Los dos siguientes problemas a determinar son: (...) En segundo lugar cómo procede determinar la condena al pago total o parcial del importe de dichos créditos, su graduación y motivación. (...)

En segundo lugar y para la determinación de la condena en cuanto al pago total o parcial de dichos créditos creemos que la misma debe fundamentarse esencialmente en la justificación de la gravedad de los hechos aunque delimitado por su naturaleza ¿como veremos? sancionadora.

En el concurso podemos distinguir entre el «interés del concurso» y «los intereses concurrentes». El primero es, dentro del proceso, el interés perseguido en cada fase o sección; el segundo lo determina los diferentes intereses tutelados (acreedores, trabajadores en relación a su puesto de trabajo, deudor, afectación a la sociedad, interés público, etc.). En la sección de calificación y en el concreto apartado tercero del artículo 173 LC el interés tutelado es, in genere, el de los acreedores sean cuales fueren los interesados personados (acreedores, deudor, afectados, cómplices, trabajadores, Ministerio Fiscal, administración concursal u otros). Es por ello que sea cual sea el origen de la petición (en el presente caso el de unos concretos trabajadores a través de su defensa) cuando la petición se realiza con este interés (el de acreedor) la condena no puede estar limitada a los que la han solicitado sino que es extensible a todos los acreedores.

La intervención de la administradora ~~concursal~~, como hemos visto, es completa y plena en cuanto a la situación patrimonial (económico-financiera) de solicitud (artículo 5 LC) o de la exactitud de los documentos presentados al ser ella la firmante de dicha solicitud. Por ello la extensión de la responsabilidad no puede tener ninguna matización en cuanto a la condena a imponer atendiendo a que se han catalogado como graves dichas inexactitudes y la situación patrimonial mantenida tras la entrada en vigor de la Ley concursal y a la plena participación de dicha administradora en todos los supuestos.

El último ¿pero no menos importante? tema a analizar es la verdadera naturaleza de la responsabilidad concursal recogida en el artículo 173.2 LC en cuanto a la división doctrinal entre responsabilidad por culpa o responsabilidad-sanción. Es prácticamente unánime, en el momento actual, la doctrina que considera que la responsabilidad concursal derivada del artículo 173.3 de la LC tiene naturaleza sancionadora pues se da como consecuencia de que se cumplan determinados requisitos, que ya hemos señalado (en tal sentido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, 13/2006). Otras posiciones doctrinales señalan la necesidad de determinar una responsabilidad por culpa y daño (en tal sentido el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006, Rollo 841/05 [AC 2006\

188]).

Entendemos que el legislador ha querido darle esta naturaleza sancionadora al no recoger, como si lo hace en el apartado 2 del artículo 172 LC una referencia expresa a supuestos resarcitorios. Una interpretación literal del precepto (173.3 LC) nos indica este carácter sancionador pero también ha sido así expuesto en la justificación a la enmienda que finalmente supuso (a través de la Ley 19/2005 de la sociedad anónima europea domiciliada en España) la modificación de los apartados quintos de los artículos 262 y 105 de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente. En este supuesto el legislador modificó el régimen de responsabilidad sanción respecto de los administradores limitando la extensa responsabilidad por todas las deudas sociales estableciendo los límites de (dies a quo) la existencia de la causa de disolución y una presunción al efecto. Explicaba el proponente de dicha enmienda, en su trámite en el Congreso que con dicha reforma se pretendía para llevar «a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta Ley y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y que en estos momentos no se produce. Con la regulación actualmente en vigor, en el Derecho societario se sanciona a los administradores infractores de sus deberes en los supuestos en los que concurra una causa de disolución de la sociedad con la responsabilidad solidaria frente a terceros por todas las deudas sociales, la cual es muy superior a la que contiene la Ley Concursal en caso de insolvencia de la sociedad causada o agravada por los administradores. Con esta modificación se eliminan también las dudas interpretativas que ha suscitado en esta materia la Ley 22/2003, de 9 de julio» [Enmienda número 34].

El mismo criterio y justificación anterior nos puede servir para delimitar el pago total o parcial de las deudas que se proponen por el legislador en el artículo 173.3 LC a partir de dos supuestos:

La responsabilidad por las deudas posteriores a la existencia de la situación de insolvencia.

La presunción ¿no recogida expresamente en la norma concursal? de que todas las deudas se suponen posteriores salvo prueba en contrario de los administradores.

Tratándose en el presente supuesto de deudas puestas de manifiesto realmente con el informe de la administración concursal, determinada que la causa de insolvencia surge desde el mismo momento de la creación de la sociedad tal y como expuso la propia deudora y ratificó el informe de la administración concursal y vista la inexistencia de prueba por el administrador que desvirtúe lo señalado, procede la condena al pago de la totalidad de los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa a la administradora única.”: Sentencia JM-1 Málaga 22.05.2006 (AC 2006/1264)

“SEPTIMO.- Resta por determinar la solicitud efectuada por la administración concursal de que se condene a los afectados a pagar la totalidad del importe de los créditos concursales y contra la masa. Que importan un total de 147.119.261´05€, en virtud de lo prevenido en el apartado 3 del artículo 172 de la ley concursal, que es una de las novedades mas importantes introducidas en la ley concursal.

El mentado apartado, reseña que “si la sección de calificación hubiera sido firmada o reabierta a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia, podrá, además, condenar a los administradores o liquidados de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable...a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.”

Este apartado recoge una responsabilidad subsidiaria de los administradores declarados culpables, y que deben responder con sus propios patrimonios de las deudas de la masa del concurso en cuanto los activos de la masa no bastan para satisfacer a todos los acreedores, y no solidaria, como parece entender la administración concursal al pretender sean condenadas a abonar la totalidad de la deuda del concurso.

En ello precisamente radica la principal diferencia que presenta tal declaración de responsabilidad con los supuestos contemplados en los artículos 135 y 262 de la Ley de sociedades Anónimas pues como estos se trata de hacer responder a los administradores frente a terceros, pero a diferencia de estos supuestos de responsabilidad personal y solidaria de los administradores, el apartado 3 anteriormente transcrito establece una responsabilidad subsidiaria y supletoria, que exige la previa liquidación de los bienes de la persona jurídica en concurso y la expresa declaración de culpabilidad del concurso.

El sistema de la responsabilidad concursal tal y como ha sido recogida en la Ley Concursal concede un amplio margen de discrecionalidad al Juez del concurso, considerada excesiva por algunos autores de nuestra doctrina.

No obstante la discrecionalidad, entiendo, que queda limitada al importe de la responsabilidad, pues dándose los presupuestos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad concursal (esto es, que quepa imputar a los administradores por una actuación dolosa o con negligencia grave en la generación o agravamiento del estado de insolvencia y que la sección de calificación hubiera sido formulada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación) la responsabilidad debe exigir, si bien puede no afectar a todos los administradores ni a los que les afecte debe serlo por igual.

Habrà de atenderse en cada caso a la conducta de cada administrador comprobando si la observada por cada uno de ellos ha llevado consigo el incumplimiento o la vulneración de los deberes de diligencia y lealtad que le son exigibles en virtud de lo establecido en las respectivas leyes reguladoras de la forma social de que se trate.

En el caso que nos ocupa, Don Lennart Ericsson si bien se estima responsable del agravamiento de la insolvencia en cuanto consejero apoderado de la concursada que efectuó o permitió efectuar negligentemente (no consta en las actuaciones quien de los dos administradores sociales firmo las trasferencias) no se considera que su participación en los hechos le haga merecedor de tener que responder de las deudas de la masa de forma subsidiaria por cuanto ninguna vinculación tiene con ninguna de las mercantiles involucradas en el acto dispositivo, ni con HEBI INTRESSETER SA, ni con BIOFERMA MURCIA S.A, que no sea otra que la de ser consejero apoderado de esta ultima.

Muy al contrario ocurre con Don Refaad Mohamed el Sabed, único socio de la mercantil HEBI INTRESSETER AB (Sociedad patrimonial, participada al 100% por el Sr. El-Sayed), que es a su vez accionista mayoritario de la concursada con un 97'59% de su accionamiento (que adquirió por un solo 1€) y a cuyo favor se efectuaron precisamente las disposiciones dinerarias que precipitaron la situación concursal.

En consecuencia se estima que la responsabilidad concursal subsidiaria del art. 172.3 de la Ley Concursal ha de exigirse de forma exclusiva al Sr. El-Sayed, quien deberá responder de todas las deudas de la masa que no perciban los acreedores en liquidación, incluso de las nacidas antes de su nombramiento como administrador siguiendo por analógica la doctrina jurisprudencial, esta en relación a la responsabilidad de los administradores en el Art. 262 del Texto Refundido de la Ley de sociedad Anónimas(aprobado por Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre).": Sentencia JM-1 Murcia 19.02.2007 (Incidente Concursal 340/2006)

5. Sobre la interpretación del término "podrá"

5.1. ¿Es una facultad potestativa del juez? ¿Está sujeta el principio dispositivo?

"OCTAVO.- La llamada "responsabilidad concursal"

La primera duda que se plantea en el apartado de la eventual responsabilidad que dispone el art. 172.3 LC es que la administración concursal entiende que no hay que hacer pronunciamiento alguno al respecto, pues considera que la calificación de culpabilidad no debe aparejar, dada la actuación del administrador social de la concursada, las graves consecuencias que dispone dicho apartado. El Fiscal simplemente guarda silencio sobre este particular.

El art. 172.3 LC no impone al respecto ninguna obligación. Dice que el juez "podrá" condenar a los administradores a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos no satisfechos. La facultad que tiene el juez se puede emplear o no, según las circunstancias, aunque sea discutible si queda sometido al principio de rogación. La utilización de una expresión como la empleada por la ley parece habilitar al juez, que tiene así una facultad potestativa. Puede utilizarla o no, sin que quede obligado por las peticiones de las partes. Sin duda al juez le vincula, según el art. 170.1, la calificación que hagan fiscal y administración concursal, de modo que si ambos coinciden en considerarlo fortuito no puede dictar otra resolución que el auto de archivo de la sección. En ese caso ni siquiera cabe recurso, de modo que se veda a los acreedores que hayan podido efectuar alegaciones al amparo del art. 168.2 LC la posibilidad de revisar esa calificación.

Sin embargo no parece que suceda lo mismo con la responsabilidad concursal, pues en este caso la norma apuesta por facultar al juez para que proceda como considere oportuno, igual que el art. 48.3 permite acordar el embargo de oficio. Esa libertad del juez se compadece mal no sólo con el principio dispositivo, sino con el derecho de defensa, pues de algún modo debería el afectado poder discutir la pretensión de los legitimados para exigir responsabilidad concursal. Si no la hay, difícilmente podría argumentarse en contra, exponiendo las razones fácticas y jurídicas que amparan su

pretensión absolutoria. La tutela judicial padecería gravemente, salvo que el juez planteara esta tesis en la propia vista.

Semejante dificultad queda superada, al menos en este caso, por la existencia de un acreedor, el instante del concurso, que aún cuando no puede pretender la calificación, sí ha realizado alegaciones sobre la eventual responsabilidad del administrador social, cuya declaración expresamente reclama. Tales alegaciones son conocidas por el demandado, que de esta manera, pese a la falta de petición de administración concursal y el silencio al respecto del fiscal, ha podido defenderse de las alegaciones del acreedor, utilizando los medios de prueba y alegaciones que estimara conducentes. En este caso además el art. 172.4, en relación con el art. 168.1 LC, concede legitimación a los acreedores interesados, que se personaron en la sección y por lo tanto pueden considerarse como parte, para recurrir la sentencia.

El Auto AP Barcelona (Secc. 15ª), de Auto de 6 de febrero de 2006 (Rollo Apelación 841/05), utiliza un argumento que podría apoyar esta interpretación, al señalar que *"...el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: <<la sentencia podrá, además, condenar a los administradores...>>. Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar"*. Parece que la audiencia entiende que la eventual responsabilidad del precepto no opera automáticamente, sino que el juez puede apreciarla o no. Si es libre para no hacerlo, también lo será, pese a la falta de petición expresa de los legitimados para calificar, que no impide apreciar las alegaciones de quienes se mostraron parte conforme al art. 168.1 LC.

Sentado lo anterior y sin necesidad de adentrar el análisis en el polémico asunto de la naturaleza de la responsabilidad que dispone el art. 172.3 LC, no se aprecian razones para que se declare. Como refiere la administración concursal en su informe, nos encontramos ante un administrador social que en todo momento cooperó con los acreedores de la concursada para hacer viable el cobro de sus créditos. Se allanó a sus pretensiones en el asunto de mayor importe económico, el juicio declarativo de mayor cuantía nº 220/1998 que se tramitó por el Juzgado de Instancia nº 10 de Bilbao, facilitó la documentación y cooperación precisa a los mismos, interpuso en nombre de la sociedad acciones judiciales frente a los que consideraba responsables de la desaparición de los fondos invertidos por DINERGESTION en la empresa que adquiría las cédulas hipotecarias, y ha colaborado durante el concurso para el esclarecimiento de todas las vicisitudes habidas en estos años.

Hay que tener en cuenta que el concurso se declara a instancia de un acreedor que tiene la peculiaridad de que será a su vez deudor de DINERGESTION S.L. de ser insuficiente el patrimonio de la concursada, pues fue condenado subsidiariamente, igual que el resto de los administradores de la sociedad en la que invertía las aportaciones de sus clientes la aquí concursada. No es pues un simple acreedor interesado en percibir el importe de su crédito o el incremento del importe de la masa activa. Es uno de los obligados al abono de las deudas de DINERGESTION S.L., pues merced a la acción del art. 1.111 CCv ejercitada en el juicio de mayor cuantía, quedó obligado a resarcir a los demás acreedores de la concursada si su patrimonio resulta, como a todas luces evidencian los procedimientos judiciales seguidos para tratar de hacer efectivos los activos adquiridos, insuficiente.

Desde esas consideraciones no se aprecia razón alguna para el pronunciamiento perseguido por el solicitante del concurso, ya que los incumplimientos que han conducido a la calificación del concurso como culpable no impiden constatar que todos ellos son posteriores a la situación que ocasionó la situación de insolvencia, que fue esencialmente el incumplimiento que tiene que soportar DINERGESTION S.L., y en consecuencia sus clientes, como consecuencia de las graves irregularidades que se produjeron en la sociedad madrileña de la que el acreedor instante del concurso era administrador social, y por las que ha sido condenado, junto con otros integrantes de su Consejo de Administración, al abono subsidiario a los acreedores de la concursada de las cantidades que se indican en la tantas veces sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Todo ello determina la utilización de la facultad de no establecer ninguna responsabilidad con fundamento en el art. 172.3 LC, como considera posible la SAP Barcelona (Secc. 15ª), de 19 de marzo de 2007 (Rollo apelación 653/2006).": SJM-1 Bilbao 26.04.2007 (Concurso 50/2004)

5.2 La expresión no se refiere a una facultad del juez sino a potencialidad del contenido de la sentencia

"6. Aludíamos más arriba a dos dificultades que representa el tenor de la Ley para mantener la interpretación que estamos defendiendo. Como hemos advertido, el artículo

172.3 LC parece atribuir al Juez del concurso la valoración de la procedencia de condenar o no a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho -lo cual sería incompatible con el carácter objetivo de la sanción-. Dice el precepto que "la Sentencia podrá, además, condenar(...)". Sin embargo, no entendemos que el uso de tal expresión pueda ser óbice para sostener que el artículo 172.3 LC regula un supuesto de responsabilidad sanción. Como se puede advertir, el legislador no hizo uso de la expresión "el Juez del concurso podrá, además, condenar(...)" sino que sitúa como sintagma nominal de la frase a la Sentencia. Se dice literalmente que "la sentencia podrá, además, condenar...". A nuestro entender ello impide atribuir a la condena un carácter facultativo que quede al albur de la valoración del Juez del concurso. El artículo 172.3 LC parece referirse a que cuando concurren los requisitos que en el mismo se plasman, la Sentencia podrá alcanzar a los administradores y liquidadores en los términos en el artículo aludidos. El verbo "poder" no se utiliza en la acepción equivalente a "facultad" sino en la de "potencialidad" referida al texto de la Sentencia. Tampoco la referencia al pago total o parcial de los créditos no satisfechos en la fase de liquidación es obstáculo para mantener la tesis a la que nos estamos refiriendo. El tenor del artículo en este punto es el siguiente: "condenar(...)a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa". No es contraria a la interpretación que sostenemos la alusión a la posibilidad de condena al pago total o parcial, puesto que con ello no se hace referencia a un pago total o parcial que dependa de la gravedad de la actuación del administrador o del liquidador, sino que el precepto se quiere referir a que el pago del crédito será total o parcial en función de lo percibido previamente por el acreedor en la fase de liquidación. De este modo si el crédito no ha podido ser satisfecho en absoluto el condenado deberá cubrir la totalidad del importe. Por el contrario, si en la fase de liquidación se ha hecho frente con el activo de la entidad deudora a parte del crédito, la responsabilidad del condenado se extenderá sólo al resto del crédito pendiente.": SJM-1 Madrid 16.01.2007 (Concurso 49/2004)

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

Artículo 173. Sustitución de los inhabilitados.

Los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados cesarán en sus cargos. Si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

SECCIÓN 2 - DE LA CALIFICACIÓN EN CASO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 174. Formación de la sección de calificación.

1. En los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, la autoridad supervisora que las hubiera acordado comunicará inmediatamente la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad.
2. Recibida la comunicación y, aunque la resolución administrativa no sea firme, el juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso. Se dará al auto la publicidad prevista en esta ley para la resolución judicial de apertura de la liquidación.

Artículo 175. Especialidades de la tramitación.

1. La sección se encabezará con la resolución administrativa que hubiere acordado las medidas.
2. El plazo de personación de los interesados será de 15 días a contar desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior.
3. El informe sobre la calificación será emitido por la autoridad supervisora que hubiere acordado la medida de intervención.

TÍTULO VII - DE LA CONCLUSIÓN Y DE LA REAPERTURA DEL CONCURSO

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 176. Causas de conclusión del concurso.

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

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

Art. 176.1.1º Conclusión por revocación de la declaración en apelación

1. Procede la conclusión del concurso sin necesidad de ninguna otra resolución ni trámite preceptivo

“SEGUNDO Establece este precepto [art.176 LC] que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones, 1º, «una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso».

Aquella resolución y su firmeza es el presupuesto para que concluya el procedimiento concursal y pueda procederse al archivo de las actuaciones, sin necesidad de cualquier otra resolución ni trámite preceptivo, como se desprende, a contrario sensu, de los casos de los ordinales 3º a 5º, de lo dispuesto en el apartado 2 del propio artículo, que requiere se acuerde por auto y se emita el informe que menciona. En los supuestos de los ordinales 1º y 2º del apartado 1, esa resolución ya existe.

Ahora bien, que no sea necesaria, no es óbice para que otra resolución, como la del Juzgado de Instancia, de fecha 6 de febrero de 2006, así lo reconozca. Se trataría de una resolución y declaración redundante, pero no por ello nula: la retroacción de los efectos al momento inmediatamente anterior a la solicitud del concurso, es decir, los efectos ex tunc del auto revocatorio de la declaración del concurso, es algo inherente a la desestimación de la solicitud de concurso, a la revocación del auto de declaración del mismo y al dejar «sin efecto el resto de los pronunciamientos del auto recurrido», como dispuso el auto de este Tribunal. La reiteración en el Auto del Juzgado de Instancia ninguna consecuencia jurídica nueva añade ni respecto a las procesales, ope legis, sobre su conclusión. Pero, aun cuando sea reiterativa, redundante, en cuanto reproduce el reconocimiento de efectos ya producidos, ope legis o por el auto revocatorio de la Audiencia Provincial, ni supone su invalidez ni modificación en la situación jurídica que comporta esta resolución.”: Auto AP Burgos 09.11.2006 (Sección 3) (AC 2006/2009)

- 2.º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.

Art. 176.1.2º Conclusión por cumplimiento del convenio

1. Caso de hallarse en trámite la sección de calificación

PRIMERO.- Como ya se puso de manifiesto en el Auto de fecha 30 de octubre de 2006, el artículo 176.2 de la Ley Concursal(en adelante LC) -del mismo modo como lo hace el artículo 141 LC- contempla como causa de conclusión del concurso la firmeza del Auto que declare el cumplimiento del convenio. Por tanto, no le correspondía al Auto que declaraba íntegramente cumplido el convenio tener la eficacia de poner fin al concurso, sino que era necesario que ulteriormente, transcurridos los términos fijados legalmente y con la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley, se decidiera sobre la conclusión del concurso de la entidad Dorlast, S.L. Que las cosas son así se desprende con claridad del texto del artículo 141 LC. Dispone dicho precepto que "firme 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 en los artículos 23 y 24 de esta Ley". En el presente caso no se ha ejercitado acción alguna contra el Auto de fecha 30 de octubre de 2006 que ha declarado el cumplimiento del convenio aprobado por Junta de acreedores. Por un lado, el aludido Auto de cumplimiento de convenio no fue recurrido. Por otro, la acción de incumplimiento para cuyo ejercicio el artículo 140.1 LC establece el término de caducidad

de "dos meses contados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento", constatado el transcurso del aludido plazo, no ha sido ejercitada por ningún acreedor.

SEGUNDO.- 1. Queda únicamente por analizar si la pervivencia de la Sección Sexta impide la conclusión del concurso. No podemos ocultar que cuando la Ley regula la conclusión del concurso sin prever una conclusión independiente y separada de cada una de las Secciones del concurso, permite intuir que cuando se refiere a la "conclusión del concurso" la hace predicable exclusivamente de la totalidad del procedimiento, sin que parezca posible dictar sucesivas resoluciones de conclusión para cada una de las Secciones del concurso, que constituirían la figura de conclusión parcial del procedimiento concursal -figura que no ha sido contemplada legalmente-. La Ley parece reservar la declaración de conclusión del concurso a una única resolución que ponga fin, definitivamente, a todo el procedimiento. La regulación legal -como luego veremos- coadyuva sólo en parte a esta interpretación. Sin embargo, el tenor del artículo 176.3 LC tiene un tono en cierto modo discordante de la tesis que acabamos de expresar. El aludido precepto dispone que "no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión". Tal artículo parece contemplar como único supuesto en el que no cabría dictar Auto de conclusión de concurso a pesar de encontrarse en trámite -y por tanto no concluida- la Sección Sexta del mismo, el de inexistencia de bienes y derechos del concursado. A pesar de la lógica de lo preceptuado -es obvio que la finalidad solutoria del concurso no se encuentra plenamente cumplimentada cuando, a pesar de la inexistencia de bienes y derechos en la masa activa, sea posible anexar a ésta otros patrimonios como consecuencia del pronunciamiento que en la aludida Sección recaiga de su tenor cabe atisbar que el legislador sí contempló la posibilidad de conclusión del procedimiento concursal a pesar de la prosecución del trámite de la Sección Sexta en aquellos otros casos en que la causa de conclusión no sea la inexistencia de bienes y derechos de la masa activa.

2. De lo hasta aquí dicho parece desprenderse que en el caso en que la causa de conclusión del concurso lo sea -entre otras- la de cumplimiento íntegro del convenio, la finalidad represiva que subyace en la Sección Sexta queda completamente desligada de las consecuencias económicas del concurso, y por tanto no puede ser impedimento para que se decida su conclusión. Sin embargo, a este corolario se opone el tenor del artículo 178 LC. Tal precepto prevé que "en todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación". De la lógica interna del artículo se desprende que en primer lugar se sitúa la Sentencia firme de calificación, y después, la conclusión del concurso, puesto que en este último momento deberá tenerse en cuenta el pronunciamiento recaído en la Sentencia firme de calificación a los efectos de rediseñar los márgenes de las facultades de administración y disposición del deudor que habían sido limitadas -o suspendidas- como consecuencia del Auto de declaración del concurso. El precepto que estamos analizando tiene como fin impedir que las facultades de administración y disposición del concursado se retornen al deudor liberadas de cualquier limitación cuando sea posible que en la Sección Sexta se dicte Sentencia que pueda producir efectos sobre las mismas.

3. A pesar de todo lo dicho, en la práctica es posible que se produzcan excepcionales supuestos en los que el concursado haya cumplido los términos del convenio con anterioridad a que recaiga Sentencia en la Sección Sexta del concurso, y que ni del informe de la Administración concursal (ex artículo 169.1 LC) ni del dictamen del Ministerio Fiscal (ex artículo 169.2 LC) se desprenda que pueda permanecer limitación alguna en las facultades del deudor concursado cualquiera que sea el sentido de la ulterior Sentencia de calificación. Debe ponerse de relieve que en tales casos, la Sentencia de aprobación del convenio ya habrá producido el cese de los efectos de la declaración del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor como consecuencia de la lógica expansión de tales facultades una vez que se ha acordado el cese de la Administración concursal (ex artículo 133.2 LC). Pues bien, en los excepcionales supuestos en que tales circunstancias se presenten, no parece conveniente que se mantenga frente a terceros el reflejo de la inicial declaración de concurso del deudor -único efecto persistente- a expensas de la finalización del trámite de la Sección Sexta, la que -como hemos dicho- no podrá tener eficacia represiva más que para aquellos que hayan sido calificados como personas afectadas por la calificación o como cómplices.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, DISPONGO.

- Se acuerda, con los efectos previstos en la Ley, la conclusión del concurso voluntario de la entidad Dorlast, S.L. sin perjuicio de la continuación del trámite de la Sección Sexta de dicho concurso"; Auto JM-1 Madrid 19.02.2007 (JUR 2007/132775)

- 3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio.

Art. 176.1.3º Conclusión por íntegra satisfacción de los acreedores

"PRIMERO.- Puesta de manifiesto por las entidades Siemens, S.A., Tecnología de Hidrocarburos e Infraestructuras Energéticas, S.A.(TEHISA), y por D. Ángel y D^a- M^a Luisa la causa de conclusión del concurso de la entidad Sieberdeen A.I.E. recogida en el artículo 176.1.3º LC, el Juez del concurso debe analizar si concurren los presupuestos legales para pronunciarse de conformidad con lo interesado. Según el aludido artículo "procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:(...) 3º. En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio".

La claridad del texto legal en orden al momento en que cabe presentar la solicitud de conclusión del concurso por causa de pago de todos los créditos reconocidos o por satisfacción íntegra de todos los acreedores, despeja cualquier duda que pudiera plantearse sobre este punto. Procederá solicitar la conclusión del concurso -si se constata la realidad de aquella causa- desde el mismo momento de la declaración del concurso hasta que finalice la fase de liquidación. Nos referimos sólo a la fase de liquidación porque no parece que pueda ser procedente el pronunciarse sobre la conclusión del concurso por esta causa cuando el concurso haya entrado en el periodo de cumplimiento del convenio puesto que incluso en los excepcionalísimos casos en que no se haya pactado quita alguna -lo cual permitiría hablar de íntegra satisfacción de los acreedores- debería reconducirse la conclusión del concurso a la específica causa prevista en el artículo 176.1.2º LC -que se reproduce en el artículo 141 LC-.

SEGUNDO.- 1. La segunda cuestión que nos debemos plantear es la de los acreedores que deben verse satisfechos como condición para acordar la conclusión del concurso. El artículo 176.1.3º LC se refiere al "pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio". La diferenciación hecha por el precepto parece girar en torno al medio de cumplimiento de la obligación: en el primer caso, pago o consignación; en el segundo, cualquier otro medio. En ambos casos, todos los acreedores del concursado deben haber visto satisfecho su crédito. A tal fin puede acarrear problemas el supuesto -como el presente- en que, por el momento en que se formula la solicitud de conclusión, todavía no se ha procedido a la confección de la lista definitiva de acreedores por parte de la Administración concursal. Sin embargo, la circunstancia de que la autorización concedida mediante Auto de fecha 14 de julio de 2006 permitiera alcanzar un acuerdo entre Siemens, S.A. y D. Ángel que se refleja también en los créditos que como subordinados tenían reconocidos, así como el que todos los impugnantes de la lista provisional de acreedores renunciaran a sus respectivas pretensiones, ha permitido confeccionar a la Administración concursal a modo de "lista definitiva" una relación de todos los acreedores que pudieran considerarse concursales de la entidad Sieberdeen, A.I.E., a la que se ha adicionado la relación de créditos contra la masa. Es a tales acreedores a los que debe satisfacerse íntegramente sus respectivos créditos como conditio sine qua non para la conclusión del concurso.

2. Llegados a este punto debe resaltarse que la Administración concursal, en su informe, ha hecho constar que "a día de emisión de éste informe, están completa y absolutamente satisfechos por ésta administración concursal/ todos los créditos concursales por importe de... euros tal y como consta en la lista definitiva de acreedores, y todos los créditos contra la masa por importe de ... euros". Debe entenderse confirmado dicho extremo por la circunstancia de que, habiéndose dado traslado de la solicitud de conclusión del concurso a todos los personados en el presente procedimiento concursal, ninguno de ellos haya manifestado objeción a que se acuerde en tal sentido.

3. Debe ponerse asimismo de relieve que, por la propia esencia de la causa de conclusión que estamos examinando, constituiría obstáculo para la terminación del concurso el que se encontrase pendiente contienda sobre la cuantía o calificación de algún crédito concursal. Viene a colación esta reflexión porque la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que -como se plasma en el séptimo antecedente de hecho de esta resolución- había formulado demanda incidental contra la Administración concursal

de la entidad Sieberdeen, A.I.E. cuestionando la falta de reconocimiento y pago de la liquidación núm. ... en concepto de IRPF por trabajo persona 2T-2003 (sanción), solicitó el archivo de la referida demanda habiéndose acordado mediante Auto de fecha 21 de diciembre de 2006 de conformidad con lo solicitado, por lo que ningún obstáculo de los que se acaban de aludir existe a fecha de hoy a fin de poder acordar la conclusión del concurso.”: Auto JM-1 Madrid 22.12.2006 (Concurso 433/2005)

- 4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores.
- 5.º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso [DT.1.1 terminado el trámite de reconocimiento de créditos o su equivalente] cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

2. En los tres últimos casos del apartado anterior, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas.

3. No podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión.

Art. 176.3

1. (Quiebra) No impide el archivo la alegación de la posibilidad de hipotéticas acciones de reintegración, no hallándose ninguna en curso

“TERCERO. Resulta palmario con la normativa precedentemente referida (Disposición Transitoria Primera en relación con el artículo 176 -1 de la Ley Concursal) que el legislador ha perseguido que las causas por las que puede concluir el concurso sean de aplicación a los procesos concursales, quiebra, suspensión de pagos etc. en tramitación cuando dicha Ley entra en vigor (1-9-2004) y una de ellas como bien se expresa en la Exposición de Motivos es la frustración de los propios trámites por la inexistencia de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores (artículo 176- 1. 4º).

Al caso el Juez sienta tal inexistencia amparándose en el contenido de los autos y sobre todo en el informe del comisario y del depositario, apreciación que este Tribunal en cumplimiento del artículo 456-1º de la Ley Enjuiciamiento Civil, es decir, revisadas todas esas actuaciones, estima correcto, pues los escasos bienes ostentados por la quebrada reportan un nulo valor, siendo inviable por ellos satisfacer los créditos de los acreedores.

Los apelantes no atacan esa carencia de valor de los bienes intervenidos, sino que manifiestan existir otros que no tienen reflejo en las actuaciones, en concreto unos activos que se desprenden de una sentencia de un Juzgado de lo Social al razonar que los socios de la quebrada percibían cantidades de la mercantil en concepto de “trabajos prestados” y no como “socios”, cuando de las cuentas anuales de Cerámicas Salmerón en liquidación aparecen remuneraciones a órganos de dirección, y tales cantidades percibidas tendrán que regresar al patrimonio social, al ser cobradas indebidamente. La posición de los recurrentes no puede ser admitida, a los efectos que ahora son objeto de enjuiciamiento, es decir, si existen más bienes que los informados y valorados por los órganos de la quiebra, para dar utilidad a la finalidad del proceso de liquidación patrimonial en que consistía la quiebra en el sistema legal procesal precedente, pues ahora, sin objetar el contenido de la sentencia judicial invocada por los recurrentes, dicho argumento no se trata más que mera hipótesis en cuanto a un posible incremento futuro del patrimonio social, pues actualmente no existe en el activo social ni el numerario representado por tales “sueldos” afirmados por los recurrentes y tampoco existe acción judicial alguna tendente a que los socios tengan la obligación de reintegrar cantidad alguna a la masa social y ello sin perjuicio como claramente expone la Ley Concursal y se explica en su Preámbulo de la posibilidad de reaperturarse el proceso de quiebra voluntaria de lograrse ese “reintegro”, pues, no obstante la conclusión dispuesta, se mantiene el derecho de los acreedores a satisfacer su crédito con los bienes que en el futuro aparezcan.

Las alegaciones sobre opacidades contables, la simulación económico real de la quebrada y la existencia de bienes ocultos pertenecientes a la quebrada, a pesar de los esfuerzos argumentales de los recurrentes, no dejan de ser meras manifestaciones sin concreción ni acreditación objetiva alguna que no modifican el informe del Comisario y Depositario. La tarea que solicitan los apelantes sobre una investigación de los últimos cinco años contables es impropia de los actuales trámites, así como el análisis del ejercicio de la gestión de la sociedad

por las personas que lo llevaron a cabo y si se cumplió diligentemente, cuando por otro lado siendo la entidad quebrada una sociedad mercantil(Sociedad de Responsabilidad Limitada) la ley posibilita el ejercicio de acciones contra dichas personas que ejercitaron esa gestión en caso de resultar contraria a la diligencia exigible y en perjuicio de los acreedores.

En consecuencia concurre la causa establecida en el artículo 176- 1- 4º de la Ley Concursal para decretar la conclusión del proceso de quiebra.”: Sentencia AP Valencia 27.10.2005 (JUR 2005/272407)

2. (Quiebra) No impiden el archivo las alegaciones sobre la calificación, no hallándose ésta en curso

“CUARTO. Los apelantes manifiestan la imposibilidad legal de decretarse la conclusión del proceso de quiebra por aplicación del artículo 176-3 de la Ley Concursal al tener que tramitarse la pieza de calificación de la quiebra que al caso siquiera se había procedido a abrir impidiendo su conclusión; calificación que entendía necesaria dada la existencia de numerosas irregularidades en la contabilidad de la quebrada.

Ciertamente el artículo 176-3 de la Ley Concursal establece que “no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la Sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros”. Dicho precepto es igualmente aplicable al actual proceso de quiebra por el contenido de la referida Disposición Transitoria Primera, pero resulta de su tenor literal que el legislador exige la virtualidad en la tramitación de la pieza (sección) de calificación para impedir la conclusión del proceso, luego si tal pieza no está en trámite, no existe obstáculo para dicha conclusión de todo el procedimiento. Al caso concurre una complejidad legal propia de la armonización de la nueva ley con la precedente(derecho transitorio), en cuanto el momento de apertura de dicha pieza o sección al no ser coincidentes, pues en la Ley Concursal la sección de calificación conforme al artículo 163 se inicia con la aprobación judicial de un determinado convenio y en los supuestos de apertura de la fase de liquidación. Luego si no llegados esos eventos, no existen bienes o derechos del concursado para satisfacer a los acreedores, el legislador impone su conclusión y por tanto no puede llegarse a calificar la conducta del concursado. Por su lado en el sistema de la Ley Enjuiciamiento Civil de 1881,para poder tramitarse (que no iniciarse) la pieza de calificación era necesario el informe del comisario sobre el resultado del reconocimiento de libros y papeles ocupados al quebrado(artículo 1382) y el nombramiento de síndicos (artículo 1383), trámites que tampoco se han cumplido en el actual proceso, pues la pieza de calificación siquiera consta aperturada, pero lo que reporta mas trascendencia es que no se ha iniciado su tramitación al faltar esas dos actuaciones, no existiendo el obstáculo impuesto por el legislador para evitar la conclusión del proceso de quiebra. Mantener la tesis de la parte recurrente de tenerse que tramitar dicha pieza, a parte de ser contraria a la literalidad del precepto concursal (criterio básico en la interpretación de las normas conforme al artículo 3 del Código Civil)implicaría dejar vacío el mandato legal establecido en la Disposición Transitoria Primera respecto a los procesos concursales y de quiebra regidos bajo la anterior normativa, pues como siempre debía aperturarse la pieza de calificación, nunca jugaría la conclusión por frustración (inexistencia de bienes y derechos)que el legislador ha impuesto también a dichos procesos, pues aun no resultando de la ocupación e intervención bienes o éstos careciesen de valor se debería mantener todo el proceso latente para la calificación de la quiebra, no obstante la imposibilidad manifiesta de cumplirse la función de dicho proceso de repartir ordenadamente el activo del quebrado entre los acreedores. Por ello mantener virtual el proceso de quiebra en tal situación no responde a la finalidad legal.”: Sentencia AP Valencia 27.10.2005 (JUR 2005/272407)

“TERCERO.-En el segundo motivo del recurso de apelación, esencialmente se invocan diversas resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional, referidas al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando al caso tal derecho se cumple sobradamente, pues el mismo no garantiza una resolución a favor de la parte, sino una resolución motivada y fundada en derecho que al caso es lo acontecido.

Repárese que la razón principal por la que el Juez de Instancia adopta su decisión es la ausencia total de activos de la quebrada (el expediente de quiebra se inicia en 1999, sin haberse hallado, ocupado o indicado bien o derecho alguno), aspecto fáctico esencial sobre el cual el recurrente omite cualquier alegación en su recurso y por tanto no combate tan esencial dato que es precisamente el que permite y obliga a la decisión adoptada del Juez dada la frustración del fin del proceso de quiebra.

El recurrente en su motivo se limita a considerar la necesidad de aperturar la pieza de calificación de quiebra por tres razones: a) por haber indicios de delito de quiebra fraudulenta e insolvencia punible por la conducta de los anteriores administradores; b) por la responsabilidad inexcusable conforme a los artículos 260 y 262 de la LSAd los administradores de Fragasa y por obviarse los efectos civiles derivados de la apertura y calificación de la quiebra, invocando diversas resoluciones judiciales, no pudiendo ser los administradores de la quebrada

rehabilitados con el archivo de los autos.

Los argumentos de la parte apelante en modo alguno conforme al dictado legal condicionan el fin del proceso de quiebra por falta de activos. El legislador es claro en su intención, cual es que la frustración de la finalidad del proceso concursal o los precedentes de quiebra, conlleva su conclusión si no existe activo alguno realizable, pues en tal situación de manera alguna se va a cumplir con la finalidad de dicho proceso. Ciertamente que la excepción a tal archivo en dicha situación fáctica está fijada en el artículo 176.3, cuando se esté tramitando la sección de calificación, hecho que no acontece en autos, a pesar de los seis años que lleva latente el proceso de quiebra necesaria y es precisamente lo que ahora proponen los recurrentes; es decir, no concurre objetivamente la excepción para la prosecución de los actuales tramites. Acceder a lo solicitado por los apelantes de iniciarse la tramitación de la pieza de calificación, no obstante la ausencia total de bienes o derechos de la quebrada, a parte de ser contrario a la literalidad del precepto citado, implicaría dejar por completo vacío el mandato legal establecido en la Disposición Transitoria Primera, pues como siempre debería aperturarse la sección de calificación, nunca jugaría la conclusión por frustración (inexistencia de bienes y derechos) que el legislador ha impuesto también a los procesos de quiebra, pues aún no resultando de la ocupación bien o derecho alguno, debería mantenerse todo el proceso latente solamente para calificar la quiebra, no obstante la imposibilidad manifiesta de cumplirse la función esencial de dicho proceso de repartir ordenadamente el activo del quebrado entre los acreedores.

La posible comisión de los delitos denunciados por los recurrentes o la posible responsabilidad de los administradores de Fragasa por incumplimiento de sus obligaciones legales en modo alguno queda eliminados por la finalización del proceso de quiebra, pues nada empuja para el ejercicio de las acciones civiles o penales que puedan asistir a los apelantes, pero ello es independiente a la pieza de calificación de la quiebra pues en la misma ni se declara actuación delictiva alguna ni se fija condena de responsabilidad de los administradores sociales.

En consecuencia cumplidos los requisitos del artículo 176.1-4º de la Ley concursal aplicable al caso en virtud de la Disposición Transitoria Primera de tal Ley, procede confirmar la decisión del Juez de Instancia para dar por concluido el expediente de quiebra, añadiendo el cumplimiento por el órgano judicial de lo dispuesto en el artículo 178 de la mentada Ley.”: Sentencia AP Valencia 21.06.2006 (JUR 2006/253243)

“**SEGUNDO** Sentado lo que antecede, se recurre la conclusión del proceso de quiebra pero dejando subsistente el pronunciamiento acordando la apertura de la pieza de calificación.

Ciertamente el artículo 176.3 de la Ley concursal, establece que no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se este tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros. Dicho precepto es igualmente aplicable al actual proceso de quiebra por el contenido de la DT 1, pero resulta de su tenor literal que el legislador exige la virtualidad en la tramitación de la pieza de calificación para impedir la conclusión del proceso, luego si tal pieza no está en trámite, no existe obstáculo para dicha conclusión de todo el procedimiento.

Como dice en un supuesto similar la sentencia de Valencia de 27 de octubre de 2005 (PROV 2005\ 272407) «al caso concurre una complejidad legal propia de la armonización de la nueva Ley con la precedente (derecho transitorio, en cuanto al momento de apertura de dicha pieza o sección al no ser coincidentes, pues en la Ley concursal la sección de calificación conforme al artículo 163 se inicia con la aprobación judicial en un determinado convenio y en los supuestos de apertura de la fase de calificación. Luego si llegados esos eventos, no existen bienes o derechos del concursado para satisfacer a los acreedores, el legislador impone su conclusión y por tanto no puede llegarse a calificar la conducta del concursado. Por su lado en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para poder tramitarse la pieza de calificación era necesario el informe del comisario sobre el resultado del reconocimiento de libros y papeles ocupados al quebrado (artículo 1.382) y el nombramiento de síndicos (artículo 1.383), trámites que tampoco se han cumplido en el actual proceso, pues la pieza de calificación siquiera consta aperturada, pero lo que reporta más trascendencia es que no se ha iniciado su tramitación al faltar esas dos actuaciones, no existiendo el obstáculo impuesto por el legislador para evitar la conclusión del proceso de quiebra. Mantener la tesis de la parte recurrente de tenerse que tramitar dicha pieza aparte de ser contraria a la libertad del precepto concursal, implicaría dejar vacío el mandato legal establecido en la DT 1 respecto de los procesos concursales y de quiebra recogidos bajo la anterior normativa, pues como siempre debía aperturarse la pieza de calificación, nunca jugaría la conclusión (inexistencia de bienes y derechos) que el legislador ha impuesto también a dichos procesos pues aún no resultando de la ocupación o intervención de bienes o estos careciesen de valor se debería mantener todo el proceso latente para la calificación de la quiebra no obstante la imposibilidad manifiesta de cumplirse la función de dicho proceso de repartir ordenadamente el activo del quebrado entre los acreedores. Por ello mantener virtual el proceso de quiebra en tal situación no responde a la finalidad legal».

A la vista de la solicitud conjuntamente firmada de la comisaría y depositaria de la quiebra en que se insta la clausura de la quiebra por falta de activos según exposición detallada concluyendo que la falta de activos en la quiebra de la entidad mercantil impide cubrir los gastos del

procedimiento y que los acreedores puedan resarcirse de sus créditos, dejando sin contenido el procedimiento, solicitando la clausura del procedimiento por falta de créditos, el recurso debe ser desestimado en aplicación del criterio anteriormente expuesto que la Sala hace suyo al caso aun cuando el recurrente haya dejado de impugnar el pronunciamiento atinente a la apertura de la pieza de calificación.

En definitiva se confirma el pronunciamiento por el que se declara concluso (también se decretaba el archivo provisional) el juicio universal de quiebra voluntaria de la entidad mercantil «Publicidad Prema, SL».

En consecuencia aunque no se hubiese celebrado junta de acreedores ni se haya procedido al nombramiento de los síndicos, por el efecto de las normas aplicables conforme al derecho transitorio, estamos ante un supuesto de conclusión de la quiebra con los efectos imperativos que le son inherentes y las consecuencias jurídicas que le son propias y que afectan también a la apertura de la pieza de calificación, mandato que en congruencia, aunque no impugnado debería quedar también sin efecto y todo ello sin perjuicio del derecho de los acreedores de promover las ejecuciones singulares que tengan por conveniente.

Sentado lo que antecede y siendo la quebrada una persona jurídica la transitoria tercera en relación con el artículo 178.3 de la Ley concursal impone al Juez una serie de pronunciamientos que se añadirán al fallo de esta resolución siendo irrelevante a tales efectos su no petición de parte pues resulta una consecuencia legal imperativa que la Ley impone al Juez que acuerda la conclusión del proceso de quiebra por la causa ahora apreciada.

Por tanto procede desestimar el recurso de apelación interpuesto confirmando la conclusión del proceso de quiebra con todas las consecuencias legales que son inherentes de conformidad con lo señalado en la fundamentación jurídica de esta resolución.”: Sentencia AP Asturias 10.10.2006 (AC 2007/213)

4. El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda.

5. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, el juez le dará la tramitación del incidente concursal. [DT. 1.1:del procedimiento del art. 393 LEC]

Artículo 177. Recursos y publicidad.

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

2. Contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso, cabrán los recursos previstos en esta ley para las sentencias dictadas en incidentes concursales. [DT. 1.1: cabrá el recurso de apelación y contra la sentencia que resuelva este último cabrá el recurso de casación o el de infracción procesal en los términos previstos en la LEC]

3. La resolución firme que acuerde la conclusión del concurso se notificará mediante comunicación personal que acredite su recibo o por los medios a que se refiere el primer párrafo del artículo 23.1 de esta ley y se dará a la misma la publicidad prevista en el segundo párrafo de dicho precepto y en el artículo 24.

Artículo 178. Efectos de la conclusión del concurso.

1. En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación.

Art. 178.1

1. Actuaciones previas al archivo, concluido el concurso

“TERCERO No obstante, el archivo de las actuaciones, pese a la conclusión del concurso, no es automático e inmediato, sino que previamente habrá de acordarse las actuaciones precisas para dar efectividad a la desestimación de la solicitud de concurso y disponer lo necesario para dejar sin efecto el resto de los pronunciamientos del auto recurrido y revocado; como los relativos a la publicidad que expresa el art. 177-3 o para el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, a que se refiere el art. 178-1 de la LC Por eso, la Providencia de 8 de febrero de 2006 es legalmente pertinente, en cuanto es acorde con esta finalidad ejecutiva, previa al archivo final de las actuaciones, sin perjuicio del cuestionamiento de alguno de los aspectos de su contenido, como el relativo a las actuaciones

posteriores de los Administradores Concursales, y la fijación de su retribución mediante Auto de 25 de abril de 2006, lo que se conecta con los siguientes motivos de impugnación alegados por la parte apelante.”.: Auto AP Burgos 09.11.2006 (Sección 3) (AC 2006/2009)

2. Cese de los Administradores Concursales. Retribución

“CUARTO La Providencia del Juzgado de Instancia, de fecha 8 de febrero de 2006, acuerda hacer saber a los Administradores Concursales el cese de sus funciones, determinando su efectividad a la previa presentación de los informes que establecen los arts. 34-3 y 181 LC y su aprobación.

No comparte el Tribunal este criterio, porque, concluido el concurso, como es el supuesto que nos ocupa, cesan las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes hasta entonces, tal como establece el art. 178-1 LC, de suerte que, correlativamente, la administración concursal pierde las suyas; y porque el art. 181 LC se refiere a una rendición de cuentas e informes «previos al auto de conclusión del concurso» ¿lo que en este procedimiento ya ha sucedido? y para los supuestos a que se contrae el art. 176-2 LC como indica este propio precepto y la remisión que efectúa el art. 181-2 LC Por consiguiente, la petición de ese informe y su aprobación carece de finalidad y previsión legal, para el caso de haber precedido el auto a que se refiere el art. 176-1.1º LC, que comporta la conclusión del concurso, reiterado por el propio Juzgado de Instancia antes de dictarse la Providencia mencionada en la que acuerda la presentación de ese informe.

En cuanto al informe del art. 34-3 LC, puede solicitarse, aun el cese de las facultades de administración y disposición, a los limitados efectos de fijar la cuantía de la retribución.

Esta, fue determinada por Autos del Juzgado de Instancia, de 14 de julio y 29 julio de 2005, en 75.524,45 euros mas IVA para cada uno de los Administradores Concursales; cantidad que ha sido elevada a 117.211,03 euros, mas IVA, por Auto de 25 de abril de 2006, al partir como base de una nueva valoración del activo.

El Auto originario, de 14 de julio de 2005, fijó la remuneración, conforme al art. 4.4 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, teniendo en cuenta el valor de la masa activa y pasiva según el inventario y relación de acreedores presentada por el deudor, al estar pendiente la aprobación del inventario definitivo y la lista de acreedores definitiva, conforme expresaba la propia resolución mencionada.

Sucede que, la situación procesal que se preveía para habilitar una eventual modificación de la retribución no ha devenido efectiva, pues al concluir el concurso por la causa que lo ha sido, no se ha llegado a aprobar el inventario y la lista de acreedores, ambas definitivas, de manera que no ha surgido el supuesto de hecho que justificaría una modificación de la retribución; ni se ha tramitado de forma completa la fase común, pues no se han llegado a resolver las impugnaciones formuladas contra los mismos, inventario y lista de acreedores. A esta conclusión no se opone el criterio interpretativo, que no normativo, de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, sino que lo corrobora, en el sentido de que la fase común se calcula de modo global, esto es, tomada en su conjunto, con independencia de su duración, siempre y cuando se haya tramitado en su totalidad, que concluye, según la propia Exposición de Motivos, II, párrafo último, «transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores», que explica para alcanzar el mas exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor para la determinación de la masa activa y pasiva; por lo que no puede suplirse tal determinación de otra manera, mas que la normativamente prevista, que es la del art. 4.4 del Real Decreto de Arancel como el Juez de Instancia ya tuvo en cuenta en el Auto de 14 de julio de 2005.”.: Auto AP Burgos 09.11.2006 (Sección 3) (AC 2006/2009)

2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable 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. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del 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, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme.

Art. 178.3

1. (Quiebra) Aplicabilidad imperativa de este precepto

“QUINTO. Este Tribunal por último, dado el último párrafo que contiene la fundamentación recurrida en cuanto dispone la plena capacidad jurídica para actos judiciales y extrajudiciales con que el Juez de Instancia determina los efectos de su resolución respecto a la sociedad quebrada,

ha de poner de manifiesto que no comparte tal aserto del juez y ha de ser rechazado, pues siendo la entidad quebrada una persona jurídica, el artículo 178-3º de la Ley Concursal aplicable igualmente y de forma expresa al caso por mor de la Disposición Transitoria Primera impone al Juez por esa causa de conclusión fijada acordar su extinción y disponer el cierre de su hoja de inscripción en los Registro Públicos y expedir el mandamiento correspondiente, por ende tales pronunciamientos imperativos y de orden público se añadirán en el fallo de esta resolución, siendo irrelevante a tales efectos su no petición de parte, pues resulta una consecuencia legal imperativa que la Ley impone al Juez que acuerda la conclusión del proceso de quiebra por la causa ahora apreciada.”: Sentencia AP Valencia 27.10.2005 (JUR 2005/272407)

Artículo 179. Reapertura del concurso.

1. La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior.

2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por 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. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24.

Artículo 180. Inventario y lista de acreedores en caso de reapertura.

1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores.

2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización.

Artículo 181. Rendición de cuentas.

1. Se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas.

2. Tanto el deudor como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de 15 días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176.

3. Si no se formulase oposición, el juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas. Si hubiese oposición, la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la sección segunda.

4. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años.

Art. 181.4

1. No desaprobación de las cuentas sino requerimiento para su adecuación al criterio judicial

“Sexto.- Las cuestiones que se han planteado en el presente incidente [*imputación del importe obtenido en ejecución administrativa separada ex art. 55 LC y compensación de IVA devolver*] no hacen sino explicitar los problemas de interpretación y armonización de las normas de la ejecución singular – administrativa o civil – con las reglas de la ejecución singular. Surgen problemas que no han sido expresamente previstos en la Ley y que pueden dar lugar a interpretaciones contradictorias en función de que se intensifique el criterio de favorecer un trato igualitario de todos los acreedores buscando que todos ellos repartan proporcionalmente los activos, o de hacer hincapié en el respecto a los privilegios procesales y materiales que aparecen en la Ley. Por esas razones la sanción que prevé el artículo 181.4 es desproporcionada para el supuesto que se plantea en autos ya que no se trata de “desaprobar” las cuentas presentadas por los administradores, sino requerirles para que ajusten la misma a los criterios jurídicos sentados en la presente resolución. Por lo tanto no se desaprueban las cuentas rendidas, sino que se requiere a los administradores para que en plazo de 5 días ajusten la misma al criterio sentado por esta resolución si deviene firme, de un modo similar al requerimiento que se hace a la administración concursal cuando se le reclama que en el informe definitivo incluya las consecuencias de las sentencias dictadas en trámite de impugnación.”: SJM-3 Barcelona 23.05.2007 (Incidente Concursal 189/2007)

Artículo 182. Fallecimiento del concursado.

1. La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto.
2. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos.
3. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso.

TÍTULO VIII - De las normas procesales generales y del sistema de recursos

CAPÍTULO I - De la tramitación del procedimiento

Artículo 183. Secciones.

El procedimiento de concurso se dividirá en las siguientes secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes:

- 1.º La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.
- 2.º La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.
- 3.º La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa.
- 4.º La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos. En esta sección se incluirán también, en pieza separada los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.
- 5.º La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio o, en su caso, a la liquidación.
- 6.º La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

Artículo 184. Representación y defensa procesales. Emplazamiento y averiguación de domicilio del deudor.

1. En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales. El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal.

Art. 184.1

“UNICO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 217, 219-1º y 221 de la L.O.P.J. procede considerar justificada y aceptar la abstención presentada por la Magistrada Juez sustituta del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta Capital, Dª, María Rosa, por concurrir relación de parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado con un miembro de la administración concursal en su día nombrada para el concurso 4/2005 de los que este dimana, primo de la misma, teniendo en cuenta que a todos los efectos los Administradores Concursales tienen la consideración de parte (art. 184 Ley Concursal).”: Auto AP Las Palmas 04.04.2006 (JUR 2006/189333) y en términos sustancialmente idénticos, otros de la misma fecha (JUR 2006/189327; JUR 2006/189146; JUR 2006\ 188931; JUR 2006\ 207099).

2. El deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 de este artículo.

3. Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado. Sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta.

4. Cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado.

5. Los administradores concursales serán oídos siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en recursos o incidentes deberán hacerlo asistidos de letrado. Como regla general, la dirección técnica de estos recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal.

Art. 184.5

“3. Si la administración concursal en el procedimiento abreviado está constituida por un solo profesional del área económica, en caso de impugnación ¿es imprescindible la asistencia letrada -artículo 184-? ¿es posible otras fórmulas para evitar encarecer el proceso y que el administrador concursal puede defender su informe?”

El art. 184 es claro al exigir en los incidentes la asistencia de letrado.

Si el único administrador es del área económica se le priva de intervenir en los incidentes, salvo que contrate un abogado a cargo de la masa, que en bastantes ocasiones es imposible por falta de tesorería, e inclusive de activo.

Una posibilidad es requerirle que sobre la cuestión suscitada emita informe vía art. 35, sin que ello implique otorgar la cualidad de contestación ni la condición de interviniente en el incidente al ser preceptiva la asistencia letrada Si no se impugna la providencia requiriendo el informe, no parece que después pueda invocarse nulidad. ”: II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, IMPUGNACION DE CREDITOS, 3

6. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica.

Art. 184.6

1. Necesidad de representación de los trabajadores mediante procurador cuando no se ejercitan acciones sociales

“PRIMERO La controversia versa sobre si los escritos que han presentado cuatro Letrados en ejercicio, apoderados para pleitos notarialmente por cuatro sindicatos, reúnen los requisitos de postulación para ser admitidos en el concepto que se desea, ese decir, para tener a determinados trabajadores, que lo son o fueron de la empresa titularidad de Talles Auxiliares de Material Eléctrico, SA (TAMESA), como comparecidos y partes en el procedimiento concursal, y la mayoría de tales, para impugnar los textos del Informe de la administración concursal.

Este Juzgado interpreta que el supuesto, o bien es de determinados acreedores que desean comparecer en el procedimiento o plantear incidente concursal, o bien es de interesados legítimos en el concurso. En el primer caso, porque son trabajadores de TAMESA que en el Informe aparecen como titulares de créditos laborales, y con tal condición arguyen, bien que por ser afiliados a determinados sindicatos; y en el segundo, o porque los trabajadores, o los sindicatos mismos, se reputen interesados legítimos, en defensa del empleo, la transmisión de la empresa, etc. En cualquier caso, «ex» art. 184.3 y 4 LECO, el acreedor o interesado debe comparecer con procurador y asistido de letrado.

Puesto que en este caso, ciertamente aparecen cuatro letrados, que no representan a los trabajadores, sino a cuatro sindicatos, pero que lo mismo podrían asistir a aquéllos, como afiliados del sindicato que les patrocina, faltando un procurador de los tribunales, no cumplen las exigencias legales para la eficacia del contenido de sus escritos, a pesar de habérseles requerido en dicho sentido.

SEGUNDO Todos los recurrentes sostienen que la prevención de art. 184.6 LECO, arropa la comparecencia en el concurso por conducto de la representación institucional de los sindicatos respecto de sus afiliados de art. 20 LPL.

No se va a entrar al análisis de dicha fórmula, que no es una legitimación por sustitución, y que exige la acreditación de la afiliación, puesto que su problemática es la misma que ya se conoce en el orden social, mientras que aquí simplemente no se considera utilizable en el caso.

El precepto de apartado 6 de art. 184 LECO, introducido en la tramitación parlamentaria del proyecto gubernamental, supone una excepción «expressis verbis» a los apartados que le preceden en el mismo artículo, y por lo tanto, a las reglas de representación o defensa -no otras, que las hay en la misma norma, de conceptualización como parte y legitimadoras-, entre las que se encuentran las precitadas.

El argumento esencial para comprender que la excepción no significa que al trabajador le cumpla más que cuando como tal se le legitima en el procedimiento concursal, es de orden sistemático o

contextual. Y curiosamente, en los recursos más conspicuos, de CCOO y USO, se utiliza el razonamiento que acoge el Juzgado, a saber, que el art. 184.6 LECO significa que perseverar en el procedimiento concursal las especialidades de postulación que benefician al trabajador, síntoma de una ventaja igualadora procesal, por economía del costo de profesionales y eficacia de la sindicación, de cara a un colectivo que se reputa en inferioridad social, económica y cultural al empresario, su contendiente nato en el proceso laboral. Pero ello en los supuestos en que el trabajador postula como tal, de suyo frente a su empresa, es decir, cuando se siguen justificando tales especialidades, ante el conocimiento por el Juzgado de lo Mercantil de aquellas acciones de materia social que, por salvedad, se han confiado a aquél, caso del concurso de la empresa.

Los trabajadores de la empresa que puede detentar el concursado se mantenían en el proyecto de Ley, según la tradición, como puros acreedores pecuniarios. Ya de antiguo, en los trabajos prelegislativos sobre el Anteproyecto de 1983, se censuró desde la doctrina laboralista más cualificada (Ríos Salmerón) que no se previera la participación de representantes sindicales en las Juntas de acreedores, manteniéndose desde la «paternidad» -poco ajena al que ha visto la luz- del Anteproyecto (Olivencia), que en general no era razonable, puesto que si los trabajadores ya participan como acreedores, se duplicaría su papel al participar otros sujetos simultáneamente en su representación y defensa, alterándose el delicado juego de intereses entre trabajadores y demás acreedores de la empresa.

La presión del laboralismo en el trámite del proyecto en el Congreso, conllevó, puesto que LECO aplaude la conservación de la empresa viable, y cuando es inviable, reasigna sus recursos a través de la liquidación, tener en cuenta que el trabajador, como grupo o colectivo, detenta un interés como acreedor de salarios junto con otro interés como acreedor de empleo (que en definitiva, es de salario futuro), confiriendo intervención a éste en el procedimiento mediante sus representaciones legales.

La representación colectiva en el Derecho del trabajo, hace tiempo dejó de ser meramente instrumental de la función reguladora de los contratos individuales en la consideración del Estado social, y es evidente la relevancia en el salvamento de la empresa de la entrada de la representación legal de los trabajadores -unitaria o sindical- como sujeto legitimado extraordinariamente en el proceso concursal.

Por ello, la excepción judicial a la regla de continuación de ejercicio de la actividad del empresario declarado en concurso, mediante el cierre de locales o explotaciones, o cese o suspensión, de dicha actividad, total o parcial, requiere la previa audiencia de los representantes de los trabajadores (art. 44.4 LECO). Si de ahí se necesita, el art. 64 LECO prevé la intervención de los representantes legales de los trabajadores del concursado, como eventuales promotores de la adopción de medidas de modificación, suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo en que sea empleador aquél, en todo caso, como los interlocutores de la administración concursal en el período de consultas, y a fin de acordar tales medidas, manteniendo especialmente cuantas competencias les atribuye la legislación laboral para tal procedimiento de regulación laboral en el seno del concurso (art. 64.11 LECO), como al respecto de los acuerdos de reorganización de arts. 40.2, 41.4, 47 y 51.8 ET. Está también advertido que su acuerdo es necesario para la modificación de las condiciones establecidas en Convenios colectivos estatutarios, si es legalmente viable (art. 66 LECO). También los representantes de los trabajadores deberán ser consultados por el Juez concursal a la hora de aprobar una liquidación concursal que suponga transmisión del conjunto de la empresa o determinadas unidades productivas de la misma, según art. 149.1.3º «in fine» LECO.

Es en este plano que se conserva la representación institucional de los Sindicatos en el proceso social para el concurso «ex» art. 184.6 LECO.

Efectivamente, los principios inspiradores del proceso laboral deben tenerse en cuenta en el enjuiciamiento de las acciones sociales que se confían al Juez de lo Mercantil, según art. 8.2º LECO (y art. 86.ter.1.2º LOPJ), y por ello se dispensa la salvedad de las reglas de postulación para los trabajadores (1); se engendra un incidente concursal de materia laboral en art. 195, con especialidad en cuanto costas de art. 196.3 LECO (2); y la originalidad de establecer un segundo o ulterior grado jurisdiccional para sentencias de órganos del orden civil en el orden social, a través de la suplicación o casación para la unificación de la doctrina (arts. 64.8, y 197.1 y 7 LECO)(3).

Pero, al igual que existen ambigüedades en las normas retocadas de LPL al respecto, y en cuanto al ámbito del incidente concursal laboral, este ámbito procesal «exento», acomodado al sistema de LPL, se ciñe a la materia social del Derecho que, por extravagancia, conoce el Juez de lo Mercantil.

En definitiva, la posición de LECO es que sólo se mantiene la representación legal de los trabajadores en las materias sociales «entregadas» al Juez del concurso y que afectan a los asalariados en relación contractual, junto con la consideración procesal individual de los mismos, mientras que en el resto del procedimiento de concurso, empezando por su constitución, los trabajadores se reputan acreedores individuales.

La discrepancia grave radica en que los recurrentes consideran que, por ejemplo, una impugnación de la lista de acreedores, a fin de sostener que un crédito es salarial, que la antigüedad de un trabajador es una u otra, que el monto del salario debe ser bruto y no neto, que

el salario mínimo interprofesional utilizable como módulo del privilegio incluye o no las pagas extras, etc., son acciones sociales confiadas a la resolución del Juez de lo Mercantil. Y no es así, puesto que son elementales cuestiones prejudiciales laborales enderezadas a decidir lo que son acciones civiles de la competencia propia y exclusiva del suborden de lo mercantil dentro del orden civil, y específicamente del Juez del concurso, cuyo arraigo se halla en art. 9 LECO. La determinación de las masas es competencia del Juez concursal, si se suscita contienda respecto del Informe de la administración concursal, y para ello «incidenter tantum» es posible que dicho Juez deba elucidar cuestiones laborales y administrativas (por ejemplo, la formalidad del apremio de la Recaudación, la catalogación de un crédito urbanístico, o las especialidades de un contrato con la Administración Pública, etc.). No hay competencias penales, ni administrativas en el concurso para el Juez de lo Mercantil. Y existen algunas sociales, pero no son las atinentes a la impugnación de los textos del Informe, que impone la presentación de demanda de incidente concursal «ex» art. 96.4 LECO, en donde no operan especialidades procesales laborales: ni el incidente es laboral, ni el recurso posible es otro que el de apelación para ante la Sección correspondiente de la Audiencia provincial, ni los acreedores laborales pueden venir sin procurador y abogado. ¿Se sostendrá que cualquier persona capaz puede autorizar un recurso de casación ante la Sala I TS en representación de los trabajadores, a fin de discutir el inventario de la masa activa?

Los argumentos adicionales son textuales, de antecedencia, y comparados:

En primer lugar, cuando el art. 184.6 LECO excepciona las reglas de postulación lo hace fijando los sujetos para los que no juegan, a saber, los trabajadores según la LPL, y las Administraciones Públicas en la normativa procesal específica. Tales son a quienes «no perjudican» las reglas de postulación del concurso. Y los trabajadores de LPL no son los acreedores, es decir, los que aducen un crédito por su relación de trabajo, ni los trabajadores en general, aunque aduzcan créditos ajenos a la relación de trabajo, que también los puede haber, sino los trabajadores que ejercen acciones en la rama social del Derecho.

Véase, así, que los arts. 23.3 y 24.5 LECO establecen con claridad que los oficios con los edictos para publicar la declaración del concurso -norma a la que se hace múltiple remisión ulterior en LECO para las demás publicaciones de resoluciones relevantes-, así como los mandamientos para asiento en los Registros, se entreguen al procurador del solicitante, con la única salvedad de las Administraciones Públicas.

Ello es sintomático de que el solicitante siempre ha de contar con procurador, puesto que será el concursado, o será un acreedor u otro legitimado activo de art. 3 LECO, para el que se dispone la regla de postulación de art. 184.3. Puesto que, aunque el incumplimiento generalizado del pago de salarios y demás retribuciones derivadas de las relaciones laborales correspondiente a las tres últimas mensualidades constituye un supuesto fáctico que presume «iuris tantum» la insolvencia habilitante de la solicitud de concurso necesario por un acreedor (art. 2.4.4º LECO), no se ha consagrado una legitimación activa para deducir la declaración de concurso de la empresa de los trabajadores, como tales, ni de sus representantes unitarios, ni de los sindicatos. Los trabajadores pueden solicitar el concurso de la persona o entidad titular de su empresa, pero sólo si son acreedores u otra clase de legitimados (socios o herederos), y habrán de comparecer con procurador.

En ese segundo término historicista, como el recurso del Letrado de CCOO se hace eco, la enmienda del grupo popular que definitivamente se impuso al texto del proyecto legal, al socaire de una mejora técnica, a fin de incluir precisamente la representación sindical de art. 20 LPL para los trabajadores, la cual faltaba en las enmiendas de los grupos socialista y catalán, transportó la excepción del apartado tercero de art. 184 LECO, que hacía excepción al régimen de postulación de los acreedores concursales, a un apartado penúltimo, y así, hace salvedad genérica. Y esa excepción genérica mejora la particular en art. 184.3 LECO, y aclara que el trabajador puede no tener las mismas exigencias de postulación que los demás acreedores, dado que en los recursos e incidentes concursales de materia laboral el trabajador se excusa, y podría no ser precedentemente acreedor de la empresa. Cuando el trabajador actúa puramente como acreedor no sirve acudir a lo que mantuvieran algunos congresistas, sino a lo que resulta de la «mens legis».

En tercer lugar, en el Derecho Francés de empresas en dificultad, que en cuanto a las preferencias iuslaborales tanta influencia ha tenido, se contemplan dos figuras distintas, el «représentant des salariés», representación especializada de los intereses de los acreedores salariales en los procedimientos colectivos, y el «représentant du personnel» interlocutor idóneo de los trabajadores ante el Tribunal del concurso, fórmula de no confundir los intereses, y no mixtificar con agravio de otros acreedores de diferente índole. En LECO no hay tal cosa.

En fin, por cuanto a los valores constitucionales del mandato de los sindicatos de cara al proceso, y la tutela de la libertad sindical, el Juzgador ya ha indicado dónde se deben colocar en el procedimiento concursal.

TERCERO Siendo la ausencia de requisitos de postulación esencialmente subsanable, cuando no se subsana, determina la decadencia del acto que no cumple conscientemente con un presupuesto procesal, que se impone por añadidura a la capacidad procesal y la legitimación. Si los que presentaron escritos sin procurador, y lo precisaban para el efecto que pretendían,

como al ser requeridos para subsanarlo, han optado por el recurso de reposición, que no tiene efectos suspensivos, enfrentándose a la decisión del Juzgado, así verán inadmitidos sus escritos.

Mas, en puridad, tampoco podían haber recurrido, ya que la misma exigencia de procurador cumple para recurrir en el concurso por un acreedor. Y si se admitieron los recursos, por dar oportunidad a las demás partes personadas de alegar, y ahora se dice que no eran admisibles, se quiere conducir al objeto de que, por vedarse el auto que desestima el recurso de reposición - ya que no se admite-, y como consecuencia, vedarse la apelabilidad «ex» art. 197.3LECO, conceder la apelación directa, ya que de esta forma, de un lado, se consolidará la buena doctrina, y de otra, se solapará con la vía de impugnación del Informe la admisibilidad eventual de las demandas de los acreedores laborales. “:Auto JM-1 Alava 14.12.2005 (AC 2006\71)

2. Tesis contraria: admite representación sindical para impugnar la lista de acreedores

“Opone la administración concursal que la demanda no debió admitirse puesto que se trata de una impugnación de calificación de un crédito prevista en el art. 96 LC, que obliga a actuar mediante Procurador debidamente apoderado conforme al art. 184.3 LC, de manera que no es suficiente el poder presentado por el sindicato que lo representa. Hay que partir del hecho no controvertido de que el demandante fue integrante del Consejo de Administración de la concursada, pero que luego pasó a ser trabajador por cuenta ajena de aquella, y en tal cualidad está reclamando la modificación de la calificación de su crédito, pues nada tiene que reprochar al reconocimiento de los salarios en su cualidad de tal, pero sí de la que merecen los percibidos durante etapa como consejero.

Tiene razón la administración concursal cuando señala que precisamente por haberse dado traslado para que conteste por escrito no nos encontramos en el supuesto del incidente previsto en el art. 195, que hubiera obligado a citar directamente a vista, sino en el del art. 96, es decir, el de impugnación de la calificación de créditos.

No obstante no parece que la existencia de una regulación específica de incidente concursal laboral para las impugnaciones derivadas del art. 64.8 LC, regulada en el art. 195, deje sin contenido las previsiones generales que establece el art. 184.6 LC en cuanto a la representación y defensa procesal de los trabajadores.

En tal precepto, que se sitúa después de los apartados que regulan la forma en que habrán de actuar la concursada o deudora (164.1 y 2), los acreedores (164.3), las demás personas que tengan interés legítimo (art. 164.4) y la administración concursal (art. 164.5), se señala que «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos, y de las Administraciones Públicas en la normativa procesal específica».

Hay que resaltar, acudiendo a la interpretación literal del art. 1281 del Código Civil (CCv), que el art. 184.6 no se refiere al incidente concursal laboral, en general, ni al incidente laboral específicamente previsto y regulado en el art. 195 LC. Se refiere, como recoge al comienzo, a «lo dispuesto en este artículo» Como se ha apuntado, la norma se titula «Representación y defensa procesales», y regula la representación de deudor, acreedores, personas interesadas, administración concursal y trabajadores, para señalar como se puede solicitar el concurso, por deudor o acreedores (184.2 y 3), en qué secciones se puede actuar sin necesidad de comparecer en forma (184.1), cómo debe personarse la administración concursal, que puede actuar en todo el procedimiento sin necesidad de ser asistida de letrado salvo en el caso de incidentes o recursos (art. 184.5), o la exigencia de abogado y procurador para tener por personado a quien tiene interés legítimo sin ser deudor o acreedor (art. 184.4 LC).

Eso quiere decir, utilizando también el criterio hermenéutico de la interpretación sistemática admitido por el art. 1.285 CC, que la previsión del art. 184.6 LC es de alcance general. No se dispone una regla especial para los trabajadores sólo para el incidente concursal, sino en general, es decir, para personarse en el procedimiento, recibir notificaciones en el mismo, intervenir en los incidentes sean o no laborales y, en consecuencia, para actuar exactamente de la misma forma en que cualquier acreedor personado lo haría a través de un Procurador y letrado.

Puede acudir también a un criterio de interpretación histórico. Recuérdese que durante el proceso legislativo esta cuestión fue objeto de controversia, y que la introducción de esa previsión fue consecuencia de las peticiones sindicales, ya que el régimen de los créditos laborales, el derecho de separación del que gozaban y la remisión al orden jurisdiccional social, dieron lugar a una regulación que supuso para los trabajadores algún sacrificio respecto de la situación legal precedente, que se quiso paliar de algún modo.

Uno de los sistemas que ideó el legislador fue, en consecuencia, la autorización para que las favorables normas de postulación de que gozan los trabajadores en los arts. 18 y 20 de la LPL, pudieran trasladarse al procedimiento concursal, lo que propició la introducción de la norma contenida en el art. 184.6 LC, que no puede ser desconocida porque persigue, precisamente,

que los trabajadores puedan actuar por sí mismos, o, si así lo prefieren, representados por Procurador, por letrado, graduado social o por su sindicato, como sucede en este incidente.

Hay que señalar, asimismo, que la propia Ley Concursal reforma la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), en su DF 4ª, en la que reforma el apartado d) de su art. 2. para señalar que «en el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales». Esta reforma en la Ley Concursal pone de manifiesto que el derecho a litigar gratuitamente se concede a los trabajadores en los procedimientos concursales, pero no exclusivamente para el incidente concursal laboral, sino como indica la norma, «para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales».

El ejercicio de acciones para la efectividad de sus derechos no puede circunscribirse al incidente concursal laboral del art. 195 LC. Si su crédito no se incluye en la lista de acreedores, pese a la obligación que dimana del art. 86.2 LC (que ni siquiera exige comunicación del crédito laboral), si no se incluye en la cuantía que se considera procedente, o si no se accede a la calificación pretendida por el interesado, como es el caso, debe ejercitar la acción impugnatoria de la lista prevista en el art. 96.1 LC, lo que supone su derecho a litigar gratuitamente también en tal supuesto.

Porque acudiendo también a un criterio de interpretación lógico, sería antieconómico, y además demoraría la tramitación de los incidentes, pretender que cuando un trabajador quiere impugnar la lista de acreedores tenga que solicitar un abogado y procurador de oficio, y no quepa, como autoriza una lectura literal, sistemática, lógica e histórica del art. 184.6 LC, como la propuesta hasta aquí, que comparezca por sí, o representado por graduado social (art. 545.3 LOPJ), abogado o su sindicato.

La interpretación que hace la administración concursal, proponiendo la lectura restrictiva del precepto, no tiene cabida atendida la ubicación sistemática de la norma, su redacción y los antecedentes históricos. En consecuencia, la alegación de falta de cumplimiento de los requisitos de postulación debe ser apartada.”: SJM-1 Bilbao 19.05.2006 (AC 2007/65)

7. Si no se conociera el domicilio del deudor o el resultado del emplazamiento fuera negativo, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá realizar las averiguaciones de domicilio previstas en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el deudor fuera persona física y hubiera fallecido se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando se trate de persona jurídica que se encontrara en paradero desconocido el juez podrá dirigirse a los registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas. Cuando el juez agotara todas las vías para emplazar al deudor podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión.

Artículo 185. Derecho al examen de los autos.

Los acreedores no comparecidos en forma podrán solicitar del juzgado el examen de aquellos documentos o informes que consten en autos sobre sus respectivos créditos, acudiendo para ello a la secretaría del juzgado personalmente o por medio de letrado o procurador que los represente, quienes para dicho trámite no estarán obligados a personarse.

Artículo 186. Sustanciación de oficio.

1. Declarado el concurso, el impulso procesal será de oficio.
2. El juez resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva. Durante la tramitación del procedimiento, los incidentes no tendrán carácter suspensivo, salvo que el juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente.
3. Cuando la ley no fije plazo para dictar una resolución judicial, deberá dictarse sin dilación.

Artículo 187. Extensión de facultades del juez del concurso.

1. El juez podrá habilitar los días y horas necesarios para la práctica de las diligencias que considere urgentes en beneficio del concurso.
2. El juez podrá realizar actuaciones de prueba fuera del ámbito de su competencia territorial, poniéndolo previamente en conocimiento del juez competente, cuando no se perjudique la competencia del juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal.

Artículo 188. Autorizaciones judiciales.

1. En los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales la consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito.
2. De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a 10, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.
3. Contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada no cabrá más recurso que el de reposición, sin perjuicio del derecho de las partes a plantear la cuestión a través del incidente concursal.

Artículo 189. Prejudicialidad penal.

1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.

Inaplicabilidad del art. 40 LEC. No suspensión por prejudicialidad penal

“PRIMERO.- La entidad concursada solicita la suspensión del procedimiento concursal alegando que ha presentado querrela por los delitos de falsedad en documento privado y estafa procesal, y que el objeto de la falsedad lo constituye la firma en el contrato de arrendamiento del Hotel Real de Veas, en el que se hacía constar que se asumían por la concursada todas las inversiones realizadas en el mismo, y que dicho contrato ha sido tenido en cuenta por la administración concursal para la elaboración del informe y por la concursada para su impugnación. Por ello solicita la suspensión del incidente concursal y del procedimiento concursal hasta que se resuelva la querrela, que ha sido admitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arcos de la Frontera, y aduce que la declaración o no de falsedad del documento ha de influir en el mantenimiento de la calificación de la administración concursal como gastos, frente a lo que la concursada considera como cantidades debidas.

La administración concursal no se ha opuesto a la solicitud de suspensión, reconociendo haber tomado en consideración el citado contrato de arrendamiento para realizar la calificación del activo, y que en caso de declararse la falsedad del mismo, decaería la prueba documental tenida en cuenta de manera decisiva por la administración concursal. Por ello solicita la suspensión del incidente concursal y de aquellas partes o aspectos del procedimiento concursal que puedan verse afectados por el alcance del informe en lo relativo al Inventario de la masa activa

SEGUNDO.- Con carácter previo conviene precisar que, de acordarse la suspensión de este incidente concursal, habría de producirse inexorablemente la suspensión del procedimiento concursal, ya que la suspensión de aquél provoca que la administración concursal no pueda formular el informe definitivo lo que determina la paralización de todo el procedimiento. Por un lado, la fase común no puede finalizar ya que, de conformidad con el art. 142.2 LC es necesario que se hayan formulado los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. Tampoco, en consecuencia, podría abrirse la fase de liquidación (que se solicitó desde la solicitud de concurso), ni tampoco la sección de calificación que debería formarse en la resolución que ordenara la liquidación (art. 167 LC).

Entrando en el análisis de la prejudicialidad penal alegada, debe convenirse con la administración concursal en la influencia que el documento cuya falsedad ha sido objeto de querrela, ha tenido en la elaboración de su informe y ello sin perjuicio de que hayan sido tomados en consideración por la administración concursal otros elementos y documentos para la elaboración de su informe, y sin prejuzgar por tanto, la resolución de este incidente. Ahora bien, sentada la existencia de prejudicialidad penal, se difiere del solicitante en la eficacia que haya de darse a la misma y en los preceptos aplicables al caso. En este sentido, la concursada alega el artículo 9 LC, que extiende la jurisdicción del juez del concurso a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Alega que dado que dicho precepto omite la referencia a las cuestiones prejudiciales penales, resulta aplicable la LEC, y en concreto el art. 40 de la misma, que en su apartado 4º establece que en caso de posible delito de falsedad de documento se acordará la suspensión sin esperar a la conclusión del procedimiento, cuando a juicio del tribunal el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, como se ha apuntado, no se estima aplicable el art. 40 LEC por cuanto la LC contiene una norma específica de prejudicialidad penal en su art. 189, que en el apartado 1º preceptúa que "la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste", pudiendo únicamente el juez del concurso,

según su apartado 2º, "adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal".

Es decir la LC excluye la suspensión del procedimiento concursal por prejudicialidad penal, sin duda por el principio de celeridad que informa toda la regulación concursal. Tampoco puede admitirse la suspensión del incidente concursal por cuanto, como se ha expuesto, la misma supondría la suspensión del procedimiento, contrariando la voluntad de legislador plasmada en el art. 189 LC.

Por todo lo expuesto, suerte desestimatoria ha de correr la solicitud de suspensión del presente incidente concursal y del procedimiento concursal.": **Auto JM-1 Cádiz 11.10.2005 (Incidente Concursal 86/2005)**

2. Admitida a trámite querrela o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de éste adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal.

CAPÍTULO II - Del procedimiento abreviado

Artículo 190. Ámbito de aplicación.

1. El juez podrá aplicar un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 1.000.000 de euros.

2. En cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario en el que quede de manifiesto la concurrencia de los requisitos mencionados en el apartado anterior, el juez del concurso podrá, de oficio o a instancia de parte, ordenar la conversión al procedimiento abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. También podrá, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos.

Artículo 191. Contenido.

1. Con carácter general, acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en esta ley se reducirán a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero, salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento.

En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a quince días.

Caso del plazo para la comunicación de créditos

- Plazo de 15 días

"i) LLAMAMIENTO A LOS ACREEDORES.-Se hace llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de quince días a contar desde la última de las publicaciones de este auto de declaración de concurso.": Auto JM-3 Barcelona de 29-12-2004 (AC 2005/161)

- Plazo de medio mes, es decir 15 días naturales, no hábiles

"Segundo.- En cuanto a la determinación de la insinuación del crédito dentro o fuera de plazo, cabe recordar que el BOE publicó el edicto con la declaración de concurso el día 22 de septiembre de 2006. El plazo empieza a contar desde ese día, y lo que alegan las partes recurrentes es que son días hábiles.

Pero hay que indicar que no se trata de un plazo señalado inicialmente por días, sino que se deriva de ser la mitad del mes que originalmente señala el art. 21-5º, y que como señala el art. 5-1º del CC, -al que remite el art. 185 de la LOPJ, invocado por la parte actora-, se computa de fecha a fecha. Y de conformidad con el art. 191 "los plazos previstos en esta Ley se reducirán a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero", por tanto no se computan por días porque remite a la mitad de un mes; no lo hace a quince días. Y es lógico interpretarlo así ya que, estos quince días computados como señala la parte son inevitablemente 24 días, que no es la mitad de un mes en modo alguno.

Por tanto, siendo días naturales por derivarse de la mitad de un mes, el día que acaba el plazo es el 7 de noviembre, que siendo sábado, podría admitirse su entrada con fecha siguiente hábil, conforme a aquello señalado en el art. 135 de la LEC; pero eso deja el día 9 de octubre como el último para entrada de la documentación. El sello de entrada de la presentación de créditos por la AEAT es de 11 de octubre; la sociedad AGROPECUARIA DE ISABENA S.L., EXPLOTACIÓN AGROPECUARIA VIRGEN DE LA FUENTE S.A. y LORCEL S.L., del día 13 de octubre; de la Caixa de Pensions, del día 16 de octubre de Caixa d'Estalvis de Catalunya del día 17 de octubre, al igual que el Banco Español de Crédito, por tanto todos fuera de plazo.”: Auto JM-1 Lleida 20.11.2006 (Concurso 81/2006)

- Se mantiene el plazo general de un mes

“ Procede aplicar las normas del procedimiento abreviado, salvo en el plazo para que los acreedores comunique sus créditos a la administración concursal y los establecidos para los recursos, para los que, por razón de sistema y de garantía de los acreedores, se mantendrán los plazos comunes de la LC.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 23.03.2005 (AC 2005/248)

“Cuarto.- Establece el art. 190.1 LECO, que el Juez puede aplicar un procedimiento especialmente simplificado, denominado abreviado, cuando concurren dos requisitos: uno subjetivo, que el deudor sea persona natural o jurídica que, conforme a la legislación mercantil esté autorizada a presentar balance abreviado y otro objetivo, que la estimación inicial del pasivo no supere el millón de euros.

Ambos requisitos concurren en el presente caso, por lo que procede aplicar las normas del procedimiento abreviado, salvo en el plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal y los establecidos para los recursos, que por razón de sistema y de garantía de los acreedores se mantendrán los plazos comunes de LECO.”: Auto JM-2 Bilbao 17.02.2006 (La Ley, 497, 2006)

2. En el procedimiento abreviado la administración concursal estará integrada por un único miembro de entre los previstos en el punto 3.º del apartado 2 del artículo 27, salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario.

CAPÍTULO III - Del incidente concursal

Artículo 192. Ámbito y carácter del incidente concursal.

1. Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal.

También se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51.

En este último caso, el juez del concurso dispondrá lo necesario para que se continúe el juicio sin repetir actuaciones y permitiendo la intervención, desde ese momento, de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado.

Art. 192.1

0. Valor cuasi-pericial del Informe de la administración concursal a efectos de los incidentes concursales

“Debe tenerse en cuenta que en la administración concursal, en este caso un economista bregado en conflictos laborales, un auditor experto en procedimientos de insolvencia, y un abogado experimentado, de cara a la decantación de hechos en los incidentes [*Nota: en el presente supuesto, una acción rescisoria*] del concurso, debe verse, además de la posición de parte necesaria en defensa de la masa, una fuente de prueba de naturaleza personal especialmente cualificada para el juez concursal. Sobre la naturaleza de la sindicatura es clásica la polémica a propósito de que se conciba representante o sustituto legal del deudor o, por el contrario, de los acreedores, siendo referente comparado de la dualidad orgánica el modelo francés. En nuestro sistema vigente se consagra una concepción unitaria del órgano de administración concursal, con una pluralidad de funciones, unas gestoras, de intervención en los actos del deudor o de su sustitución, otras de iniciativa procedimental con funciones judiciales delegadas, de representación de la masa de acreedores, y otras dictaminadoras, de colaboración experta con el juez, suplementando sus conocimientos. En la confección del Informe pertenece, sin duda, a esta última función auxiliar y cuasi pericial, y en la misma conviven tanto hechos

como valoraciones sobre hechos, y no se trata de que la opinión de sus autores deba ser asumida acríticamente por el juez --de suyo, si no median impugnaciones, sería opinión que prevaleciera--, pero en la pura introducción de datos percibidos directamente por la administración concursal, la confianza en su discernimiento por sus condiciones personales --según abona la discreción del nombramiento y cese judicial--, tiene que ser la regla.

Es por ello que la desocupación laboral y los gastos generados acceden a la relación de hechos, según la memoria del Informe, cuyos datos apoyan la demanda incidental.”: Sentencia JM-2 Bilbao 13.10.2006 (Incidente Concursal 131/2006)

“En el expediente ha quedado constancia de la escasa simpatía de los administradores concursales, en la opinión de algunos (alegaciones del comité de empresa de Otsaila XXI S.L. y del Fogasa: la simpatía como capacidad de generar en otros la atracción hacia los propios sentimientos), pero este Juzgador reitera su conclusión, ya expresada en varios incidentes concursales importantes, sobre que en la administración concursal, de cara a la decantación de hechos para resolver, debe verse, además de la posición de parte necesaria en defensa de la masa y de la continuidad del deudor, una fuente de prueba de naturaleza personal especialmente cualificada para el juez concursal. Se trata de una posición institucional, no personal. Acerca de la naturaleza de la sindicatura es clásica la polémica a propósito de que se conciba representante o sustituto legal del deudor o, por el contrario, de los acreedores, siendo referente comparado de la dualidad orgánica el modelo francés. En nuestro sistema vigente se consagra una concepción unitaria del órgano de administración concursal, con una pluralidad de funciones, unas gestoras, de intervención en los actos del deudor o de su sustitución, otras de iniciativa procedimental con funciones judiciales delegadas, de representación de la masa de acreedores, y otras dictaminadoras, de colaboración experta con el juez, suplementando sus conocimientos. La confección de informes, como la del Informe por antonomasia de art. 74 LECO pertenece a esta última función auxiliar y cuasipericial, y en la misma conviven tanto hechos como valoraciones sobre hechos, y no se trata de que la opinión de sus autores deba ser asumida acríticamente por el juez, pero en la introducción de datos económicos y en su valoración, la confianza en la administración concursal por su especial régimen jurídico --según abona la discreción del nombramiento y cese judicial, así como su seria responsabilidad--, tiene que ser la regla.

Por ello, en el procedimiento concursal, en punto a medidas laborales colectivas, no se requiere a la empresa para despedir objetivamente la demostración de una causa, un objetivo y un nexo funcional entre ambos, cuando se verifica el puro silencio de los representantes de los trabajadores, fingiendo jurídicamente su oposición, según acontece en los expedientes extraconcursoales, sino que, en línea de principios, si la administración concursal respalda los despidos, argumentando en pro de la presencia de presupuestos económico-organizativos, aunque la empresa tiene la carga de aportar tales dichos elementos, una vez que los aporta, los representantes de los trabajadores, si no pactan, deben desvirtuarlos ante el juez, en tanto que la administración concursal ha informado o dictaminado favorablemente.”: Sentencia JM-2 Bilbao 01.02.2007 (Incidente Concursal 376/2006)

1. Solicitud de habilitación de fondos al procurador: debe suscitarse mediante incidente concursal

“UNICO Oídos los argumentos del solicitante y de la administración concursal de la requerida procede la desestimación de la petición por inadecuación del procedimiento.

Esto puesto que, tal y como se expone en el escrito presentado por la administración concursal el procedimiento adecuado para la solicitud deducida es el incidente concursal de los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal puesto que teniendo naturaleza de crédito contra la masa las costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración de concurso de concurso, cualquier incidente relativo al pago de los mismos, que en definitiva es lo que nos ocupa, ha de ejercitarse ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal. En este sentido, el artículo 154.2 LC establece que el pago de los créditos contra la masa se han de pagar en sus respectivos vencimientos, y no con anterioridad, y que las acciones relativas a su calificación y pago se ejercitarán ante el Juez del concurso y por los trámites del incidente concursal. En cualquier modo, y con independencia de la calificación del crédito del solicitante, el artículo 192 por su remisión al artículo 50 LC establece claramente la necesidad de que se ventilen por los cauces del incidente concursal todas las acciones competencia del Juez del concurso del artículo 8, dentro de las que se encuentran tanto las de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar que se dirijan frente al patrimonio del concursado, dentro de las que se encuentra incluida la pretensión origen de este procedimiento.

En consecuencia, procede la denegación de la solicitud del Procurador don Dionisio Mantilla, por ser inadecuado el presente procedimiento para su sustanciación, siendo el adecuado el incidente concursal iniciado por demanda que reúna los requisitos del artículo 399 LECiv”: Auto JM-1 Santander 25.01.2006 (AC 2006/1263)

2. Los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte.

3. No se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad.

Artículo 193. Partes en el incidente.

1. En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

2. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.

3. Cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.

Artículo 194. Demanda incidental y admisión a trámite.

1. La demanda se presentará en la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 194.1

1. Inadmisión a trámite de la demanda. Falta de los requisitos del art. 399 LEC

“PRIMERO.- La parte presentó escrito de solicitud de modificación del Informe Definitivo presentado por la Administración concursal de la recurrente, Ingeniería TAG S.L., que conforme al art. 194 de la Ley Concursal, debe tener la forma y el contenido de una demanda, al remitirse al art. 399 de la LECivil; por providencia de 15 de junio de 2.006 se requirió a la demandante incidental a que especificara: a) nombre y domicilio de los demandados y b) las concretas peticiones de su escrito de demanda.

Esta providencia fue contestada con fecha 28 de junio de 2.006 en un escrito en el que no se especificaba ni los nombres y las demás circunstancias de los demandados ni se concretaban las peticiones de la demanda incidental, por lo que se dictó el auto recurrido que inadmite a trámite la demanda.

SEGUNDO.- Los motivos de la parte demandante y recurrente en que basa su impugnación del auto recurrido son, básicamente, dos: de una parte que son demandados todos los acreedores a los cuales les ha dado traslado de su escrito y la administración concursal y b) que en su demanda se concretan los concretos pedimentos de modificación del informe de la administración concursal.

Debemos tener presente que el art. 399 de la LECivil exige unos requisitos concretos y determinados que debe reunir toda demanda: designación de los demandados y sus circunstancias personales y narración clara y ordenada de los hechos, junto con la petición que, “cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación”. Pues bien, la demanda no cumple ninguno de los requisitos señalados por la Ley, ni designa las partes ni expone con claridad y separación las pretensiones ejercitadas.

Este defecto no se sule ni por dar traslado del escrito a todas las partes personadas (nos preguntamos a que efectos, o son demandados o no lo son), ni con una larga narración de hechos de los que, al parecer, debe el Juez concluir por deducción las pretensiones de la parte demandante.

TERCERO.- Concluyendo de lo anterior el Auto recurrido está perfectamente fundado y debe ser confirmado, imponiendo a la recurrente las costas de la presente apelación.”: Auto AP VIZCAYA 19.04.2007 (auto 304/2007)

2. Si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Contra este auto cabrá recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 197.

3. En otro caso, dictará providencia admitiendo a trámite el incidente y emplazando a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 195. Incidente concursal en materia laboral.

1. Si se plantea el incidente concursal a que se refiere el artículo 64.8 de esta Ley, la demanda se formulará de acuerdo a lo establecido en el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el juez advertirá, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. En este incidente no será de aplicación el apartado 2 del artículo anterior.

2. Si la demanda fuera admitida, el juez señalará dentro de los 10 días siguientes el día y hora en que habrá de tener lugar el acto del juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio, que comenzará con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente. De no lograrse ésta se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones, contestando oralmente el demandado, y proponiendo las partes a continuación las pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones.

Artículo 196. Sentencia.

1. Terminado el juicio, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días resolviendo el incidente.

2. La sentencia que recaiga en el incidente a que se refiere el artículo 194 se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en cuanto a su imposición como en lo relativo a su exacción, y serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso.

3. La sentencia que recaiga en el incidente a que se refiere el artículo 195 se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral.

4. Una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada.

CAPÍTULO IV - De los recursos

[DT-1.5: Las resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197.]

Artículo 197. Recursos procedentes y tramitación.

1. Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las modificaciones que se indican a continuación y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 64 de esta ley.

Art. 197.1

“La remisión a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en el art. 197.1 de la Ley Concursal lo es en cuanto a la “forma de sustanciación”, es decir, plazos, traslados, forma de adoptar por la resolución teniendo por preparado o no preparado, por interpuesto o declarando desierto el recurso, pero no en cuanto a las resoluciones contra las que cabe uno u otro recurso o que son irrecurribles, cuestión esta regulada expresamente en el art. 197.2 de la Ley Concursal en relación al texto del articulado de la Ley Concursal. “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

“Además, y puesto que la Ley Concursal no prevé un régimen específico de recursos en materia de ejecución, habrá de estarse a la remisión general que realiza el art. 197.1 de la Ley Concursal, y en consecuencia y tal como alega la recurrente, el recurso de apelación resulta también admisible, en base a lo dispuesto en el art. 563 LEC.”: Auto AP Vizcaya 10.02.2006 (JUR 2006\156818)

2. *Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.*

Art. 197.2

1. Pese a la literalidad de este precepto, cabe el recurso de queja

“La remisión a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en el art. 197.1 de la Ley Concursal lo es en cuanto a la “forma de sustanciación”, es decir, plazos, traslados, forma a adoptar por la resolución teniendo por preparado o no preparado, por interpuesto o declarando desierto el recurso, pero no en cuanto a las resoluciones contra las que cabe uno u otro recurso o que son irrecurribles, cuestión esta regulada expresamente en el art. 197.2 de la Ley Concursal en relación al texto del articulado de la Ley Concursal. Aunque la literalidad del art. 197.2 de la Ley Concursal parece que excluye el recurso de queja contra el auto denegando la preparación del recurso de apelación cuando se entienda que tal recurso no es procedente –por ejemplo, contra los recursos resolutorios del recurso de reposición contra el auto de inadmisión de la solicitud de concurso- dado que el recurso de queja no es regulado por la Ley Concursal, pareció excesivo, a la vista de lo riguroso del régimen de recursos de la Ley Concursal, impedir que la Audiencia Provincial pueda pronunciarse sobre la procedencia del recurso de apelación. Parece, pues, que el legislador, con técnica discutible, ha entendido que el recurso de queja contra la resolución denegando tener por preparado el recurso de apelación es un trámite más del recurso de apelación –art. 457.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, a cuya regulación de la “forma de sustanciación” por la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite el art. 197.1 de la Ley Concursal “:(CGPJ - CONCLUSIONES PRIMER ENCUENTRO DE LA ESPECIALIDAD MERCANTIL, Valencia, 9 y 10 de diciembre de 2004, CONCLUSIONES DE LA PRIMERA SESIÓN DE TRABAJO DEDICADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, 4)

“Primero.- Entiende este Tribunal que, de conformidad con las distintas actuaciones procesales llevadas a cabo a partir de la sentencia de 28 de Abril de 2005, que estimaba parcialmente la demanda incidental formulada, se impone determinar inicialmente si la admisión a trámite por el Juzgado del presente recurso de apelación se ajusta o no a la correspondiente normativa procesal.

Y es lo cierto, como seguidamente se argumentará, que dicha admisión a trámite no es procesalmente correcta.

Téngase en cuenta que dicho recurso se plantea por “Pensos Cartagena S.L.” contra el auto de fecha 30 de Noviembre de 2005, denegatorio de la reposición de la providencia de 27 de Octubre de 2005 que inadmitía a trámite el recurso de apelación formulado contra aquella sentencia recaída en el incidente concursal de referencia. Por tanto, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 494 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedería el planteamiento de recurso de queja, previsto expresamente contra la denegación de la tramitación de un recurso de apelación. Este criterio consideramos que es de aplicación en el proceso concursal, aunque expresamente el artículo 197 de la Ley Concursal, que establece el régimen de recursos en dicha materia, no lo mencione en ningún momento, si bien tampoco lo excluye.

Y ello se afirma así por el Tribunal en atención al contenido de la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal, que prevé una remisión general a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por tanto, a los preceptos reguladores del recurso de queja (artículos 494 y siguientes). Además la Ley Concursal, en esta regulación de recursos, se mantiene en coherencia y armonía con los principios que rigen esta materia en la L.E.C., conforme así se expone en su artículo 197.1, salvo las concretas modificaciones y especialidades que dicha norma prevé.

Por tanto, y en puridad de técnica procesal, procedería la declaración de inadmisión a trámite de este recurso de apelación, acordando la devolución de los autos al Juzgado de lo Mercantil para que, en su caso, se tramite el correspondiente recurso de queja.

Pero es evidente, por otro lado, que razones de economía procesal aconsejan que este Tribunal acepte los autos así remitidos resolviendo en consecuencia, máxime teniendo en cuenta que esta decisión no es generadora de indefensión alguna.”: Auto AP Murcia 27.03.2006 (Rollo 93/2006)

“Pero, siendo ya discutible que un auto que rechaza una propuesta de convenio, por el hecho de revestir esta forma de auto (propia de la legislación por la que se rige el proceso, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922) no pueda acceder a la apelación directa por la vía del artículo 197.4 LC, es patente sin embargo, vista la Disp. Final 5ª de la LC, la cual establece la aplicación supletoria de la LEC en lo no previsto por la Ley Concursal, que la ausencia en ella de una previsión específica

del recurso de queja no puede significar sin más, como entiende la Juzgadora a quo, que no exista la posibilidad de someter la inadmisión del recurso de apelación a la consideración de la segunda instancia, a través del correspondiente recurso de queja, pues el caso puede darse con perfecta identidad en el proceso concursal. Al actuar de esta forma, el Juzgado a quo cierra el paso a una modificación al convenio propuesta por un acreedor y acompañada de las correspondientes adhesiones importantes, pero igualmente cierra el camino a una posible revisión de la segunda instancia, rechazando ab limine el recurso de reposición intentado, lo que se reputa incorrecto: se debió tramitar, como exige el artículo 495 de la LEC, la reposición previa, y en el caso de desestimarla, expedir los testimonios legalmente previstos, tramitándose entonces la queja, en la que esta Sala podría confirmar o revocar la inadmisión de la apelación pretendida. La resolución dictada, por tanto, es restrictiva del derecho fundamental de la suspensa de acceder al recurso y debería ser revocada.”: Auto AP Barcelona 15.03.2007 (Sección 15) (Rollo 51/2006)

2. No cabe apelación sino sólo reposición contra el auto que desestima la oposición al embargo preventivo del art. 48.3 LC

“**PRIMERO** La primigenia resolución recurrida por el Sr. Vicente es la denegatoria de la oposición a la medida cautelar consistente en embargo preventivo, decisión adoptada en la primera de las secciones en las que se divide el concurso. Para el caso de que la parte a quien afecte una resolución dictada por el Juez del Concurso quiera manifestar su disconformidad y obtener en definitiva su modificación, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio arbitra un sistema de cauces (el de la reposición, el de la apelación el de la queja), salvo que la propia Ley excluya todo recurso según señala el art. 197.2 de la misma.

Pues bien, el citado art. 197 determina que contra los autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición. En principio este precepto es muy claro y sabido es que in claris non fit interpretatio; ahora bien, la parte recurrente en queja se encuentra con lo que puede parecer un contrasentido de la propia LC al señalar en el núm. 1 del art. 197 de constante referencia que «Los recursos contra las resoluciones dictadas en el concurso se sustanciarán en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil», y, siendo así y en aplicación de lo dispuesto por el art. 741.3 de dicha Ley Rituaria, que fue la seguida para la adopción de la medida cautelar de la que en definitiva dimana la sustanciación de la presente queja, resultaría que contra el Auto en el que se decidió sobre la Oposición cabría apelación.

SEGUNDO Considera la Sala que no debe obviarse que el art. 197.1 LC después de decir lo que se ha mencionado anteriormente, continúa señalando lo siguiente «salvo las modificaciones que se indican a continuación», representándose con ello una plasmación del principio de especialidad. Por lo tanto, respecto a la forma de recurrir el Auto de 19-VII-2005 del que trae causa la presente queja, será a través de la normativa específica de la LC, con independencia de que en su defecto pueda aplicarse subsidiariamente la LECiv, como así hizo el Juez a quo según refiere el recurrente en queja con ocasión de tramitar la oposición al embargo preventivo y el incidente de nulidad de actuaciones.

Es por todo lo expuesto por lo que, como se expondrá en la parte dispositiva de la presente resolución, se desestimaré el recurso de queja ya que las decisiones del Juzgador de instancia contra las que en definitiva se interpuso y que se concretan en el auto de 11-X-2005, se adoptaron conforme a derecho.”: Auto AP Baleares 24.11.2005 (AC 2005\2351)

“I.- HECHOS.- **PRIMERO.-** Que se dictó auto el día el día 20 de junio de 2005 no admitiendo a trámite el recurso de apelación contra el auto de 2 de junio de 2005 que decreto las medidas cautelares.

SEGUNDO.- Que contra el citado auto se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto de 21 de septiembre de 2005, formulándose por Ildfonso recurso de Queja.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se suscita ahora y sobre la que se interesa pronunciamiento por el órgano “ad quem” no es pacífica y permite distintos enfoques. Como principio debe sostenerse, no obstante, que la Ley Concursal, establece el principio general limitativo de recursos devolutivos; y así, en relación con lo que es objeto de estudio ahora el art. 197.2 y 3 de la Ley Concursal disponen que contra los autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición y que contra los autos resolutorios del recuso de reposición no cabrá recurso alguno.

Esta es la tesis sostenida en el auto ahora recurrido en queja y no empece a ello el hecho de que la tramitación de las medidas cautelares adoptadas se tramiten por los cauces fijados por la L.E.C., pues, no hay que olvidar que ésta rige supletoriamente para los trámites no previstos en la Ley Concursal. Así pues, conforme lo razonado y un admitiendo que la cuestión es polémica, nos inclinamos nosotros ahora por confirmar la decisión del juez “a quo” y resolver que la decisión adoptada sobre la adopción de medidas cautelares, art. 48.3 de la Ley Concursal, no es recurrible en apelación.

Permitiendo el art. 48.3 adoptar las medidas cautelares también contra el administrador o liquidador de hecho lo que se discute en el recurso de queja, sin embargo aunque en el recurso se alega que Ildfonso no es administrador de hecho de la sociedad, no es cuestión a analizar en

este trámite, restringido en que ahora nos hallamos. Procediendo, en suma, confirmar la decisión adoptada y desestimar el recurso de queja, art. 495 de la L.E.C., al considerar bien denegada la tramitación del recurso.”: Auto AP León 30/12/2005 (JUR 2006/79461)

3. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.

Art. 197.3 Recurso de apelación diferido

“PRIMERO.- La resolución objeto de recurso debe confirmarse por los propios fundamentos que en la misma se exponen, ratificados por los artículos 454, de la Ley de Enjuiciamiento y 197, 3 de la Ley Concursal, al decir el primero que “Contra el Auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, su fuere procedente, la resolución definitiva”, y el segundo que “ Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las Sentencias dictadas en trámites concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubiere formulado protesta en el plazo de cinco días”, que son reglas específicas que deben primar sobre cualquier otra consideración expuesta por la parte, dejando a salvo la facultad expresamente reconocida de reproducir la cuestión al apelar la Sentencia que se pueda dictar.”: Auto AP Zaragoza 24.04.2006 (JUR 2006/177567)

“El párrafo primero del artículo 192.1 de la Ley Concursal establece que todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esa Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. Por tanto la definición de incidente concursal es muy amplia y genérica y el trámite del procedimiento incidental es de obligada aplicación salvo que se establezca otra cosa expresamente por la Ley. Sentado lo anterior es obvio que la impugnación de la lista de acreedores es un incidente concursal que debe tramitarse aplicando las normas del capítulo III del título VIII de la Ley Concursal. Efectivamente dicha Ley no solo no prevé otro trámite para esta cuestión sino que, muy al contrario, expresamente se remite en el artículo 96.4 a los trámites del incidente concursal para sustanciar las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, sin establecer especialidad o salvedad alguna, ratificando con ello para este caso concreto la regla general del artículo 192.1.

SEGUNDO Por tanto es plenamente aplicable el apartado 3 del artículo 197 de la Ley Concursal, conforme al cual contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que las partes puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. Este precepto especial prevalece sobre el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que solo es aplicable en materia concursal de forma supletoria, es decir, para lo no especialmente previsto en la Ley Concursal y así lo dice expresamente la disposición final quinta de dicha Ley.

Las referencias que contienen los artículos 97.1 y 197.6 a la posibilidad de recurrir no contradicen lo anterior, puesto que tal posibilidad queda lógicamente limitada al momento en que se pueda presentar la apelación más próxima.

TERCERO Esta interpretación de la Ley no solo es acorde con su tenor literal, sino que no provoca indefensión alguna al recurrente, puesto que es doctrina del Tribunal Constitucional, cuya antigüedad, reiteración y constancia excusa su cita, la de que derecho a la tutela judicial efectiva, por ser un derecho de configuración legal ejercitable por los cauces formales que el legislador establezca, no garantiza directamente en el proceso civil otros recursos que aquéllos expresamente previstos en la Ley y con los requisitos y presupuestos que en las mismas Leyes se establezcan. En el caso de la Ley Concursal, como expresamente se señala en su exposición de motivos, el legislador ha optado por limitar la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, al considerar que dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, ordenando un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto, sin mermar sus garantías procesales, limitaciones que conforme a la doctrina expuesta constituyen una opción plenamente legítima del legislador y son totalmente compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva.”: Auto AP Sevilla 08.05.2006 (AC 2006/2070)

“PRIMERO El único pronunciamiento que puede hacer esta Sala con ocasión de resolver un recurso de queja es si está bien o mal denegada la tramitación de un recurso de apelación, sin entrar en forma alguna en cuestiones de nulidad de actuaciones, ni mucho menos en el fondo del citado recurso.

Para la determinación de si procede o no el recurso de apelación que pretende la parte ha de partirse del párrafo primero del artículo 192.1 de la Ley Concursal, conforme al cual todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esa Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. Por tanto la definición de incidente concursal es muy amplia y genérica y la aplicación del procedimiento incidental es obligada salvo que se establezca otra cosa expresamente por la Ley. Sentado lo anterior es obvio que la impugnación de la lista de acreedores es un incidente concursal que debe tramitarse aplicando las normas del capítulo III del título VIII de la Ley Concursal. Efectivamente dicha Ley no solo no prevé otro trámite para esta cuestión sino que, muy al contrario, expresamente se remite en el artículo 96.4 a los trámites del incidente concursal para sustanciar las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, sin establecer especialidad o salvedad alguna, ratificando con ello para este caso concreto la regla general del artículo 192.1.

SEGUNDO Por tanto es plenamente aplicable el apartado 3 del artículo 197 de la Ley Concursal, conforme al cual contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que las partes puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. Este precepto especial prevalece sobre el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que solo es aplicable en materia concursal de forma supletoria, es decir, para lo no especialmente previsto en la Ley Concursal.

Las referencias que contienen los artículos 97.1 y 197.6 a la posibilidad de recurrir no contradicen lo anterior, puesto que tal posibilidad queda lógicamente limitada al momento en que se pueda presentar la apelación más próxima.

TERCERO Esta interpretación de la Ley no solo es acorde con su tenor literal, sino que no provoca indefensión alguna al recurrente, puesto que es doctrina del Tribunal Constitucional, cuya antigüedad, reiteración y constancia excusa su cita, la de que derecho a la tutela judicial efectiva, por ser un derecho de configuración legal ejercitable por los cauces formales que el legislador establezca, no garantiza directamente en el proceso civil otros recursos que aquéllos expresamente previstos en la Ley y con los requisitos y presupuestos que en las mismas Leyes se establezcan. En el caso de la Ley Concursal, como expresamente se señala en su exposición de motivos, el legislador ha optado por limitar la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, al considerar que dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, ordenando un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de desconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto, sin mermar sus garantías procesales, limitaciones que conforme a la doctrina expuesta constituyen una opción plenamente legítima del legislador y son totalmente compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva.”: Auto AP Sevilla 05.05.2006 (AC 2006/2071)

“PRIMERO.- La resolución objeto de recurso debe confirmarse por los propios fundamentos que en la misma se exponen, ratificados por los artículos 454, de la Ley de Enjuiciamiento y 197, 3 de la Ley Concursal, al decir el primero que “Contra el Auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, su fuere procedente, la resolución definitiva”, y el segundo que “ Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las Sentencias dictadas en trámites concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubiere formulado protesta en el plazo de cinco días”, que son reglas específicas que deben primar sobre cualquier otra consideración expuesta por la parte, dejando a salvo la facultad expresamente reconocida de reproducir la cuestión al apelar la Sentencia que se pueda dictar.”: Auto AP Zaragoza 24.05.2006 (JUR 2006/177567)

“PRIMERO Mediante el presente recurso de queja solicita la entidad recurrente Boliden Apirsa, SL que se revoque el Auto dictado por el Juzgado de instancia el 21 de febrero de 2006, que desestima la reposición previa a la queja entablada contra la Providencia de 12 de enero de 2006 e inadmite el recurso de apelación entablado contra la Sentencia dictada el 12 de diciembre de 2005 en el incidente concursal núm. 287/05 sobre impugnación de la lista de acreedores respecto de la cuantía de un crédito. Solicita el recurrente la admisión de dicho recurso de apelación contra la Sentencia.

(...) TERCERO Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión que ahora nos ocupa en otro recurso de queja que interpuso Boliden Apirsa (Rollo 2585/06) contra la Resolución del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla que denegaba la admisión de recurso de apelación contra la sentencia dictada en el incidente concursal sobre impugnación de la lista de acreedores núm. 286/05, dimanante también del procedimiento concursal núm. 25/05. En aquel Rollo se dictó Auto el 8 de mayo de 2006, en el que se desestima el recurso de queja, y hemos de reiterar las razones que en el mismo exponíamos para fundamentar el criterio de esta Sala de que contra la sentencia dictada en el incidente concursal sobre impugnación de la lista de acreedores promovida en fase común o en la de convenio no cabe recurso alguno, sin perjuicio de reproducir

la cuestión en la apelación más próxima si hubiesen formulado protesta, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197.3 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003.

Decíamos en el citado Auto de esta Sala que el párrafo primero del artículo 192.1 de la Ley Concursal establece que todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esa Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. Por tanto, la definición de incidente concursal es muy amplia y genérica y el trámite del procedimiento incidental es de obligada aplicación salvo que se establezca otra cosa expresamente por la Ley. Sentado lo anterior es obvio que la impugnación de la lista de acreedores es un incidente concursal que debe tramitarse aplicando las normas del capítulo III del título VIII de la Ley Concursal. Efectivamente dicha Ley no solo no prevé otro trámite para esta cuestión sino que, muy al contrario, expresamente se remite en el artículo 96.4 a los trámites del incidente concursal para sustanciar las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores sobre inclusión y exclusión de créditos, cuantía de los mismos o clasificación de los reconocidos, sin establecer especialidad o salvedad alguna, ratificando con ello para este caso concreto la regla general del artículo 192.1. La Exposición de Motivos de la Ley afirma que la pieza básica en el sistema procesal de la nueva Ley es «el incidente concursal, un procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la Ley otra tramitación distinta. Este incidente se configura con dos modalidades procesales distintas, según la materia sobre la que verse: una que tiene por objeto resolver aquellas materias de índole laboral..., y otra modalidad para tratar de las materias estrictamente concursales». No puede quedar ninguna duda, por tanto, de que la impugnación de la lista de acreedores, materia estrictamente concursal, tiene la naturaleza y es un incidente concursal. No se trata, como sostiene el recurrente, de que la Ley haga una mera remisión a un trámite procesal para su sustanciación sin que la impugnación tenga naturaleza de incidente concursal.

Por tanto, es plenamente aplicable el apartado 3 del artículo 197 de la Ley Concursal, conforme al cual contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que las partes puedan reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. Este precepto especial prevalece sobre el régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil [, que solo es aplicable en materia concursal de forma supletoria, es decir, para lo no especialmente previsto en la Ley Concursal y así lo dice expresamente la disposición final quinta de dicha Ley.

Las referencias que contienen los artículos 97.1 (derecho de quienes no impugnaron el inventario o la lista de acreedores a recurrir las modificaciones que el Juez introduzca al resolver las impugnaciones) y 197.6 (que permite formular recurso de casación o extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas por las Audiencias relativas al convenio o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta) no contradicen lo anterior, puesto que tal posibilidad de recurrir queda lógicamente limitada al momento en que se pueda presentar la apelación más próxima, de acuerdo con una interpretación sistemática de la Ley.

Esta interpretación de la Ley no solo es acorde con su tenor literal, sino que no provoca indefensión alguna al recurrente, puesto que es conocida y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la de que derecho a la tutela judicial efectiva, por ser un derecho de configuración legal ejercitable por los cauces formales que el legislador establezca, no garantiza directamente en el proceso civil otros recursos que aquéllos expresamente previstos en la Ley y con los requisitos y presupuestos que en las mismas Leyes se establezcan. Así, señala la Sentencia del TC de 16 de octubre de 1995 [RTC 1995, 149], que el derecho de acceso a los recursos no nace «ex constitutione», sino de lo que establece en cada caso la Ley.

En el caso de la Ley Concursal, como expresamente se señala en su Exposición de Motivos, el legislador ha optado por limitar la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, al considerar que dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, ordenando un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto, sin mermar sus garantías procesales, limitaciones que conforme a la doctrina expuesta constituyen una opción plenamente legítima del legislador y son totalmente compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva.”: Auto AP Sevilla 17.05.2006 (AC 2006/2068)

“PRIMERO Recurre en queja el abogado del concursado contra la resolución del Juzgado que le deniega la apelación por la que se le requiere a presentar en el plazo de diez días las minutas de los honorarios por los trabajos efectuados para la concursada. No obstante la extensión de su escrito de queja, no se hace concreta mención a la fase del procedimiento concursal en que la resolución del Juzgado ha sido dictada, pero no parece aventurado sostener que lo ha sido con ocasión al establecer los llamados crédito concursales y créditos contra la masa, que se regulan en los artículos 84 y siguientes de la respectiva Ley, más en concreto los referidos en el punto tercero del párrafo segundo del artículo citado, cuando en su parte final se refiere a «Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor...». Así concretado el tema en la fase correspondiente del procedimiento concursal, la aplicación del

artículo 197 siguiente es incuestionable, cuando en su punto tercero dispone: «Contra los Autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubiere formulado protesta en el plazo de cinco días», y así igualmente explica en el punto X de la Exposición de Motivos de la Ley, párrafos tercero y sexto, por lo que, siendo este el criterio sostenido por el Juzgado de instancia en la resolución objeto de la queja, ésta en modo alguno puede prosperar. Se extiende el recurrente en consideraciones que son extrañas a la reclamación que formula, que se refieren al fondo de la cuestión, y que por tanto han de resultar ajenas al tema concreto y específico que ahora se resuelve -si la resolución dicha es susceptible o no de recurso de apelación--, sobre las cuales en consecuencia ningún concreto pronunciamiento ha de hacerse, pero sea suficiente para mejor perfilar la especialidad del caso introducir alguna precisión, al haber sido aludida en la queja, como por ejemplo que los administradores del concurso pueden solicitar del Juzgado en cualquier momento el auxilio que estimen necesario conforme se establece en el artículo 43, 1 de la Ley, o que el requerimiento no es una resolución exclusiva de una sentencia condenatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 149, 4 de la Ley de Enjuiciamiento, y que las citas a los preceptos sobre nulidad de actuaciones de los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se compaginan con el recurso interpuesto y que se resuelve, como tampoco es procedente la del artículo 563 de la Ley de Enjuiciamiento.":Auto AP Zaragoza 09.06.2006 (JUR 2006/187382)

1. La protesta del art. 197.3 LC no exige de la preparación de la apelación

"PRIMERO.- La Tesorería General de la Seguridad recurre en queja el auto de 22-12-2005, que rechaza la reposición del auto de 26-10-2005, por el que fue denegada la admisión de la apelación interpuesta por dicho organismo el día 20-10-2005 contra la sentencia de fecha 25-4-2005, desestimatoria de la impugnación del informe de la Administración Concursal promovido por dicha recurrente, quien había formulado protesta contra dicha desestimación a los efectos del art. 197.3 Ley Concursal (LC) el día 6 de mayo.

La razón por la que el juzgador rechaza la apelación es su extemporaneidad, en tanto que la apelación en la que se pretende reproducir la impugnación es la procedente contra la sentencia de aprobación del convenio dictada el día 3-12-2005, y ésta fue notificada a la apelante el día 6-10-2005, por lo que el día 20-10-2005 en que se presenta la interposición del recurso excede el plazo de cinco días señalado para la preparación del recurso de apelación en el art. 457.1 LEC 2000.

El argumento que la recurrente en queja emplea para justificar su recurso consiste en que, una vez formulada la protesta que el art. 197.3 LC señala para las apelaciones contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio, no es necesario ya la preparación de la apelación, sino que lo procedente es su interposición en el plazo de 20 días que señala a tal efecto el art. 457.3 LEC 2000, en contra de lo sostenido por el juzgador de primer grado, para el que la protesta no sustituye a la preparación de la apelación, sino que constituye un requisito adicional. En consecuencia, continúa el recurrente, su escrito de interposición del recurso ha sido temporáneamente presentado.

SEGUNDO.- Conforme al art. 197.3 LEC "Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días"

Instaura la llamada apelación mediata, que como todas las procedentes en el procedimiento concursal se rigen por las normas de la LEC 2000 en lo no expresamente regulado por la LC (art. 197.1 LC y DF 5ª LC), y conforme ella, previa a la interposición del recurso de apelación, es necesario que el juzgador se pronuncie sobre su admisibilidad y sobre si ha sido presentado en plazo, y que, de entender que así sucede, emplaze al recurrente para que lo interponga en el plazo que señala.

Nada hay en la ley especial que permita entender que la protesta del art. 197.3 LC sustituye a la preparación de la apelación, conforme a la interpretación propuesta por el recurrente.

Pero es que además, lo que la ley impone es que la pretensión impugnatoria contra las resoluciones a que se refiere el art. 197.3 LC se reproduzca en la apelación más próxima -nadie discute en el presente caso que sea la procedente contra la sentencia dictada para la aprobación del convenio-, y ésta, desde luego, no se puede entender preparada por la protesta formulada contra la resolución mediatamente recurrida, sin que nada se diga en el recurso acerca de la preparación de recurso alguno contra la sentencia de aprobación del convenio de la que se pretende hacer uso a los expresados fines, si bien, de una lectura atenta de los autos objeto de queja, parece resultar que la resolución contra la que se ha interpuesto directamente el recurso de apelación que deniegan es la sentencia misma de aprobación del convenio, lo que haría todavía más inviable la argumentación de la Tesorería.": Auto AP Zaragoza 20.02.2006 (2006/105065)

“UNICO.- En la regulación del sistema de recursos de la Ley concursal (artículo 197 de la LC) se establece como principio general el de la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en incidentes producidos en la fase común o en la de convenio. Cabe, sin embargo, que las partes produzcan la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días. Sentada así la excepcionalidad de la posibilidad de llevar al conocimiento del órgano de apelación la misma cuestión que ha sido ya resuelta -sin ulterior recurso- en el incidente concursal, no parece dudoso que la parte que quiera hacerla valer debe interponer recurso contra la resolución apelable que le es desfavorable. Se podrá discutir si la “apelación más próxima” es la primera resolución legalmente apelable (en este caso, el auto que fijó la retribución definitiva del administrador concursal) o la primera ocasión en que la parte formaliza un recurso de apelación contra una resolución que admita ese recurso.

Lo que no parece dudoso es que el derecho a “reproducir la cuestión” del artículo 197. 3 presupone que la propia parte a quien interesa, además de haber formulado en su día la oportuna protesta, ha preparado en tiempo y forma un recurso de apelación contra una resolución apelable que le afecta desfavorablemente, pues si el recurso ha sido preparado sólo por otra de las partes personadas en el concurso las demás habrán perdido la oportunidad procesal de utilizar la vía de la apelación para llevar a la sala el conocimiento de la cuestión resuelta en la sentencia incidental dictada en la fase común.

Con el traslado del escrito de interposición del recurso de apelación las demás partes, dice el artículo 461 de la LEC, son emplazadas por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable. La TGSS no hace en este caso ni una cosa ni la otra; su escrito es de adhesión al recurso de apelación interpuesto por el abogado del Estado, en nombre y representación de la AEAT, y de interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia incidental de 12 de julio de 2005 con lo que viene en definitiva a pretender que se le admita un recurso de apelación contra una resolución que no es apelable o que se le admita un recurso de apelación interpuesto sin haberlo previamente preparado. Tampoco cabe subsumir el escrito en las posibilidades que ofrece el artículo 461 de la LEC puesto que la TGSS ni siquiera impugna la resolución apelada -que es el auto que aprobó la retribución definitiva del administrador concursal único al finalizar la fase común. “: Auto JM-1 La Coruña 09.03.2006 (JUR 2006/124251)

2. Decaimiento del derecho si no se prepara el recurso de apelación contra la inmediata resolución apelable notificada, aunque ésta no cause gravamen

“Segundo.- En este sentido, procede que analicemos seguidamente la cuestión objeto de controversia en esta alzada, concretada en la viabilidad procesal del recurso de apelación diferido formulado por la representación procesal de “Pensos Cartagena S.A.” contra la sentencia de 28 de Abril de 2005 dictada en el correspondiente incidente concursal. La juzgadora de instancia declara la incorrección procesal en la interposición del controvertido recurso, que este Tribunal a su vez acepta y reitera, como a continuación argumentamos. Estimamos inicialmente, compartiendo así el criterio mayoritario de la doctrina científica, que las limitaciones y especialidades que la Ley Concursal establece en materia de recursos devolutivos con respecto a las sentencias dictadas en incidentes concursales (artículo 197.3) constituye un desacierto del legislador, generador de cierta confusión interpretativa.

En este sentido, y conforme a la dicción del citado precepto, estimamos que la protesta en tiempo hábil (dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución) se alza en presupuesto previo en orden a la admisibilidad del recurso.

Dicha protesta no es equiparable, ni asimilable procesalmente, al trámite de preparación del recurso de apelación, pues entendemos que dicho trámite de preparación únicamente resultaría viable una vez dictada y notificada la resolución contra la que cabe interponer recurso de apelación directo, es decir, la que posibilita y permite la concreción de aquel recurso de apelación diferido cuya protesta se realizó en su momento.

Es por tanto tras la notificación de tal resolución, concretada en este caso en el auto de fecha 20 de Septiembre de 2005 aprobatorio del Plan de Liquidación propuesto por la administración concursal, cuando “Pensos Cartagena S.L.”, aprovechando la oportunidad de la recurribilidad de la misma, que a su vez le permitía la sustanciación del recurso previamente anunciado mediante protesta, debió preparar su recurso, ya desbloqueado, y posteriormente, previos los oportunos trámites procesales, proceder a su formalización o interposición.

Así las cosas, “Pensos Cartagena S.L.”, que en efecto efectuó protesta en orden a la posterior interposición de recurso de apelación contra la sentencia de fecha 28 de Abril de 2005, y que incluso la reiteró posteriormente, mantuvo después, tras la notificación del auto de 20 de Septiembre de 2005 que le permitía la sustanciación del recurso de apelación diferido, en su día anunciado, una situación de silencio por inactividad procesal que le hizo decaer en su derecho. Nótese al respecto como otras partes en el proceso, entre ellas el Abogado del Estado, en defensa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, aprovechó la recurribilidad de

dicha resolución para la interposición de un recurso de apelación, asimismo diferido, cuya protesta realizó en su momento.

Entendemos que el hecho de que la resolución de referencia, de 20 de Septiembre de 2005, no cause perjuicio alguno al recurrente "Pienso Cartagena S.L." no constituye obstáculo procesal que le impida o le limite la interposición de aquella apelación en su día anunciada, siempre, por supuesto, que dicha resolución le haya sido notificada en legal forma, como aquí acontece. Entendemos finalmente que dicha interpretación acogida por el Juzgado de lo Mercantil, que en definitiva deniega su derecho a recurrir, no implica, como expone la recurrente, una infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Carta Magna, pues como dice el Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de Mayo de 1987, el derecho a recurrir, salvo en el orden jurisdiccional penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. "Procede la desestimación del presente recurso.": Auto AP Murcia 27.03.2006 (Rollo 93/2006)

"SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y ya referido al fondo de la cuestión objeto de debate, se alega por la representación procesal de la entidad concursada, ahora recurrente, que se ha respetado el procedimiento establecido en el art. 179.3 de la Ley Concursal y que, por lo tanto, debió tenerse por preparado el recurso de apelación con carácter diferido contra la Sentencia dictada en autos de incidente concursal núm. 54/2005. El invocado precepto de la Ley Concursal no permite recurrir en apelación las sentencias dictadas en incidentes concursales que hubieran sido planteados en la fase común o en la de convenio. Sólo una vez aprobado el convenio o abierta la fase de liquidación cabe recurrir ante la Audiencia Provincial las Sentencias dictadas en los incidentes que se promuevan durante el periodo de cumplimiento del convenio, en la fase de liquidación que se haya abierto y, en todo caso, en los incidentes que puedan surgir dentro de la sección de calificación o con ocasión de la conclusión del concurso. En consecuencia, quedan privadas del recurso de apelación las Sentencias resolutorias de incidentes concursales suscitados en la fase común o en la de convenio en las que se decidan cuestiones de carácter incidentes en relación con la sustanciación del concurso -de carácter interlocutorio, pese a ser resueltas mediante una resolución que adopta la forma de Sentencia-. Sin perjuicio de ello, estas cuestiones pueden reproducirse en la apelación más próxima que cabe contra la Sentencia de aprobación o de desestimación del convenio o de la resolución que apruebe el plan de liquidación, siempre que se haya formulado protesta en el plazo de cinco días. En efecto, en aquellos supuestos en los que a la fase común del concurso no le sigue la conclusión de un convenio (art. 143.1.1º y 2º de la LC) -o cuando, en su caso, el concursado pide oportunamente la liquidación (art. 142.1 de la LC)-, la impugnación debe canalizarse a través, precisamente, del recurso de apelación contra el auto que se pronuncia sobre o que aprueba la liquidación de los bienes y derechos que forman parte de la masa activa del concurso (art. 148.2 de la LC), sin que quepa apelación frente al autor que acuerda la apertura de la fase de liquidación. Comoquiera que la representación procesal de la entidad concursada, ahora recurrente en queja, pudo y debió preparar el recurso de apelación en la apelación causada por el Auto de fecha 12 de diciembre de 2005, por ser la apelación más próxima, el hecho de haberlo presentado extemporáneamente (el día 28 de diciembre de 2005) no puede sanarse mediante la incorporación de los dos recursos de apelación que se dicen admitidos a trámite.": Sentencia AP La Coruña 13.03.2006 (JUR 2006/118130)

"En primer término, no obstante, es necesario salir al paso del argumento de inadmisibilidad del presente recurso de apelación esgrimido por la Administración Concursal. El art. 197.3 señala que: «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días». Ahora bien, lo que la Ley exige en estos casos es que se formule, en tiempo y forma la oportuna protesta, requisito concurrente en este caso, aunque se demore la formulación del mismo al momento en que se dicte la resolución más próxima susceptible de apelación que, en este caso, es el auto que se pronuncia sobre el plan de liquidación, lo que tampoco se cuestiona, ahora bien, no podemos exigir que se requiera la concurrencia de gravamen, en el sentido de perjuicio, derivado de ésta última decisión judicial, sino que el mismo exista en cuanto a la resolución protestada, que es lo que acontece en el caso que enjuiciamos en el que por el juzgado de lo mercantil se desestima la propuesta de clasificación en su momento postulada por la parte apelante. En definitiva, a través del art. 197.3 de la LC, el Legislador lo que realmente hace es deferir la apelación no condicionarla al gravamen de la primera resolución apelable, que no tiene necesariamente que concurrir. "": Sentencia AP La Coruña 07.04.2006 (AC 2006/495) y, en idénticos términos, Sentencia AP La Coruña 10.04.2006 (AC 2006/496)

"SEGUNDO.- Previamente, conviene advertir lo siguiente sobre la admisibilidad del recurso de apelación reproducido contra la sentencia 12/7/2005 protestada en su día, a pesar de no peticionarse nada respecto del citado auto retributivo de 5/12/2005:

<< El art. 197.3 señala que: “Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días”. Ahora bien, lo que la Ley exige en estos casos es que se formule, en tiempo y forma la oportuna protesta, requisito concurrente en este caso, aunque se demore la formulación del mismo al momento en que se dicte la resolución más próxima susceptible de apelación (...), lo que tampoco se cuestiona, ahora bien, no podemos exigir que se requiera la concurrencia de gravamen, en el sentido de perjuicio, derivado de ésta última decisión judicial, sino que el mismo exista en cuanto a la resolución protestada, que es lo que acontece en el caso que enjuiciamos en el que por el Juzgado de lo Mercantil se desestima la propuesta de clasificación en su momento postulada por la parte apelante. En definitiva, a través del art. 197.3 de la LC, el Legislador lo que realmente hace es deferir la apelación no condicionarla al gravamen de la primera resolución apelable, que no tiene necesariamente que concurrir >>.[Sentencia AP La Coruña 07.04.2006, número 168/2006].”: Sentencia AP La Coruña 16.05.2006 (JUR 2006/187932)

“Al efecto es de señalar la total independencia de contenidos entre el auto que permite la apelación más próxima y la resolución ante la que se ha formulado protesta en previsión de una ulterior apelación, de tal forma que aquél sólo sirve como vehículo formal del recurso contra ésta cuando se haya cumplido la exigencia del art. 197.3 LC, pero no cabe introducir en el recurso directo o inmediato contra la resolución vehículo materias propias de otras resoluciones anteriores que no fueron objeto de impugnación o protesta que abriera la posibilidad de la apelación mediata.”: Sentencia AP Zaragoza 16.06.2006 (Sección 5ª) (JUR 2006/183286)

“Por ello, parece que cualquier resolución apelable directamente, la más próxima, puede servir para reproducir las cuestiones sobre las que existe la previa protesta y ello, además, tal y como lo defiende algún sector doctrinal, sin necesidad de impugnar la resolución que sirve de vehículo para la apelación diferida, con la que, al menos en el caso de sentencias incidentales, no tiene que guardar ninguna relación, ni tiene que dañar de ningún modo (la resolución vehículo) a la parte que se siente perjudicada por la resolución que es apelada de modo diferido”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

2.1 No es necesario que se ejercite pretensión alguna frente a la resolución apelable que se “utiliza” para el recurso diferido

“**SEGUNDO** Si bien el motivo de recurso que se acaba de exponer constituye el único que debe resolverse, la congruencia de esta sentencia obliga a contemplar con carácter previo un aspecto formal que apunta una de las partes apeladas, en concreto la representación de la entidad concursada, de enorme trascendencia dada la regulación específica de la impugnación que sobre resoluciones dictadas en incidentes concursales prevé la nueva Ley Concursal, la L. 22/2003, de 9 de julio.

Dice en su oposición a la apelación que dicho recurso no debió ser admitido a trámite, puesto que de conformidad con el artículo 197. 3 de aquella Ley, la sentencia dictada en este incidente no permite recurso de apelación inmediato, sino tan solo el mediato consistente en protesta que conduciría a reproducir su contenido en la apelación más próxima, dándose la circunstancia ?apunta la parte? de que la sentencia que aprobó el convenio no ha sido impugnada y por tanto alcanzó firmeza. Ello significa que se ha omitido un requisito que habría sido necesario para posibilitar lo que en estos momentos, y por camino inadecuado procesalmente hablando, se intenta.

Ahora bien, en el resumen de los hechos que se hace en el escrito de quien se opone a este recurso se recogen estos datos, debidamente acreditados: a) Sentencia dictada en incidente concursal núm. 54/2005, de calificación del crédito que se discute, con fecha 31 de mayo de dicho año; b) Protesta contra la misma formulada por la AEAT en tiempo y forma; c) Sentencia que aprueba el convenio con fecha 11 de octubre de 2005; d) Recurso de apelación de la AEAT con fecha 20 de octubre del mismo año, frente a la sentencia de aprobación del convenio; e) Providencia de 23-11-2005 para subsanar errores sobre preparación del recurso, al no constar los pronunciamientos que se impugnan; f) Subsanción por la AEAT indicando que lo que impugna es la calificación como créditos concursales los relativos a retenciones por IRPF en el trimestre en el que se produce la declaración del concurso; g) Providencia de 29-11-2005 en la que se tiene por preparado recurso de apelación contra la sentencia que aprueba el convenio, y da un plazo de 20 días para su interposición; h) El recurso que en estos momentos corresponde resolver se interpone en tiempo y forma expresando que la única cuestión que se discute es la calificación como créditos concursales de las retenciones por IRPF del trimestre último del año 2004, indicando al tiempo que la apelación directa fue contra la resolución que aprobaba el convenio, pero el único objeto de la discusión, formalizado previamente con la protesta, hacía referencia a la calificación de aquel concreto crédito.

Cierto es que el texto del artículo 197. 3 de la Ley 22/2003, de 9 julio, dice que: «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días», al mismo tiempo que el párrafo 4 del mismo señala que: «Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente, y en la forma prevista para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario». Lo que da a entender que en esta Ley se intenta establecer un sistema doble de impugnación de resoluciones en el marco de los procedimientos concursales: una impugnación mediata cuando se trata de sentencias dictadas en incidentes planteados «en la fase común o en la de convenio», a que se refiere el apartado 3 del artículo 197 LC, justificado en la exposición de motivos por la celeridad en la tramitación del concurso, lo que supone, tras formular protesta en el plazo de cinco días, reproducir la cuestión en la apelación más próxima; y una impugnación inmediata o directa a través del recurso de apelación, de aquellas sentencias que específicamente se señalan en el apartado 4.

En el caso en cuestión la sentencia lo que resuelve es la calificación de determinados créditos frente a la concursada, la sociedad limitada MUEBLES EL CASTRO, lo que indudablemente se sitúa en las fases a las que se refiere el número 3 del art. 197 LC, lo que motivó que la AEAT presentara en debida forma la protesta. Ahora bien, el problema se plantea en que al recurrir también la sentencia que aprobaba el convenio, lo que también hizo cumpliendo plazos, al concretar los pronunciamientos que impugnaba tan solo se refirió a lo decidido en el incidente que calificó en contra de su opinión uno de los créditos que tenía frente a la concursada, no como contra la masa sino como concursal, y tal expresión es lo que hace decir a la parte que se opone que el convenio ha devenido firme.

No parece ser esta la conclusión que deba imponerse. En realidad, el hecho de concentrar los recursos por fases del concurso no trata sino de impedir que las apelaciones se planteen de forma inconexa, así como de resolver conjuntamente todos aquellos aspectos que afecten a partes del procedimiento concursal. Dicho en otros términos, en el caso presente, el desacuerdo de la AEAT no es con el convenio en su conjunto sino con un concreto aspecto que se limita a la calificación de uno de sus créditos frente al concursado, siendo ésta la razón para permitir que la concreción de su recurso se refiera al pronunciamiento hecho en este incidente concursal, y también para tener que afirmar que la sentencia de aprobación del convenio no ha alcanzado aún firmeza, puesto que está impugnada la calificación del crédito que mantiene la AEAT por la retención del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas correspondiente al salario de sus trabajadores durante el último trimestre del año 2004, que en el convenio figura como crédito concursal, sosteniendo la parte aquí apelante que es contra la masa. Ello supone que la impugnante no está conforme con la aprobación del convenio en esos términos, discrepando de esa específica calificación de uno de sus créditos, lo que motiva el recurso contra la sentencia aprobatoria, que fue precedida por la protesta contra la que calificaba ese crédito como concursal.

Otra cosa puede ser ¿pero presenta una dimensión meramente accesoria? si no habría sido conveniente que al plantearse el recurso inmediato contra la sentencia de aprobación del convenio, aun cuando se redujera a reproducir la impugnación de la sentencia del incidente concursal núm. 54/05 formulada mediante protesta, no debería haber sido tramitado en la fase del convenio, es decir, en el propio incidente de aprobación en lugar de en el incidente de calificación.”: Sentencia AP Asturias 23.06.2006 (JUR 2006/246256)

“Por ello, parece que cualquier resolución apelable directamente, la más próxima, puede servir para reproducir las cuestiones sobre las que existe la previa protesta y ello, además, tal y como lo defiende algún sector doctrinal, sin necesidad de impugnar la resolución que sirve de vehículo para la apelación diferida, con la que, al menos en el caso de sentencias incidentales, no tiene que guardar ninguna relación, ni tiene que dañar de ningún modo (la resolución vehículo) a la parte que se siente perjudicada por la resolución que es apelada de modo diferido”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

3. Sobre el concepto de “apelación más próxima”

3.1 Se refiere a apelación contra resoluciones dictadas en el procedimiento principal del concurso y no en alguna de sus piezas

“**TERCERO** En cuanto a los motivos expuestos en el apartado cuarto y siguientes del recurso referentes a las razones contenidas en el auto resolutorio de reposición sobre la posibilidad de acumular en un mismo recurso de apelación la impugnación de dos resoluciones dictadas en distinta pieza, se deben asumir el razonamiento que con fundamento en el art. 197 de la Ley Concursal, entiende que la expresión «apelación más próxima» no es sinónimo de «siguiente apelación», sino de apelación que cabe contra determinadas resoluciones que normalmente son las que ponen término a cada una de las fases del concurso; en este supuesto concreto la apelación se plantea en el contexto procesal de una pieza separada, con una regulación al margen del sistema de recursos previstos en la Ley Concursal y de carácter especial en tanto que se recoge en el art. 1 de la LO 8/03, apartado 6, legitimando únicamente para su interposición al deudor, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial; entendiéndose que nos hallamos ante una apelación, no regulada en la Ley Concursal, ya que los recursos que se intentan reproducir en esta pieza de medidas cautelares, tienen su origen en la Sección Primera del procedimiento concursal, y no deben incidir con la providencia de haber adoptado una medida personal respecto del concursado.

Por otro lado, la finalidad fundamental de la apelación diferida (evitar la ralentización, paralización de la fase común del concurso) cabe decir que el recurso de apelación en medidas cautelares no puede ser utilizado para recurrir en sede de recurso de apelación resoluciones dictadas propiamente en el concurso, entendiéndola como la «apelación más próxima», ya que no tiene ninguna relación directa que lo justifique. Además, las partes de las medidas cautelares no coinciden con las partes del concurso, lo cual impide entenderla con carácter general como la «apelación más próxima»; entendemos que esta «apelación más próxima», viene referida al recurso que se puede interponer por cualquiera de las partes del concurso porque todos ellos tienen conocimiento de la misma y se dicta dentro del concurso, entendiéndose como procedimiento principal y no en algunas de sus piezas en las que no son partes todos los que lo son en el concurso.”: Auto AP Tarragona 04.04.2006 (JUR 2006/254458)

3.2 Se refiere a cualquier apelación, sin limitación

“oponiendo, en primer lugar, al recurso interpuesto, que el auto por el que se fijan los honorarios de la Administración Concursal, por más que sea apelable, no puede servir como la apelación más próxima a la que se refiere el artículo 197.3 de la Ley Concursal pues nada tiene que ver con lo resuelto en la sentencia ahora apelada. La exposición de motivos de la Ley parte de que al apelar las sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso es cuando pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio. Sin embargo, es otra cosa la que dispone el artículo 197.3 que habla, simplemente, de reproducir la cuestión en la apelación más próxima, por lo que cualquier resolución apelable directamente puede servir para desencadenar la sustanciación de la apelación diferida, tenga o no que ver con lo debatido en la sentencia que resolvió el incidente concursal. La previsión del artículo 197.3 recuerda la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las resoluciones interlocutorias, pero en un concurso, en determinados casos, puede haber interés legítimo de un acreedor en combatir lo interlocutorio sin interés alguno de combatir, por ejemplo, la aprobación del convenio. Debe tenerse aquí en cuenta que el legislador, según declara en la exposición de motivos, no ha pretendido mermar garantías procesales sino concentrar en lo posible los motivos de disconformidad que puedan tener las partes. Así, en el presente caso, está en cuestión el reconocimiento y calificación de créditos y claro es que de él no tiene que depender necesariamente, por ejemplo, la aprobación del convenio. Puede ocurrir perfectamente que del crédito en controversia no dependa la aprobación de un convenio y no parece razonable que la existencia o no de la posibilidad de revisar la cuestión en apelación dependa de ello, con más razón cuando el legislador no está pretendiendo reducir las garantías procesales sino que parece que sólo busca concentrarlas todo lo que sea posible cuando se trata de recursos. Es más, aun existiendo tal relación de dependencia, es perfectamente legítimo que el acreedor esté dispuesto a consentir, por ejemplo, la aprobación del convenio y que, por el contrario, no se conforme con que su crédito sea reconocido con un importe inferior al que estima procedente, o a que sea reconocido sin un determinado privilegio. No parece que el legislador haya querido impedir un recurso de apelación para debatir, autónomamente, sobre el reconocimiento y graduación de créditos, influya o no en la aprobación del convenio. Por ello, parece que cualquier resolución apelable directamente, la más próxima, puede servir para reproducir las cuestiones sobre las que existe la previa protesta y ello, además, tal y como lo defiende algún sector doctrinal, sin necesidad de impugnar la resolución que sirve de vehículo para la apelación diferida, con la que, al menos en el caso de sentencias incidentales, no tiene que guardar ninguna relación, ni tiene que dañar de ningún modo (la resolución vehículo) a la parte que se siente perjudicada por la resolución que es apelada de modo diferido”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006/285813)

“Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso debe darse respuesta a la alegación formulada por los apelados de inadmisibilidad del recurso, que se fundamenta en la infracción del artículo 197 de la Ley Concursal que, en su opinión, únicamente permite acumular las apelaciones diferidas, a las que se refiere el número tres del precepto, a las sentencias que aprueban el convenio o resuelvan incidentes concursales planteadas después de éste o en fase de liquidación.

Para resolver la presente cuestión debe tenerse en cuenta que la Ley Concursal dedica un capítulo, el IV del título VIII, a los recursos. El único precepto de dicho capítulo es el art. 197 que distingue entre providencias y Autos de trámite, susceptibles únicamente de recurso de reposición, Autos resolutorios de recursos de reposición y sentencias dictadas en incidentes concursales hasta el convenio, respecto de los que no cabe recurso pero puede reproducirse la cuestión en la apelación más próxima si se ha formulado protesta en el plazo de 5 días y, por último sentencias aprobatorias del convenio o que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la liquidación en las que cabe el recurso de apelación.

De lo antedicho ya se colige que no puede compararse la alegación del apelado en el sentido de que sólo cabe acumular la apelación diferida a la de las sentencias referidas en el último de los supuestos antes enunciados, pues la sola lectura de la Ley ya pone de manifiesto que los Autos que resuelven recursos de reposición y las sentencias dictadas en incidentes concursales anteriores a la aprobación del convenio o a la fase de liquidación, si bien no son susceptibles de recurso directo, si lo son a través de la apelación más próxima siempre que se hubiere formulado previa protesta en el plazo de cinco días como, en este caso, hizo la Abogacía del estado.”: SAP Asturias 20.12.2006 (JUR 2007/38038)

3.3 Para la apelación diferida contra una Sentencia, no cabe que la apelación-vehículo sea la de un Auto

“PRIMERO.- Como resulta del Auto de esta misma Sección de 20 de julio de 2006 (Pte. Sr. Caruana Font de Mora) que cita, a su vez la Sentencia de 14 de julio anterior (Pte. Sra. Gaitón Redondo):

“...El régimen de recursos legalmente establecido contra los diferentes tipos de resoluciones judiciales es materia que escapa a la capacidad dispositiva de los litigantes, perteneciendo al llamado "ius cogens" y sólo la resolución puede ser recurrida conforme al modo que establece el legislador, hasta el punto que el Juez a la hora de anunciarse el recurso de apelación viene obligado conforme al artículo 457 -3º de la Ley Enjuiciamiento Civil a examinar si la resolución recurrida es susceptible de apelación, revisión que igualmente ha de efectuar por la naturaleza dicha de tal norma este Tribunal de la alzada aunque nada hayan objetado las partes.

En tal sentido esta Sala tiene declarado de forma reciente y precisamente en una resolución proveniente del mismo proceso concursal, sentencia nº 276/06 de fecha 14 de julio 2006, Rollo 441/2006 (ponente Sra. Gaitón Redondo):

“...el artículo 197 de la Ley Concursal, que regula con carácter general y no sólo para los procedimientos incidentales los recursos procedentes y su tramitación, establece en su apartado 3 que "contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días". De dicho precepto infieren los demandados apelados que la apelación más próxima que debió tener en cuenta la parte actora fue el Auto de 14 de febrero y no la Sentencia de 17 de marzo, tesis esta que la Sala no puede compartir a la luz de lo dispuesto en la propia Exposición de Motivos (X) de la Ley Concursal en la que, en relación con los procedimientos incidentales que se regulan en dicha norma, señala "La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos, en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio". Una interpretación lógica y sistemática (art. 3 del Código Civil) del contenido del artículo 197 de la Ley Concursal en relación con los términos en que se expresa su Exposición de Motivos, permite establecer que la apelación más próxima lo ha de ser de una resolución que adopte, al menos, la misma forma que aquélla otra que se pretende combatir por vía de reproducción, es decir, que si la resolución recaída en el incidente es una sentencia -cual es el caso de autos- la apelación más próxima a los efectos de reproducir la cuestión ha de ser de una sentencia (en consonancia además con lo dispuesto en los artículos 208 y 209 de la LEC), no existiendo inconveniente alguno, por el contrario, y dadas las normas legales citadas, al hecho de que si la resolución recaída en el incidente es un auto la apelación más próxima a tener en cuenta pueda ser tanto un auto como una sentencia. Interpretarlo en modo distinto determinaría que una resolución con forma de Auto -pues no otra podría tener la dictada en esta alzada en caso de recurso de apelación contra el Auto de 14 de febrero de 2006- produjese una eventual revocación de una

resolución en forma de sentencia, pese a las reglas especiales que sobre forma y contenido de este tipo de resolución establece el artículo 209 de la LEC. "

Aplicando tal doctrina al caso presente, vemos que se intenta modificar la sentencia resolutoria del incidente a través del recurso a un Auto del Juzgado de fijación de retribución a los administradores concursales, cuyo contenido no se ataca, por lo que resulta inviable a parte de no pretender alterar dicho auto, no obstante recurrirlo, modificar por tal auto el contenido de una sentencia. Como dijimos en la resolución parcialmente transcrita y referida precedentemente":....artículo 197 de la Ley Concursal, cuyo apartado 3 parte de la inicial premisa de que contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabe recurso alguno, dejando no obstante la oportunidad de "reproducir" la cuestión en la apelación más próxima. Los términos de dicho precepto no ofrecen duda alguna respecto al hecho de que es necesario interponer el recurso de apelación contra la resolución que en su caso corresponda, en sede de la cual puede reproducirse la cuestión que haya sido objeto del incidente concursal,".

Por consiguiente, al caso, el recurso de apelación por la A.E.A.T tenía que haber sido interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil y en tal recurso además reproducir la cuestión resuelta del incidente concursal y sobre la que se discrepa y al caso no se cumple con tales requisitos pues incluso se ha afirmado ante este Tribunal que la sentencia que aprueba el convenio no ha sido recurrida.

Por tales consideraciones expuestas, se ha de concluir con la inadmisibilidad (ahora causa del desestimación) del recurso de apelación formulado por el Abogado del Estado en la representación de la Agencia Tributaria de la Administración Estatal contra el Auto de 14 febrero 2006 para reproducir la cuestión resuelta contra la sentencia de 2-9-2005 dictada en procedimiento incidental concursal sin que sea viable entrar a dilucidar y resolver los diversos motivos argumentados por la parte apelante."

SEGUNDO.- La propia entidad recurrente MAS DEL JUTGE 2.SL en su escrito de 24 de mayo de 2006 defiende la tesis que resulta de las resoluciones de esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial trascritas en el precedente ordinal, de manera que cuando con ocasión de contestar al recurso planteado por la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA contra el auto de 14 de febrero de 2006 hace valer, a su vez, recurso de apelación contra la sentencia de 30 de septiembre de 2005- que resuelve el incidente concursal que tiene por objeto la calificación de su crédito -, ya pone de manifiesto que se trata de una mera impugnación del indicado auto "ad cautelam" porque siendo ese auto aparentemente el trámite de apelación más próximo a la resolución que pretende recurrir y respecto de la que formuló protesta (folio 194 de las actuaciones), no quiere perder su derecho por razón de una eventual interpretación judicial diversa que parece deducir de las actuaciones practicadas, aunque entiende que la apelación más próxima sería no la derivada de ese auto de 14 de febrero- que pese a todo impugna -, sino la de la sentencia "que aprobase o rechazase el convenio..." como extensamente razona en el escrito indicado de 24 de mayo de 2006, unido al rollo de apelación.

Siendo coincidente su razonamiento con el criterio de esta Sección expresado en la Sentencia de 14 de julio de 2006 y en el auto de 20 de julio de 2006, no procede sino la inadmisión del recurso de apelación formulado, pues amén de cuanto se ha expuesto anteriormente, conviene destacar que: 1) no preparó propiamente el recurso contra el indicado auto ni lo formalizó, pues utiliza el cauce de impugnación del auto de 14 de febrero de 2006 con ocasión del recurso planteado por un coligante, 2) no combate propiamente el contenido del auto de 14 de febrero de 2006- que sirve de cauce a este recurso y que tenía por objeto la fijación de la retribución de los administradores -, 3) resulta de los escritos presentados que la parte aquí apelante, una vez recaída la Sentencia de 11 de abril de 2006 que aprueba el Convenio de Torres Film Plastic S.L.U. ha presentado recurso de apelación contra la sentencia de 30 de septiembre de 2005.": SAP Valencia 28.09.2006 (JUR 2007/76996)

4. Aplicabilidad al juicio ordinario que tras su acumulación al concurso pasa a ser un incidente concursal también a efectos de los recursos sobre la sentencia

"PRIMERO.- Sobre el entendimiento final que el recurrente efectúa del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que voluntariamente omite tener presente que el mismo, cuando de recursos se trata, debe de considerarse no del modo etéreo que aquí se aduce, sino sobre la base del concreto esquema legalmente previsto, que en este caso encarna en lo dispuesto en el art. 197-3 de Ley Concursal, y sobre la prevalencia sobre ésta que a todo trance se le quiere otorgar a la Lec, y más concretamente a lo dispuesto en su art. 455, se articula el presente recurso de queja; el cual, una vez revisadas las circunstancias del caso puntualmente reflejadas -sin cuestión fáctica alguna - en los autos del Juzgado de lo Mercantil de 1 y 28 de septiembre de 2005, no merece otra suerte distinta a su desestimación.

En efecto, desde el punto y hora que el proceso del que dimana la sentencia, que se pretende apelar, fue oportunamente acumulado al procedimiento concursal 24/04 del referido Juzgado, mal puede admitirse que el citado proceso siga teniendo la discutida consideración derivada de juicio ordinario y, por ende, conserve la posibilidad de que la sentencia dictada en el mismo sea

autonomamente apelable al amparo del citado precepto de Lec. Y es, por razón de la citada acumulación, que el referido proceso perdió su inicial catalogación de juicio ordinario y pasó a ser un incidente concursal (no otra cosa se infiere de lo dispuesto en el art. 192-1 de Ley Concursal), con el efecto de que la sentencia, que resuelve la cuestión incidental suscitada, debe de quedar sometida, en materia de recursos, el concreto régimen que al efecto se previene en la Ley Concursal, en este caso el núm. 3 del art. 197 de la misma.

Cómo esta norma ha sido correcta y oportunamente aplicada por el Juzgado de lo Mercantil, y las consideraciones que el recurrente ofrece, sobre la hipótesis de que el auto que abre la fase de liquidación debió de dictarse en fecha anterior a aquella en la que efectivamente se hizo, para modular su aplicación en este caso, ya ha encontrado una razonada, clara, contundente y acertada respuesta en el razonamiento jurídico tercero del auto recurrido (que a todos los efectos procede dar aquí por reproducido), procede, tal y como antes quedó apuntado, la desestimación del presente recurso por ser inviable procesalmente la apelación en el modo y forma que se pretende.”: Auto AP Cordoba 04.11.2005 (JUR 2006/143472)

5. Excepciones. Casos de admisión de la apelación directa y no diferida

5.1 Recursos planteados en fase de ejecución de sentencia en procedimiento de quiebra (pues no puede recaer ninguna resolución directamente apelable)

“PRIMERO.- A efectos de resolver el recurso de queja planteado, debe precisarse la fase procesal en el que nos encontramos, que no es otra que la fase de ejecución de una sentencia dictada en la pieza segunda, en la que se resolvía sobre la aprobación de las cuentas presentadas por la Sindicatura de la quiebra.

En dicha fase de ejecución se dicta un auto, cuya apelación se pretende al haber sido desestimado el recurso de reposición interpuesto frente al mismo.

Por tanto se está pretendiendo la apelación de un auto que resuelve un recurso de reposición, por lo que nos encontraríamos, en el supuesto previsto en el art. 197.3 Ley Concursal, que permite la reproducción de la cuestión en la apelación más próxima.

Como quiera que nos encontramos en fase de ejecución, no existe tal posibilidad de apelación diferida (pues no puede recaer ninguna resolución que pueda ser objeto de recurso de apelación directo), y por tanto, habrá de admitirse la apelación directa del auto.

Además, y puesto que la Ley Concursal no prevé un régimen específico de recursos en materia de ejecución, habrá de estarse a la remisión general que realiza el art. 197.1 de la Ley Concursal, y en consecuencia y tal como alega la recurrente, el recurso de apelación resulta también admisible, en base a lo dispuesto en el art. 563 LEC.”: Auto AP Vizcaya 10.02.2006 (JUR 2006/156818)

“PRIMERO.- El presente recurso de queja se interpone por inadmisión de recurso de apelación frente al Auto de fecha 9 de noviembre de 2.004, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao en el procedimiento de quiebra nº 88/95, en ejecución de la Sentencia de esta propia Sala de fecha 8 de septiembre de 2.003.

En nuestro Auto de fecha 10 de febrero de 2.006, dictado en el mismo supuesto que el presente, se contienen las siguientes consideraciones, que son absolutamente extrapolables a la cuestión debatida:

”A efectos de resolver el recurso de queja planteado, debe precisarse la fase procesal en que nos encontramos, que no es otra que la fase de ejecución de una sentencia dictada en la pieza segunda, en la que se resolvía sobre la aprobación de las cuentas presentadas por la sindicatura de la quiebra.

”En dicha fase de ejecución se dicta un auto, cuya apelación se pretende al haber sido desestimado el recurso de reposición interpuesto frente al mismo.

”Por tanto se esta pretendiendo la apelación de un auto que resuelve un recurso de reposición, por lo que nos encontraríamos en el supuesto previsto en el art. 197,3 de la Ley Concursal, que permite la reproducción de la cuestión en la apelación más próxima.

”Como quiera que nos encontramos en fase de ejecución no existe tal posibilidad de apelación diferida (pues no puede recaer ninguna resolución que pueda ser objeto de recurso de apelación directa) y por tanto habrá de admitirse la apelación directa del auto.

”Además y puesto que la Ley Concursal no prevé un régimen específico de recursos en materia de ejecución, habrá de estarse a la remisión general que realiza el art. 197, 1, de la Ley Concursal y, en consecuencia, tal como alega la parte recurrente, el recurso de apelación resulta también admisible, en base a lo dispuesto en el art. 563 de la LECivil.”: Auto AP Bilbao (Vizcaya) 13.03.2006 (JUR 2006/154192)

5.2 Cuando el recurrente es un tercero interesado (por imposibilidad de resolución posterior apelable que le cause gravamen)

“ÚNICO.- Por el Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez en nombre y representación de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), se presenta recurso de queja en el que solicita que, estimando íntegramente el mismo, se acuerde ordenar al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, la admisión del recurso de apelación formulado contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2005.

Mediante dicho Auto se acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto por la parte aquí recurrente en queja, contra los Autos de fecha 10 de diciembre de 2004, 27 de enero de 2005 y 11 de enero de 2005, confirmando dichas resoluciones.

Interpuesto recurso de apelación, con fecha 17 de marzo de 2005 se dictó providencia por la que se acordó la unión del escrito a los autos, y visto su contenido, se acordó de conformidad con lo dispuesto en el art. 197.3 de la Ley Concursal, no haber lugar a la apelación contra el Auto dictado, sin perjuicio de tener por formulada su protesta a los efectos reseñados en el mentado artículo.

Interpuesto recurso de reposición y subsidiario de queja, contra la mencionada resolución de 17 de marzo de 2005, con fecha 26 de abril de 2005 se dictó Auto por el que se acordó desestimar el recurso de reposición, confirmando la providencia de fecha 17 de marzo de 2005, sin declaración sobre costas, y acordando asimismo tener por formulado recurso de queja.

Por el recurrente en queja se alega en síntesis la infracción del art. 197 de la Ley Concursal y del art. 455 LEC, sosteniendo que el Auto de fecha 21 de febrero de 2005 es susceptible de apelación por tratarse de un Auto definitivo concluyendo el escrito con la argumentación de que, con independencia de la cuestión de fondo, que deberá discutirse en el Recurso de Apelación, lo cierto es que sustraer a esta parte el acceso a la vía de revisión de las resoluciones de instancia, nos situaría ante una gravísima indefensión.

En orden a resolver el recurso de queja, debe tomarse en consideración que a tenor del art. 197.3 de la Ley Concursal, contra los Autos resolutorios de recurso de reposición, y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.

Ahora bien, conviene partir de la distinción que la Ley Concursal, en su art. 184, realiza entre diversos tipos de partes.

La ley atribuye la condición de parte necesaria en el procedimiento concursal al deudor y a los administradores concursales, reconocidos como parte en todas las Secciones, sin necesidad de previa comparecencia formal tratándose de un reconocimiento “ipso iure”.

Asimismo es parte necesaria el FOGASA, en el caso de que del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores.

También es parte necesaria el Ministerio Fiscal, únicamente en la Sección sexta, la de calificación (art. 167 y ss. L. C.)

Además de las partes necesarias en el procedimiento concursal, pueden intervenir las partes facultativas, teniendo tal condición los acreedores del concursado y los demás legitimados, a que alude el art. 184. 3 L.C. puesto en relación con el art. 3. 3 de la Ley.

Por último, pueden intervenir como parte facultativa los terceros que tengan interés legítimo en el concurso, a que se refiere el art. 184. 4 L.C, que exige la comparecencia mediante abogado y procurador, ejercitando la defensa de sus derechos en el procedimiento concursal en una determinada fase, pues no tienen por qué actuar en todas las Secciones del concurso.

Dicha condición de parte facultativa, en cuanto tercero que tiene interés legítimo en el concurso, concurre en el recurrente en queja.

Sentando lo precedente, debe ponerse de relieve que en el momento de la apelación más próxima, a que se refiere el art. 197. 3 L.C., probablemente la apelación contra el convenio, se dictará una resolución que puede no perjudicar al aquí recurrente en queja, en la medida en que puede no afectar a la esfera de sus intereses, dado que dicha parte no ostenta crédito alguno frente a la sociedad concursada, ni es tampoco deudora de la misma, no pudiendo participar en la fase de convenio.

De ello se deduce que, llegado dicho momento procesal, la parte recurrente en queja carecería propiamente de interés en impugnar la mencionada resolución, aprovechando dicha impugnación para “reproducir la cuestión “ controvertida, en los términos que utiliza el citado art. 197.3, razón por la cual no resulta de aplicación a aquélla la apelación no inmediata, sino diferida, prevista en el citado precepto legal, procediendo, por tanto, admitir el recurso de apelación formulado contra el Auto de 21 de febrero de

2005, que se sustanciará de modo inmediato y autónomo, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 197 L.C. y 455 LEC, con estimación del recurso de queja “:Auto AP Las Palmas 04.07.2005 (JUR 2005/217030)

5.3 Resoluciones dictadas en procedimiento autónomo de medidas cautelares

“PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil Construcciones Callejón S.A. interpone recurso de queja contra elAuto de 6 de junio de 2006 del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de SantaCruz de Tenerife, en tanto en cuanto, entiende la parte que dicho Auto debió haber entendido preparado e interpuesto el recurso de apelación contra elAuto de 20 de marzo de 2006 ya que el mismo es una resolución definitiva en la medida en la que resuelve, según la recurrente, una cuestión planteada de importancia trascendental en el concurso.

SEGUNDO.- ElAuto de 20 de marzo de 2006desestima los recursos de reposición interpuestos contra elAuto de 3 de febrero de 2006, que confirma íntegramente. La juzgadora a quo sostiene en elAuto de seis de junio de 2006que elAuto de 20 de marzo de 2006es de carácter interlocutorio, no definitivo, por lo que de acuerdo a lo previsto en elart. 197 de la Ley Concursal y DF 5ª de dicha norma, no cabe contra el mismo recurso, pudiendo eso sí, reproducirse la cuestión en la apelación más próxima. La recurrente, por su parte, estima se está ante un procedimiento de medidas cautelares independiente, por lo que no se sabe si habrá o no apelación en el concurso discutiéndose precisamente si la administración concursal puede o no cambiar el sentido del informe (art. 98 LC). Entiende La Sala que las medidas cautelares en el procedimiento concursal (artículo 17 de la Ley Concursal) tienen sentido sólo hasta que se declare el concurso. El procedimiento cautelar es instrumental y accesorio en la medida en la que necesariamente precisa de la existencia de un proceso principal, aunque lo cierto es que tales circunstancias no conllevan necesariamente a afirmar que el mismo sea autónomo. Si se afirma que el citado proceso cautelar es autónomo, no cabría la posibilidad de reproducir la cuestión en la apelación más próxima, de la misma manera que si no fuera autónomo sí cabría. A juicio de este Tribunal, cabe afirmar la naturaleza autónoma del procedimiento de medidas cautelares en el procedimiento concursal precisamente por la naturaleza de este último, que conlleva a afirmar que sólo tiene sentido la adopción de unas medidas cautelares en los momentos previos a la declaración del concurso, por lo que una vez declarado éste, carecerían de sentido.

TERCERO.- Procede por tanto estimar el recurso interpuesto y consecuentemente se ordena al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife que continúe con la tramitación del recurso de apelación interpuesto por la parte contra elAuto de fecha de 20 de marzo de 2006recaído en el procedimiento de medidas cautelares 40/2005, sin que proceda la imposición de costas.”: Auto AP Tenerife 20.09.2006 (Sección 4) (JUR 2007/6565)

6. Apelación diferida sobre reconocimiento o calificación de créditos, en la apelación ex 148.2

“El invocado precepto de la Ley Concursal no permite recurrir en apelación las sentencias dictadas en incidentes concursales que hubieran sido planteados en la fase común o en la de convenio. Sólo una vez aprobado el convenio o abierta la fase de liquidación cabe recurrir ante la Audiencia Provincial las Sentencias dictadas en los incidentes que se promuevan durante el periodo de cumplimiento del convenio, en la fase de liquidación que se haya abierto y, en todo caso, en los incidentes que puedan surgir dentro de la sección de calificación o con ocasión de la conclusión del concurso. En consecuencia, quedan privadas del recurso de apelación las Sentencias resolutorias de incidentes concursales suscitados en la fase común o en la de convenio en las que se decidan cuestiones de carácter incidentes en relación con la sustanciación del concurso -de carácter interlocutorio, pese a ser resueltas mediante una resolución que adopta la forma de Sentencia-. Sin perjuicio de ello, estas cuestiones pueden reproducirse en la apelación más próxima que cabe contra la Sentencia de aprobación o de desestimación del convenio o de la resolución que apruebe el plan de liquidación, siempre que se haya formulado protesta en el plazo de cinco días. En efecto, en aquellos supuestos en los que a la fase común del concurso no le sigue la conclusión de un convenio (art. 143.1.1º y 2º de la LC) -o cuando, en su caso, el concursado pide oportunamente la liquidación (art. 142.1 de la LC)-, la impugnación debe canalizarse a través, precisamente, del recurso de apelación contra el auto que se pronuncia sobre o que aprueba la liquidación de los bienes y derechos que forman parte de la masa activa del concurso (art. 148.2 de la LC), sin que quepa apelación frente al autor que acuerda la apertura de la fase de liquidación..”: Sentencia AP La Coruña 13.03.2006 (JUR 2006/118130)

“PRIMERO.- Con la oportunidad que les brinda el recurso que el art. 148.2 LC establece contra el auto que decide las observaciones planteadas contra el plan de liquidación elaborado por la administración concursal, la TGSS y la AEAT formulan sendos recursos dirigidos ambos al reconocimiento de sus respectivos créditos en la lista formulada por el administrador del concurso.

La TGSS impugnó oportunamente la lista de acreedores, tanto en cuanto a la cuantía de sus créditos como a la calificación propuesta, impugnación que fue resuelta por sentencia de fecha 27-6-2005 en la que, dado el allanamiento parcial del administrador, se dio lugar en parte a la impugnación en cuanto a la cuantía del crédito, y la rechaza en cuanto a la su calificación.

En desacuerdo con dicha decisión, la TGSS formuló protesta a los efectos del art. 197.3 LC, y, dictado el auto por el que se rechazan las observaciones hechas al plan de liquidación, que es el que permite la apelación más próxima, interpone el recurso anunciado.

Por el contrario, la AEAT dejó pasar el plazo señalado en el art. 96.1 LC sin formular impugnación alguna contra la lista de acreedores, y pese a ello, hizo observaciones al plan de liquidación, dirigidas todas ellas a que se la incluyera en la lista de acreedores con el privilegio que otorga el art. 77.1 LGT.

Rechazada dicha “observación al plan de liquidación” por auto de 18-1-2006, la AEAT formula recurso contra el mismo a fin de que le sea reconocido el privilegio que había reclamado en aquella observación.

SEGUNDO.- Dispone el art. 97.1 LC que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos.

Como se dice, la AEAT, que no impugnó en su día la calificación de su crédito, no puede ahora pretender alterar su calificación con ocasión de la elaboración del plan de liquidación, primero con la formulación de observaciones sobre materias totalmente ajenas a la sección 5 y propias de la sección 4ª donde debió haber formulado la cuestión que ahora pretende introducir, y después mediante el recurso de apelación contra el auto que las desestimó.

Al efecto es de señalar la total independencia de contenidos entre el auto que permite la apelación más próxima y la resolución ante la que se ha formulado protesta en previsión de una ulterior apelación, de tal forma que aquél sólo sirve como vehículo formal del recurso contra ésta cuando se haya cumplido la exigencia del art. 197.3 LC, pero no cabe introducir en el recurso directo o inmediato contra la resolución vehículo materias propias de otras resoluciones anteriores que no fueron objeto de impugnación o protesta que abriera la posibilidad de la apelación mediata.

El proceder de la AEAT evidencia el problema práctico que plantea la aplicación al concurso del art. 77.1 LGT cuando se llega a la liquidación que sostiene la recurrente; de ordinario, la lista de acreedores se formula antes de conocerse si el concurso va alcanzar aquella fase.

Por lo expuesto, debe ser rechazado el recurso de apelación entablado por la AEAT contra el auto de 18-1-2006.”: Sentencia AP Zaragoza 16.06.2006 (Sección 5ª) (JUR 2006/183286)

“En primer término, no obstante, es necesario salir al paso del argumento de inadmisibilidad del presente recurso de apelación esgrimido por la Administración Concursal. El art. 197.3 señala que: «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días». Ahora bien, lo que la Ley exige en estos casos es que se formule, en tiempo y forma la oportuna protesta, requisito concurrente en este caso, aunque se demore la formulación del mismo al momento en que se dicte la resolución más próxima susceptible de apelación que, en este caso, es el auto que se pronuncia sobre el plan de liquidación, lo que tampoco se cuestiona, ahora bien, no podemos exigir que se requiera la concurrencia de gravamen, en el sentido de perjuicio, derivado de ésta última decisión judicial, sino que el mismo exista en cuanto a la resolución protestada, que es lo que acontece en el caso que enjuicamos en el que por el juzgado de lo mercantil se desestima la propuesta de clasificación en su momento postulada por la parte apelante. En definitiva, a través del art. 197.3 de la LC, el Legislador lo que realmente hace es deferir la apelación no condicionarla al gravamen de la primera resolución apelable, que no tiene necesariamente que concurrir. “: Sentencia AP La Coruña 07.04.2006 (AC 2006/495) y, en idénticos términos, Sentencia AP La Coruña 10.04.2006 (AC 2006/496)

7. Crítica de la configuración del sistema de apelación diferida

“SEGUNDO Tanto la Tesorería General de la Seguridad Social como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria discrepan con lo resuelto en la sentencia apelada, por la que se resolvió el incidente concursal promovido para impugnar el reconocimiento y calificación de créditos contenido en el informe de la Administración Concursal. Ambas partes, como la Administración Concursal, formularon en su día la correspondiente protesta, para poder reproducir la cuestión en la apelación más próxima, si bien la Administración Concursal ha

terminado por aquietarse ante lo resuelto por el Juzgado oponiendo, en primer lugar, al recurso interpuesto, que el auto por el que se fijan los honorarios de la Administración Concursal, por más que sea apelable, no puede servir como la apelación más próxima a la que se refiere el artículo 197.3 de la Ley Concursal pues nada tiene que ver con lo resuelto en la sentencia ahora apelada. La exposición de motivos de la Ley parte de que al apelar las sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso es cuando pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio. Sin embargo, es otra cosa la que dispone el artículo 197.3 que habla, simplemente, de reproducir la cuestión en la apelación más próxima, por lo que cualquier resolución apelable directamente puede servir para desencadenar la sustanciación de la apelación diferida, tenga o no que ver con lo debatido en la sentencia que resolvió el incidente concursal. La previsión del artículo 197.3 recuerda la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las resoluciones interlocutorias, pero en un concurso, en determinados casos, puede haber interés legítimo de un acreedor en combatir lo interlocutorio sin interés alguno de combatir, por ejemplo, la aprobación del convenio. Debe tenerse aquí en cuenta que el legislador, según declara en la exposición de motivos, no ha pretendido mermar garantías procesales sino concentrar en lo posible los motivos de disconformidad que puedan tener las partes. Así, en el presente caso, está en cuestión el reconocimiento y calificación de créditos y claro es que de él no tiene que depender necesariamente, por ejemplo, la aprobación del convenio. Puede ocurrir perfectamente que del crédito en controversia no dependa la aprobación de un convenio y no parece razonable que la existencia o no de la posibilidad de revisar la cuestión en apelación dependa de ello, con más razón cuando el legislador no está pretendiendo reducir las garantías procesales sino que parece que sólo busca concentrarlas todo lo que sea posible cuando se trata de recursos. Es más, aun existiendo tal relación de dependencia, es perfectamente legítimo que el acreedor esté dispuesto a consentir, por ejemplo, la aprobación del convenio y que, por el contrario, no se conforme con que su crédito sea reconocido con un importe inferior al que estima procedente, o a que sea reconocido sin un determinado privilegio. No parece que el legislador haya querido impedir un recurso de apelación para debatir, autónomamente, sobre el reconocimiento y graduación de créditos, influya o no en la aprobación del convenio. Por ello, parece que cualquier resolución apelable directamente, la más próxima, puede servir para reproducir las cuestiones sobre las que existe la previa protesta y ello, además, tal y como lo defiende algún sector doctrinal, sin necesidad de impugnar la resolución que sirve de vehículo para la apelación diferida, con la que, al menos en el caso de sentencias incidentales, no tiene que guardar ninguna relación, ni tiene que dañar de ningún modo (la resolución vehículo) a la parte que se siente perjudicada por la resolución que es apelada de modo diferido la cual, por otra parte, no parece que esté dentro del trámite preferente asignado a las apelaciones del artículo 197.4 pues éste sólo se refiere a las apelaciones que allí se regulan y no creemos que pueda acudir a la analogía cuando el legislador ha querido, expresamente, que estas apelaciones del artículo 197.3 no sólo no se aceleren sino que se retrasen y se pospongan para tramitarse de modo diferido, con la espera que todo ello supone, de forma que estas apelaciones diferidas sólo pueden disfrutar del trámite de apelación preferente cuando se sustancien junto con alguna de las apelaciones del artículo 197.4, que son las únicas a las que el legislador asigna carácter preferente, pareciendo que si el legislador hubiera querido que lo fueran todas las apelaciones concursales, lo habría declarado así.

Por otra parte, esta regulación no parece muy satisfactoria pues, al final, este tribunal de apelación, sin la «visión de conjunto» pretendida en la exposición de motivos, termina conociendo, exclusivamente, de este incidente concursal de reconocimiento y graduación de créditos, pues la sentencia en él dictada es la única que está apelada y lo hace además, tras una espera que sólo depende de cuando se dictó la resolución apelable más próxima, con lo que se pierde tiempo y nada se gana pues el recurso devolutivo, con el retraso impuesto por la apelación diferida, termina conociendo únicamente de la cuestión suscitada en la sentencia que resolvió este incidente, que es la única que está apelada, tras aprovechar las partes, como resolución vehículo, el auto apelable que fija los honorarios de la Administración Concursal, como también sucedió en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 16 de mayo de 2006. Pero, además, el legislador, en el artículo 197.3, ha asimilado los autos resolutorios de recursos de reposición a las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio por lo que, finalmente, si resulta que las sentencias dictadas en incidentes concursales son apelables de modo autónomo aunque sea de manera diferida, tendremos que prácticamente cualquier pronunciamiento no excluido expresamente de recurso, dictado en un Concurso de Acreedores, puede ser autónomamente recurrido en apelación con sólo ser primero recurrido en reposición por lo que, al final, siquiera sea mediante apelaciones diferidas, se puede llegar justo a la solución contraria buscada por el legislador, permitiendo la proliferación y multiplicidad de recursos interlocutorios, si bien tramitados de un modo diferido, con la teórica concentración que así pueda lograrse. Quizás habría sido mejor distinguir entre autos resolutorios de recurso de reposición y sentencias dictadas en incidentes concursales, sometiendo éstas, con o sin alguna excepción, al régimen del artículo 197.4 y señalando que contra los autos resolviendo el recurso de reposición no cabía

ningún recurso sin perjuicio, en su caso, de poder reproducir la cuestión al apelar la resolución apelable más próxima sobre la que se proyectara la controversia suscitada en reposición. Así, contra los autos resolviendo la reposición no cabría propiamente recurso de apelación, ni siquiera de modo diferido, sin perjuicio de que si lo resuelto en reposición condicionara el sentido de una ulterior resolución apelable, pudiera reproducirse la cuestión al apelar esta última resolución (no el auto resolviendo la reposición). Creemos que así quedaría adaptada al Concurso la previsión del artículo 454 de la Ley procesal civil para los juicios declarativos. Pero no es eso lo que ha dispuesto el Legislador y ahora no tenemos que resolver si, como lo ha defendido algún autor, deberían o no restringirse de algún modo las apelaciones diferidas que en su caso se intenten autónomamente contra autos resolutorios de recurso de reposición (en los que, por otra parte, el aplazamiento propio de la apelación diferida podrá provocar en ocasiones que se pierda el interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, si es que éste no debiera negarse directamente cuando lo resuelto en reposición no suponga en sí mismo un perjuicio material cierto, inmediato o proyectado sobre una ulterior resolución) sino que ahora nos enfrentamos a la apelación contra una sentencia que resuelve el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, en materia de reconocimiento y graduación de créditos y ésta, por las razones antes expuestas, es apelable autónomamente, aunque sea de modo diferido, sin necesidad de impugnar la «resolución vehículo» que, en este caso, ningún perjuicio causa a las partes apelantes o, si lo hace, al menos por lo que consta en este incidente, ha sido consentida por todas ellas como, al parecer, sucede también con la sentencia dictada en este proceso aprobando el convenio que, según se dice al folio 972, fue notificada el 17 de febrero de 2006 y, hasta la fecha, no ha tenido entrada su apelación ante este tribunal lo que, como hemos visto, en nada interfiere al derecho de las apelantes a que este tribunal de apelación se pronuncie sobre si sus créditos deben tener el importe y calificación dichos en la sentencia apelada al resolver las impugnaciones planteadas frente al informe de la Administración Concursal.”: Sentencia AP Huesca 18.10.2006 (JUR 2006\285813)

4. Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente, y en la forma prevista para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario.

5. El juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada en el escrito de interposición de la apelación u oposición a la misma, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los 10 días siguientes a la recepción de los autos por el tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno.

6. Cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta.

Art. 197.6 Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal

0. Consideraciones generales. Cuestiones transitorias. Síntesis.

“2.- La Disposición transitoria primera de la Ley 22/2003, Concursal, establece que los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la misma continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las contenidas en la misma norma de derecho transitorio. Conforme a lo indicado en su apartado quinto, las resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197. Éste, en su apartado segundo, dispone que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en la propia Ley se excluya de todo recurso o se otorgue otro distinto; el apartado tercero establece que contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en los incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, si bien las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado la oportuna protesta; en el apartado cuarto se reserva el recurso de apelación a las sentencias que aprueben el convenio y a las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación; y, en fin, el sexto dispone que cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil -lo que rectamente debe

interpretarse como conformidad con los presupuestos y requisitos de recurribilidad establecidos en ella y con los criterios interpretativos de esta Sala, que han pasado a formar parte de la normativa de los recursos extraordinarios, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2003, de 2 de junio (RTC 2003\ 108) -, contra las sentencias dictadas por las Audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta, cuyo respectivo ámbito material viene determinado por el art. 183-3º y 4º de la Ley Concursal

TERCERO El artículo 197.6 establece, por lo tanto, el régimen de los recursos extraordinarios contra las resoluciones recaídas en procedimientos concursales atendiendo a la clase de resolución y a su materia, marco que, en lo que a la eficacia temporal de las normas se refiere, se completa con las previsiones de la Disposición transitoria primera, apartado quinto, en relación con la Disposición final trigésimoquinta, y que se debe integrar, en su caso, con las previsiones contenidas en los apartados tercero y cuarto del mismo artículo 197, encontrándose inserto en el sistema y régimen de recursos establecido con carácter general en los capítulos IV y V del Título IV del Libro II la LECiv 1/2000 y, mientras perviva, en el régimen provisional que establece su Disposición Final Decimosexta. De manera que, tratándose de resoluciones dictadas en procedimientos previstos y regulados por la legislación concursal anterior, pero recaídas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, el examen de su recurribilidad en casación o por la vía del recurso por infracción procesal exigirá tanto la verificación de la recurribilidad de dicha resolución conforme a lo previsto en el art. 197.6 de la Ley Concursal, cuanto la comprobación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos a los que se condiciona el acceso a los recursos extraordinarios en el régimen establecido por la LECiv 1/2000, efectuando, si fuere preciso, la precisa labor de acomodación de los distintos incidentes de los procedimientos concursales regulados por la legislación precedente a los trámites previstos en la Ley Concursal, y, en general, a sus disposiciones, así como la necesaria inclusión de la resolución impugnada en alguno de los supuestos que se contemplan en los tres ordinales del art. 477.2 LECiv, teniendo a la vista, en su caso, lo previsto en su Disposición Adicional Primera, de la Ley Concursal, lo que impone: a) la necesidad de que se esté ante una resolución dictada por una Audiencia Provincial, lo cual implica, a su vez, la posibilidad de un recurso de apelación del que ésta deba conocer; b) que la resolución sea relativa a alguna de aquellas materias que el legislador de la Ley Concursal ha considerado no solo trascendentes a los fines del concurso, sino también con autonomía y sustantividad dentro del mismo, bien en la fase común -haciendo aquella posible por permitir el recurso de apelación autónomo-, bien en las fases posteriores, abierta la liquidación o acordada la reapertura del concurso, cuales son la aprobación o cumplimiento del convenio, la calificación o conclusión del concurso o las que constituyen el objeto de las acciones comprendidas en las secciones tercera y cuarta; y c) que se de alguno de los presupuestos que abren el acceso a la casación -y, por ende, al recurso extraordinario por infracción procesal, durante la vigencia del régimen provisional previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LECiv 2000, conforme a lo establecido en su apartado primero- previstos en el apartado segundo del art. 477 LECiv 2000, para cuya constatación debe estarse a los criterios exegéticos establecidos por esta Sala en torno al carácter diferenciado y excluyente de los cauces de acceso a la casación, prestando particular atención a si el procedimiento fue seguido por razón de la materia o por razón de la cuantía litigiosa, en la medida en que de ello depende cuál deba ser el cauce de acceso a la casación y, consiguientemente, cuáles los presupuestos y requisitos que deben cumplir los escritos de preparación e interposición de los recursos.”: Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/3332) y en términos prácticamente idénticos, Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/146601), Auto TS 21.02.2006 (JUR 2006/146251), Auto TS 28.03.2006 (JUR 2006/170348), Auto TS 09.05.2006 (RJ 2006/4034), Auto TS 09.05.2006 (JUR 2006/178005), Auto TS 27.06.2006 (JUR 2006/191066), Auto TS 18.07.2006 (RJ 2006/6378), Auto TS 07.11.2006 (JUR 2006/267066), Auto TS 13.03.2007 (RJ 2007/99381) y Auto TS 27.03.2007 (RJ 2007/2061)

1. Resoluciones recurribles

1.1 Las sentencias de los recursos de apelación diferida que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta. Caso de impugnación de la lista de acreedores.

“PRIMERO La recurrente en queja se alza contra la resolución de la Audiencia Provincial que denegó la preparación del recurso de casación contra la Sentencia que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juez de Primera Instancia de aprobación de la retribución de la administración concursal. Y en dicho recurso se reprodujo la impugnación de la lista de acreedores que en su día fue desestimada en el correspondiente incidente concursal, habiendo formulado la impugnante, ahora recurrente, la oportuna protesta, de manera que el recurso interpuesto no apelaba propiamente la aprobación de la retribución de la administración del concurso, sino la resolución de las impugnaciones formuladas a la lista de acreedores. La

decisión del recurso de queja pasa, ante todo, de la misma manera que se hizo en los Autos de fecha 26 de abril de 2005, recaído en el recurso de queja núm. 1293/2004 (JUR 2005, 120756), 17 de mayo de 2005, en recurso de queja 404/2005 (JUR 2005, 141900), 21 de junio de 2005, en recurso de queja 487/2005 (JUR 2005, 188273), 26 de junio de 2005, en recurso de queja 588/2005, y de 31 de enero de 2006, en recurso de queja 1031/2005 (JUR 2006, 146601), por traer a la vista el régimen jurídico de los recursos extraordinarios al que quedan sometidas las resoluciones dictadas en procedimientos concursales, una vez ha entrado en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

SEGUNDO El artículo 197 LC, en su apartado segundo, dispone que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en la propia Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto; el apartado tercero establece que contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en los incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, si bien las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado la oportuna protesta; en el apartado cuarto se reserva el recurso de apelación a las sentencias que aprueben el convenio y a las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación; y, en fin, el sexto dispone que cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas por las Audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta, cuyo respectivo ámbito material viene determinado por el art. 183-3º y 4º LC, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvedad esta última que rectamente debe interpretarse como conformidad con los presupuestos y requisitos de recurribilidad establecidos en ella y con los criterios interpretativos de esta Sala, que han pasado a formar parte de la normativa de los recursos extraordinarios, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2003, de 2 de junio (RTC 2003, 108).

TERCERO El artículo 197.6 establece, por lo tanto, el régimen de los recursos extraordinarios contra las resoluciones recaídas en procedimientos concursales atendiendo a la clase de resolución y a su materia, marco que se debe integrar, en su caso, con las previsiones contenidas en los apartados tercero y cuarto del mismo artículo 197, encontrándose inserto en el sistema y régimen de recursos establecido con carácter general en los capítulos IV y V del Título IV del Libro II la LECiv 1/2000 y, mientras perviva, en el régimen provisional que establece su Disposición Final Decimosexta. De manera que el examen de su recurribilidad en casación o por la vía del recurso por infracción procesal de las resoluciones dictadas en el concurso exigirá tanto la verificación de la recurribilidad de dicha resolución conforme a lo previsto en el art. 197.6 de la Ley Concursal, cuanto la comprobación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos a los que se condiciona el acceso a los recursos extraordinarios en el régimen establecido por la LECiv 1/2000, así como la necesaria inclusión de la resolución impugnada en alguno de los supuestos que se contemplan en los tres ordinales del art. 477.2 LECiv, lo que impone: a) la necesidad de que se esté ante una resolución dictada por una Audiencia Provincial, lo cual implica, a su vez, la posibilidad de un recurso de apelación del que ésta deba conocer; b) que la resolución sea relativa a alguna de aquellas materias que el legislador de la Ley Concursal ha considerado no sólo trascendentes a los fines del concurso, sino también con autonomía y sustantividad dentro del mismo, bien en la fase común ?haciendo aquélla posible por permitir el recurso de apelación autónomo?, bien en las fases posteriores, abierta la liquidación o acordada la reapertura del concurso, cuales son la aprobación o cumplimiento del convenio, la calificación o conclusión del concurso o las que constituyen el objeto de las acciones comprendidas en las secciones tercera y cuarta; y c) que se de alguno de los presupuestos que abren el acceso a la casación ?y, por ende, al recurso extraordinario por infracción procesal, durante la vigencia del régimen provisional previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LECiv/2000, conforme a lo establecido en su apartado primero? previstos en el apartado segundo del art. 477 LECiv/2000, para cuya constatación debe estarse a los criterios exegéticos establecidos por esta Sala en torno al carácter diferenciado y excluyente de los cauces de acceso a la casación, prestando particular atención a si el procedimiento fue seguido por razón de la materia o por razón de la cuantía litigiosa, en la medida en que de ello depende cuál deba ser el cauce de acceso a la casación y, consiguientemente, cuáles los presupuestos y requisitos que deben cumplir los escritos de preparación e interposición de los recursos.

CUARTO Lo que se acaba de decir debe, sin embargo, ser objeto de precisión para despejar cualquier equívoco en la interpretación de los criterios expuestos. La alusión a la autonomía y sustantividad como rasgos definitorios de las materias a las que el legislador de la Ley Concursal ha reservado el acceso a los recursos extraordinarios debe entenderse en el sentido de ser opuestos al carácter incidental con que configura otras cuestiones en el seno del concurso. Esos rasgos, empero, no se descubren por el hecho de que la Ley haya previsto la posibilidad expresa de que las resoluciones que se dictan sobre aquellas materias sean recurridas en apelación sin tener que esperar a la apelación más próxima, mediando la correspondiente y oportuna protesta. Lo que permite el acceso a los recursos extraordinarios es la conjunción de dos circunstancias: la primera, que sea

posible una sentencia dictada por la Audiencia Provincial, lo que, habida cuenta del régimen de competencia objetiva y funcional de los órganos jurisdiccionales civiles establecido en nuestro ordenamiento, requiere la previsión de un recurso de apelación contra una resolución de un Juez de lo Mercantil; y la segunda, que verse sobre alguna de las materias que se enumeran en el apartado sexto del artículo 197 LC. Debe retenerse, además, que la posibilidad de recurso de apelación se da, en el régimen de esta Ley, bien porque el legislador haya establecido expresamente este recurso contra los autos resolutorios de los recursos de reposición y las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio, bien porque se interponga contra las sentencias que aprueben el convenio, en el que podrán reproducirse las cuestiones objeto de los incidentes promovidos durante la fase común o la de convenio que no tengan específicamente prevista la posibilidad de recurso de apelación, y siempre que medie la correspondiente y oportuna protesta frente a la resolución que les pone término, o contra las que resuelvan incidentes concursales promovidos con posterioridad o en la fase de liquidación. El acceso a los recursos extraordinarios no queda limitado, pues, a las sentencias dictadas en recursos de apelación «autónomos», entendidos éstos como los que, por estar expresamente previstos, son posibles durante la sustanciación de la fase común o de convenio del concurso, sino que también alcanza a las sentencias que, en la apelación más próxima, resuelvan las cuestiones suscitadas y resueltas en los incidentes promovidos durante las indicadas fases, respecto de las cuales los afectados por ellas hayan formulado la protesta en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución. Lo contrario, reducir el acceso a los recursos extraordinarios a las sentencias dictadas en recursos de apelación que, por estar expresamente previstos, hayan sido interpuestos en incidentes promovidos durante la fase común y de concurso, además de ser una interpretación que no se compadece bien con la letra de la Ley, no se ajusta tampoco a su espíritu desde el momento en que limita significativamente el alcance de la previsión de recurribilidad en casación y mediante el recurso extraordinario por infracción procesal de las sentencias que resuelvan las acciones comprendidas en las secciones tercera y cuarta cuya concreción ha de hacerse a la vista de lo establecido en el artículo 183, 3º y 4º LC, toda vez que la Ley no contiene previsión específica de recurso de apelación ni en el incidente sobre anulación de actos del deudor concursado (artículo 40.7), ni en el que versa sobre las acciones de reintegración y separación (artículos 72.3 y 80.2), ni en el relativo a la oposición a la solicitud de resolución de contratos vigentes con obligaciones recíprocas (artículo 61.2), ni en el incidente sobre la resolución de contratos por incumplimiento, ni en el relativo a cuestiones sobre reconocimiento de créditos (artículo 86.1), ni, en fin, en el incidente sobre impugnación del inventario o la lista de acreedores (artículo 96.4), de manera que las resoluciones que ponen término a tales incidentes no son susceptibles de ser recurridas en apelación por sí mismas por imperativo de lo dispuesto en el artículo 197.3 LC, salvo que tales incidentes se hubieran promovido o resuelto después de la decisión sobre la aprobación del convenio, en fase de liquidación o habiéndose producido la reapertura del concurso, según los casos (argumento «ex» art. 197.4 LC).

QUINTO Los criterios que se acaban de exponer permiten afirmar desde ahora la recurribilidad de la resolución objeto de impugnación. Se trata de una Sentencia recaída en el recurso de apelación interpuesto contra el auto de aprobación de la retribución de la administración del concurso, en el cual se reprodujo la impugnación de la lista de acreedores promovida en su día por la ahora recurrente en la fase común del concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 LC.. La sentencia dictada en el incidente concursal que tuvo por objeto dicha impugnación no era susceptible de ser recurrida en apelación, pues el artículo 96.4 no contiene previsión expresa al efecto, por lo que quedaba afectada por la regla general establecida en el artículo 197.3 LC, de manera que el interesado debía reproducir nuevamente la cuestión con motivo de la apelación más próxima, que fue la del Auto de apertura de la fase de liquidación siempre y cuando hubiese formulado la correspondiente y oportuna protesta. Siendo así, tratándose de una sentencia dictada por una Audiencia Provincial que resuelve sobre el ejercicio de una acción ¿la de impugnación de la lista de acreedores? comprendida en la sección cuarta del concurso, el acceso a los recursos extraordinarios se encuentra expedito por virtud de lo dispuesto en el artículo 197.6 LC, siendo procedente tener por preparado el recurso de casación siempre que cumpla con los presupuestos y requisitos que se derivan de los artículos 477.2 y 3 y 479 de la LECiv, y que en el caso examinado se contraen a la existencia de interés casacional, manifestado en alguna de las modalidades previstas en el apartado tercero del art. 477 LECiv, y a su debida justificación, toda vez que la resolución de cuya casación se trata ha sido dictada en un procedimiento tramitado por razón de su materia, debiéndose cumplir las demás previsiones contenidas en el artículo 479.4 de la Ley procesal. Tales presupuestos y requisitos deben considerarse satisfechos en el presente caso, pues la recurrente funda el interés casacional en la aplicación de una norma ¿la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en concreto de su artículo 91.2 y 4, que se citan como infringidos en el escrito de preparación del recurso de casación?

cuya vigencia no supera cinco años, y sin que exista jurisprudencia sobre la misma o sobre otra de igual o similar contenido.

SEXTO Procede, en consecuencia, estimar el recurso de queja y revocar la decisión adoptada en el Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto de la queja, dejándola sin efecto, teniéndose por preparado el recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 11 de mayo de 2006.": Auto TS 27.03.2007 (RJ 2007/2061)

1.2 Sentencia recaída en juicio ordinario sobre nulidad ex 878 CCOM

"4.- Los criterios que se acaban de exponer permiten, ante todo, afirmar la recurribilidad en casación de la sentencia objeto de impugnación. Se trata de una sentencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, y, por lo tanto -y según lo expuesto-, sometida al régimen de recursos establecido en su art. 197. Y se trata de una sentencia dictada en un juicio ordinario que versó sobre el ejercicio de una acción de nulidad de un negocio jurídico celebrado dentro del periodo de retroacción de la quiebra, con base en el artículo 878 del C. de Co., de suerte que, atendida la finalidad reintegradora de la acción ejercitada, cuyos efectos patrimoniales se han de traducir, prima facie, en la restitución al patrimonio del quebrado del bien objeto de la compraventa o de su valor al tiempo en que salió del mismo, es dable sostener su equiparación a las acciones comprendidas en la sección tercera del concurso, y, por ende, su trascendencia respecto del resultado del concurso y su sustantividad de cara al acceso a los recursos extraordinarios, con independencia del concreto cauce procedimental seguido, conclusión que viene de la mano de la lectura conjunta de los artículos citados, en relación con los artículos 183-3º y 197.6 de la Ley Concursal, y aun de los artículos 71 y 73 de esta misma ley, si bien éstos contemplan como única modalidad de acciones de reintegración las acciones rescisorias, con el subsiguiente requisito del perjuicio patrimonial -presumido o acreditado-, y no las acciones de nulidad stricto sensu, cuyos efectos en el ámbito patrimonial y en el seno de un procedimiento concursal pueden, sin embargo, considerarse equivalentes a los de aquéllas, con el objeto de caracterizar la resolución que decide sobre ellas de cara al acceso a los recursos extraordinarios previstos en el LEC 1/2000. "":Auto TS 27.06.2006 (JUR 2006/191066)

1.3. Sentencia recaída en juicio incidental sobre nulidad ex 878 CCOM

CUARTO Los criterios que se acaban de exponer permiten, ante todo, afirmar la recurribilidad en casación de la sentencia objeto de impugnación. Se trata de una sentencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, y, por lo tanto -y según lo expuesto-, sometida al régimen de recursos establecido en su art. 197. Y se trata de una sentencia dictada en un juicio *[seguido por los trámites de los incidentes]*, que versó sobre el ejercicio de una acción de nulidad de un negocio jurídico celebrado dentro del periodo de retroacción de la quiebra, con base en los artículos 878 del CCom, 1036 del CCom de 1829, y 1366 y siguientes de la LECiv/de 1881, de suerte que, atendida la finalidad reintegradora de la acción ejercitada, cuyos efectos patrimoniales se han de traducir, prima facie, en la restitución al patrimonio del quebrado del bien objeto de la compraventa o de su valor al tiempo en que salió del mismo, es dable sostener su equiparación a las acciones comprendidas en la sección tercera del concurso, y, por ende, su trascendencia respecto del resultado del concurso y su sustantividad de cara al acceso a los recursos extraordinarios, con independencia del concreto cauce procedimental seguido, conclusión que viene de la mano de la lectura conjunta de los artículos citados, en relación con los artículos 183-3º y 197.6 de la Ley Concursal, y aun de los artículos 71 y 73 de esta misma Ley, si bien éstos contemplan como única modalidad de acciones de reintegración las acciones rescisorias, con el subsiguiente requisito del perjuicio patrimonial -presumido o acreditado-, y no las acciones de nulidad stricto sensu, cuyos efectos en el ámbito patrimonial y en el seno de un procedimiento concursal pueden, sin embargo, considerarse equivalentes a los de aquéllas, con el objeto de caracterizar la resolución que decide sobre ellas de cara al acceso a los recursos extraordinarios previstos en el LECiv 1/2000. Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/3332)

1.4. Sentencia de calificación

"6.- ¿En qué casos cabrán los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en materia de calificación?

Contra la sentencia que recaiga en el incidente concursal subsiguiente a la oposición a la calificación cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, según previene expresamente el artículo 172.4 de la Ley Concursal. A su vez contra la sentencia resolutoria de la apelación cabrá recurso de casación, siempre que concurren los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según precisa el artículo 197.6 de la Ley Concursal.

A tal efecto, conviene recordar que el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal

Supremo de 12 de diciembre de 2000 establece que, en materia de calificación, el recurso de casación no podrá basarse en la cuantía del concurso, sino en el interés casacional a que se refiere el artículo 447.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A su vez, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición Final 16ª, apartado 1.2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso extraordinario por infracción procesal sólo procederá cuando, en virtud del interés casacional, también proceda sobre el fondo del recurso de casación. “:II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Tercer bloque.- Tramitación procesal de la sección, 6)

1.5 Sentencia en declarativo sobre rescisión de convenio de suspensión de pagos

“**CUARTO** En la aplicación de la doctrina expuesta a la queja que nos ocupa, hemos de concluir que estamos ante una resolución equiparable a la contemplada en el apartado 3 el art. 140 de la Ley Concursal, sentencia que resuelve el incidente concursal sobre incumplimiento del convenio a instancia de un acreedor, contra al que se prevé recurso de apelación y, de acuerdo con el apartado 6 del art. 197 de tan reiterada Ley Concursal, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, según los criterios de admisión previstos en la LECiv 1/2000, puesto que es una Sentencia dictada por la Audiencia relativa al cumplimiento del convenio. Así pues, en la medida en que una de las acciones acumuladas en la demanda, la de rescisión del convenio, no impide el acceso de la Sentencia dictada por la Audiencia al recurso de casación intentado por la entidad recurrente, la resolución de esta queja exige determinar si los criterios de recurribilidad en casación establecidos por esta Sala en relación con los tres ordinales del art. 477.2 de la LECiv 1/2000 permiten su acceso al recurso.” : Auto TS 18.07.2006 (RJ 2006/6378)

2. Resoluciones no recurribles

2.1 La que rechaza la tramitación de la solicitud de un concurso (antiguo)

“4.- Los criterios que se acaban de exponer permiten afirmar desde ahora la irrecurribilidad de la resolución objeto de impugnación. Se trata de un Auto dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, y, por lo tanto -y según lo expuesto-, sometida al régimen de recursos establecido en su art. 197. Y se trata de una resolución relativa a la declaración de concurso, cuya tramitación no llega a iniciarse al no haber lugar a dicha declaración, que no tiene encaje entre aquellas a las que se refiere el art. 197.6 de la LC, por lo que, atendido su objeto -por encima incluso de la clase de resolución dictada-, la vía de recurso se agota con la decisión del recurso de apelación, sin que proceda contra ella recurso extraordinario alguno, lo que, si en el marco de la vigente Ley Concursal es imperativo derivado de la lectura conjunta de lo dispuesto en sus arts. 20.2, y 197.2, 4 y 6, bajo la anterior legislación concursal y procesal la irrecurribilidad en casación de las resoluciones recaídas en los procedimientos de quiebra o en los expedientes de suspensión de pagos -incluso de las que ponían fin a la pieza principal o esencial del procedimiento-, había sido declarada insistentemente por esta Sala (cfr. SSTS 13-7-92, 24 y 25-5-93, 15-10-93, 12-11-93 y 31-1-95; AATS 28-4-98, 12-5-98, 18-4-2000, 27-6-2000 y 5-6-2001, en recursos 1122/98, 1257/98, 1083/2000, 2506/2000 y 900/99 respectivamente), ante la ausencia de previsión legal al respecto, y destacando el carácter no autónomo y la falta de sustantividad de los incidentes ventilados en las diferentes piezas de los procedimientos concursales (vid, ad ex., los AATS de 21-11-2000 en recurso 2457/99, 18-4-2000 en recurso nº 1025/2000, 23-2-99 en recurso nº 181/99, 22-9-98 en recurso nº 2809/98, 8-9-98 en recurso nº 1810/97, 30-6-98 en recurso nº 2106/98, 23-6-98 en recurso nº 1137/97, 3-12-96 en recurso nº 3203/96 y 3-6-95 en recurso nº 242/95, respecto de resoluciones recaídas en la pieza de retroacción de la quiebra, entre otros), lo que se había predicado en particular de la resolución que decidía el incidente de oposición a la declaración de quiebra (AATS 15-7-97, 5-10-99, 7-3-2000 y 7-12-2000). Y, una vez hubo entrado en vigor la LEC 1/2000, la misma respuesta se dio respecto de resoluciones recaídas en las distintas piezas de la quiebra, como recuerda el Auto de fecha 26 de abril de 2005 (recurso de queja 1293/2004), y de igual modo, y en particular, respecto recaída en el señalado incidente de oposición a la declaración de quiebra (cfr. AATS 9-7-2002, en recurso de queja 599/2002, 8-6-2004, en recurso 2017/2001 y 27-7-2004, en recurso 2067/2001, entre los más recientes), atendiendo a que carecía de la condición de “sentencia dictada en segunda instancia”, y a que la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre cuando es posible apreciar en las cuestiones suscitadas un carácter meramente incidental; argumentos a los que se añadía la consideración de que, si bien la LEC 2000 dejaba en vigor la regulación precedente en materia de quiebra en tanto no fuera promulgada la Ley Concursal, ello se hacía con la excepción prevista en la Disposición Derogatoria única de la LEC 2000, apartado 1, 1ª, que, como se ha visto, remite a los arts. 387 y siguientes de la LEC 2000, señalando el art. 393.4 de dicha LEC

que las cuestiones incidentales se resolverán por medio de Auto, lo que en todo caso es acorde con lo establecido en el art. 206.2.2ª de la nueva Ley, el cual indica que se resolverán por Auto cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, quedando de este modo de manifiesto la voluntad del legislador de excluir este tipo de procedimientos del recurso de casación, voluntad que pervive en la actualidad, pues, como se ha visto, aparece limitado en la nueva Ley Concursal a las Sentencias (art. 197.6). A todo lo cual debe añadirse, atendida la clase de recurso extraordinario que se pretende preparar, que la irrecurribilidad en casación de la resolución conduce necesariamente a la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal, cuya viabilidad se encuentra condicionada a la de aquel recurso bajo el régimen provisional establecido en la Disposición Final 16ª.1 de la LEC 2000, que integra el sistema normativo que regula el acceso a los recursos extraordinarios de las resoluciones dictadas en los procedimientos concursales tras la entrada en vigor de la Ley Concursal.”: :Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/146601)

2.2. La sentencia recaída en el incidente de oposición a la declaración de quiebra

“la verdadera razón de la denegación de la preparación del recurso descansa en la aplicación al caso examinado de la Disposición transitoria primera, excepción quinta, de la Ley Concursal, ante todo, y de las previsiones contenidas en la Disposición Derogatoria Unica, excepción primera, de la LEC 1/2000, después, de donde se debe concluir que, habiéndose dictado con fecha 9 de junio de 2005 - después de haber entrado en vigor la Ley Concursal, por lo tanto- la sentencia de la Audiencia Provincial que estimó el recurso de apelación contra la del Juez de Primera Instancia que desestimó la oposición a la declaración de quiebra necesaria, dicha resolución quedaba sujeta al régimen de recursos establecido en la Ley Concursal por virtud de lo establecido en su Disposición transitoria primera, regla quinta, lo que abocaba a la aplicación de lo dispuesto en el apartado sexto del art. 197 de la misma Ley, e, indefectiblemente, a ver cerrado el acceso a los recursos extraordinarios toda vez que la resolución que se pretende impugnar no es ninguna de aquellas a las que la ley Concursal abre la vía de recurso, pues no versa sobre alguna de las materias a que hace referencia el mencionado precepto, siendo evidente que la oposición a la declaración de quiebra no se encuentra entre ellas,

No alcanzan, por lo tanto, a la resolución cuya impugnación se pretende las previsiones de recursos extraordinarios contenidas en la nueva Ley Concursal, proyectadas sobre los procedimientos concursales en curso por virtud de sus normas de derecho transitorio, manteniendo el carácter de resolución irrecurrible en casación que presentaba en la legislación anterior a la repetida Ley Concursal. No puede olvidarse que ya bajo el imperio de la legislación procesal precedente esta Sala había venido negando constantemente el acceso a la casación tanto a las resoluciones recaídas en los procedimientos de quiebra como a las dictadas en los expedientes de suspensión de pagos, incluso a las que ponían fin a la pieza principal o esencial del procedimiento (SSTS 13-7-92, 24 y 25-5-93, 15-10-93, 12-11-93 y 31-1-95; AATS 28-4-98, 12-5-98, 18-4-2000, 27-6-2000 y 5-6-2001 resolutorios de los recursos 1122/98, 1257/98, 1083/2000, 2506/2000 y 900/99 respectivamente), ante la ausencia de previsión legal al respecto y destacando el carácter no autónomo y la falta de sustantividad de los incidentes ventilados en las diferentes piezas de los procedimientos concursales (vid, ad ex., los AATS de 21-11-2000 en recurso 2457/99, 18-4-2000 en recurso nº 1025/2000, 23-2-99 en recurso nº 181/99, 22-9-98 en recurso nº 2809/98, 8-9-98 en recurso nº 1810/97, 30-6-98 en recurso nº 2106/98, 23-6-98 en recurso nº 1137/97, 3-12-96 en recurso nº 3203/96 y 3-6-95 en recurso nº 242/95, respecto de resoluciones recaídas en la pieza de retroacción de la quiebra, entre otros), lo que se había predicado en particular de la resolución que decidía el incidente de oposición a la declaración de quiebra (AATS 15-7-97, 5-10-99, 7-3-2000 y 7-12-2000). Y, una vez hubo entrado en vigor la LEC 1/2000, la misma respuesta se dio respecto de resoluciones recaídas en las distintas piezas de la quiebra, y de igual modo, y en particular, respecto recaída en el señalado incidente de oposición a la declaración de quiebra (cfr. AATS 9-7-2002, en recurso de queja 599/2002, 8-6-2004, en recurso 2017/2001, 27-7-2004, en recurso 2067/2001, 4-5-2005, en recurso 3534/2001, 13-9-2005, en recurso 324/2002, 18-10-2005, en recurso 518/2002, y 29-11-2005, en recurso 1031/2002, entre los más recientes), atendiendo a que carecía de la condición de “sentencia dictada en segunda instancia”, y a que la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre cuando es posible apreciar en las cuestiones suscitadas un carácter meramente incidental; argumentos a los que se añadía la consideración de que, si bien la LEC 2000 dejaba en vigor la regulación precedente en materia de quiebra en tanto no fuera promulgada la Ley Concursal, ello se hacía con la excepción prevista en la Disposición derogatoria única de la LEC 2000, apartado 1, 1ª, que, como se ha visto, remite a los arts. 387 y siguientes de la LEC 2000, señalando el art. 393.4 de dicha LEC que las cuestiones incidentales se resolverán por medio de Auto, lo que en todo caso es acorde con lo establecido en el art. 206.2.2ª de la nueva Ley, el cual indica que se resolverán por Auto cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, quedando de este modo de manifiesto la voluntad del legislador de excluir este tipo de

procedimientos del recurso de casación, voluntad que pervive en la actualidad, pues, como se ha visto, aparece limitado en la nueva Ley Concursal a las Sentencias (art. 197.6).”: Auto TS 28.03.2006 (JUR 2006/170348) y en términos prácticamente idénticos, Auto TS 07.11.2006 (JUR 2006/267066) y Auto TS 13.03.2007 (RJ 2007/99381).

2.3 El auto que acuerda la rehabilitación del quebrado

“PRIMERO Se formula esta queja contra la denegación preparatoria de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, intentada por la «Comisión Liquidadora de la Quiebra», contra un Auto dictado, en grado de apelación, en el que se acuerda la rehabilitación del quebrado con fundamento en la previa declaración de cumplimiento del convenio; frente a ello, se alega en el recurso de queja la procedencia de tener por preparados ambos recursos con fundamento, en síntesis, en que el Auto por el que se declara la rehabilitación del quebrado se dictó con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2002, de 9 de julio, Concursal, por cuanto está sometida a ésta en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley y añade que debió adoptar la forma de sentencia por tratarse de un incidente concursal planteado durante la fase de liquidación, por aplicación de lo establecido en los apartados 1 y 5 de la Disposición Transitoria Primera y apartados 4 y 6 del art. 197 de la indicada Ley Concursal. Así pues, la resolución de esta queja exige precisar, en primer término, si la citada resolución es recurrible en casación, ya que, de no ser así, ello conlleva la imposibilidad de formular el recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente intentado, por impedirlo la Disposición final decimosexta de la LECiv.

SEGUNDO Así planteada esta queja, puesto que el Auto cuyo acceso a los recursos extraordinarios se pretende ha sido dictado en un juicio universal de quiebra, iniciado con anterioridad ?y por tanto en tramitación? a la entrada en vigor de la Ley 22/2002, de 9 de julio, Concursal, su examen ha de comenzar verificando si dicha resolución ?el Auto de 27 de febrero de 2006 por el que se declara la rehabilitación del quebrado con fundamento en la firmeza de declaración de cumplimiento del convenio? está sometido a las disposiciones de dicha Ley Concursal; a tal efecto ha ponerse de relieve que la Ley Concursal no contiene un precepto equivalente a los art. 1388 LECiv/1881 y 921 del Código de Comercio, ni trata de forma autónoma la rehabilitación del quebrado, aunque sí contempla en el apartado 1 del art. 178, bajo la rúbrica «efectos de la conclusión del concurso», que «en todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia de calificación», es decir, que se prevé como consecuencia automática derivada del auto de conclusión del concurso; así pues, el Auto el que se declara la rehabilitación del quebrado que nos ocupa, contiene un pronunciamiento equiparable, en la Ley Concursal, a una consecuencia prevista para el auto de conclusión del concurso, por ello resulta adecuado ver cómo tratan las normas de derecho transitorio las cuestiones atinentes a la conclusión del concurso, en la medida en que el pronunciamiento que se pretende recurrir sólo encuentra equivalencia a través los efectos del actual Auto de conclusión; y así, nos encontramos que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1 de la Ley Concursal excluye de su aplicación, a los procedimientos que se encuentran en tramitación a su entrada en vigor, los incisos 1º y 2º del apartado 1 del artículo 176, es decir, los supuestos de conclusión del convenio que tengan su fundamento en la firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso y, el que ahora más nos interesa, cuando tengan su fundamento en la firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio, y en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento. Es decir que la Ley Concursal no es de inmediata aplicación al incidente iniciado con anterioridad a su vigencia que ahora nos ocupa, sobre rehabilitación del quebrado por cumplimiento del convenio, que, como se inició, continuó rigiéndose por lo dispuesto en el art. 1388 de la LECiv/1881 ?cuestión distinta es que no se diera el trámite que contempla el párrafo segundo de dicho precepto porque no se incoara pieza de calificación, según se dice en el fundamento único del Auto de 4 de febrero de 2005, dictado en primera instancia? lo que conlleva que la forma de Auto adoptada por el juzgado de instancia y por la Audiencia fue la correcta, ya que en ningún caso podemos hablar de una transformación del incidente de rehabilitación del quebrado en tramitación en el incidente concursal previsto en la Ley Concursal, lo que excluye la aplicación del apartado 6 del art. 197 de dicha Ley.

TERCERO A mayor abundamiento, aunque otorgáramos al Auto impugnado el tratamiento que la Ley Concursal prevé para el auto de conclusión del concurso, resulta que, en la medida en que se fundamenta en el cumplimiento del convenio, el legislador le ha excluido de cualquier medio de impugnación: de un lado porque si nos situamos en el art. 177.1 LECiv, aparece que contra la resolución que acuerda la conclusión del concurso ?que adopta la forma de auto y no de sentencia? no cabe recurso alguno, y de otro lado porque, aun estando a lo previsto en el apartado 2 del citado art. 177, en ningún caso cabría hablar de dicho Auto como equiparable a las sentencias que ponen fin al incidente concursal sobre oposición a la conclusión del concurso, ya que este incidente sólo se contempla, según se deduce de los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 176 de la Ley Concursal, en relación a los casos de conclusión del concurso previstos en los

ordinales 3º, 4º y 5º del apartado 1 del citado art. 176 LC, entre los que no se encontraría el que nos ocupa, ya que, como se ha indicado, el fundamento de la rehabilitación del quebrado fue la declaración firme de cumplimiento del convenio. En consecuencia el Auto dictado por la Audiencia es irrecurrible en casación.”: Auto TS 05.12.2006 (RJ 2007/494)

3. “...de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”

3.1 Cauce de acceso al recurso de casación

“y c) que se de alguno de los presupuestos que abren el acceso a la casación -y, por ende, al recurso extraordinario por infracción procesal, durante la vigencia del régimen provisional previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LECiv 2000, conforme a lo establecido en su apartado primero- previstos en el apartado segundo del art. 477 LECiv 2000, para cuya constatación debe estarse a los criterios exegéticos establecidos por esta Sala en torno al carácter diferenciado y excluyente de los cauces de acceso a la casación, prestando particular atención a si el procedimiento fue seguido por razón de la materia o por razón de la cuantía litigiosa, en la medida en que de ello depende cuál deba ser el cauce de acceso a la casación y, consiguientemente, cuáles los presupuestos y requisitos que deben cumplir los escritos de preparación e interposición de los recursos.”: Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/3332) y en términos prácticamente idénticos, Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/146601), Auto TS 21.02.2006 (JUR 2006/146251), Auto TS 28.03.2006 (JUR 2006/170348), Auto TS 09.05.2006 (RJ 2006/4034), Auto TS 09.05.2006 (JUR 2006/178005), Auto TS 27.06.2006 (JUR 2006/191066), Auto TS 18.07.2006 (RJ 2006/6378), Auto TS 07.11.2006 (JUR 2006/267066), Auto TS 13.03.2007 (RJ 2007/99381) y Auto TS 27.03.2007 (RJ 2007/2061)

“CUARTO A lo expuesto debe añadirse, para la más completa tutela de la Comisión Liquidadora recurrente, que, en todo caso, y aun cuando fuera viable el recurso de casación, la vía del ordinal 2º del art. 477.2 LECiv que se invocó en el escrito de preparación, resulta ser inadecuada puesto que, según reiterada y constante doctrina de esta Sala que excusa su mención, se encuentra limitada a los litigios seguidos por razón de la cuantía, siendo la vía procedente en el caso de asuntos seguidos por razón de la materia la del «interés casacional» del ordinal 3º del art. 477.3 de la LECiv, siempre que se acredite dicho «interés» en alguno de los aspectos contemplados en el apartado 3 del precepto; siendo evidente que no estamos ante un litigio seguido por razón de su cuantía, la falta de acreditación del «interés casacional» impediría, en todo caso, tener por preparado el recurso de casación, lo que imposibilita, por aplicación de la Disposición Final Decimosexta LECiv, la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal.”: Auto TS 05.12.2006 (RJ 2007/494)

3.1.1 Por la cuantía

3.1.1.1 Acción de nulidad ex 878 CCOM tramitada en juicio ordinario por razón de la cuantía

“5.- Ahora bien, una vez establecido que la sentencia es susceptible de ser recurrida en casación. Procede abordar el cauce a través del cual tiene acceso a dicho recurso, esto es el ordinal 2º o bien el 3º del art. 477.2 de la LEC.. Si estamos al procedimiento realmente seguido, observamos que el mismo fue sustanciado por razón de la cuantía (art. 249.2 LEC), habiendo sido fijada la misma en 60.000 euros, por lo que no alcanza la cuantía establecida en el ordinal 2º del art. 477.2 de la LEC y por tanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial tiene vedado el acceso al recurso de casación y por ende el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo primero, de la LEC 2000, tal y como declaró la Audiencia Provincial en la auto aquí recurrido. Auto TS 27.06.2006 (JUR 2006/191066)

3.1.1.2 Rescisión de convenio de suspensión de pagos en juicio declarativo ordinario

“Así pues, en la medida en que una de las acciones acumuladas en la demanda, la de rescisión del convenio, no impide el acceso de la Sentencia dictada por la Audiencia al recurso de casación intentado por la entidad recurrente, la resolución de esta queja exige determinar si los criterios de recurribilidad en casación establecidos por esta Sala en relación con los tres ordinales del art. 477.2 de la LECiv 1/2000 permiten su acceso al recurso. Y la conclusión debe ser afirmativa ya que nos encontramos ante un procedimiento seguido por razón de la cuantía, en la medida en que el cauce del juicio de menor cuantía no venía establecido por razón de la materia de las acciones acumulada, en el que la cuantía quedó fijada en cantidad muy superior a 25.000.000 de pesetas, cuestión sobre la que no se planteó ninguna controversia en la contestación a la demanda (la presentada con fecha 14 de febrero de 2001, que fue la

contestación ratificada de las dos inicialmente presentadas), por ello no puede estarse como hace la Audiencia al valor económico de sólo una de las pretensiones articuladas en la demanda, tanto si atendemos a la regla 14ª como si aplicamos la regla 16ª del art. 489 de la LECiv/1881, ya que las dos obligan a sumar el valor económico de las acciones acumuladas. De manera que la indicada Sentencia es recurrible en casación a través de la vía del ordinal 2º del art. 477.2 de la LECiv 1/2000, cauce que fue adecuadamente invocado por la entidad recurrente.”: Auto TS 18.07.2006 (RJ 2006/6378)

3.1.2 Por interés casacional

3.1.2.1 “ ... aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor...”

“Siendo así, tratándose de una sentencia dictada por una Audiencia Provincial que resuelve sobre el ejercicio de una acción ?la de impugnación de la lista de acreedores? comprendida en la sección cuarta del concurso, el acceso a los recursos extraordinarios se encuentra expedito por virtud de lo dispuesto en el artículo 197.6 LC, siendo procedente tener por preparado el recurso de casación siempre que cumpla con los presupuestos y requisitos que se derivan de los artículos 477.2 y 3 y 479 de la LECiv, y que en el caso examinado se contraen a la existencia de interés casacional, manifestado en alguna de las modalidades previstas en el apartado tercero del art. 477 LECiv, y a su debida justificación, toda vez que la resolución de cuya casación se trata ha sido dictada en un procedimiento tramitado por razón de su materia, debiéndose cumplir las demás previsiones contenidas en el artículo 479.4 de la Ley procesal. Tales presupuestos y requisitos deben considerarse satisfechos en el presente caso, pues la recurrente funda el interés casacional en la aplicación de una norma ?la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en concreto de su artículo 91.2 y 4, que se citan como infringidos en el escrito de preparación del recurso de casación? cuya vigencia no supera cinco años, y sin que exista jurisprudencia sobre la misma o sobre otra de igual o similar contenido.

SEXTO Procede, en consecuencia, estimar el recurso de queja y revocar la decisión adoptada en el Auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto de la queja, dejándola sin efecto, teniéndose por preparado el recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 11 de mayo de 2006.”: Auto TS 27.03.2007 (RJ 2007/2061)

3.1.2.2 Falta de cita de la disposición infringida

“Por el contrario si consideramos que el juicio en el que se ejercita una acción de nulidad de un negocio jurídico celebrado dentro del periodo de retroacción de la quiebra, trae causa del procedimiento concursal seguido al efecto, toda vez que su resultado tiene clara incidencia en el mismo, y por tanto estimamos aplicable la Disposición Derogatoria Única. ordinal primero de la LEC 2000, en ese caso el procedimiento que debió seguirse es el establecido para los incidentes y el cauce de acceso al recurso de casación el establecido en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, denominado de “ interés casacional”, que exige la acreditación de dicho interés, ya en el mismo escrito preparatorio del recurso. Y es aquí donde radica la procedencia de la denegación de la preparación del recurso de casación por la vía del interes casacional que estamos examinando contra la sentencia de la Audiencia Provincial. La lectura del escrito preparatorio del recurso pone de manifiesto en primer lugar, la omisión de disposición normativa que se considera infringida, que constituye un presupuesto de recurribilidad establecido por el legislador para la preparación del recurso de casación, que se orienta a que el tribunal que debe decidir sobre ella pueda comprobar la concurrencia a su vez de otros presupuestos del recurso y cuya omisión no puede ser subsanada. Auto TS 27.06.2006 (JUR 2006/191066)

3.1.2.3 Falta de acreditación del interés casacional en el escrito de preparación

6.- Si no puede eludirse la recurribilidad en casación de la sentencia, conforme a lo previsto en el art. 1976 LC, en relación con su Disposición transitoria primera, regla 5ª, y con su Disposición Final Trigesimoquinta, y en consonancia con la autonomía y sustantividad con que el legislador ha configurado el incidente de oposición a la calificación del concurso, tampoco puede soslayarse que, al tratarse de una resolución recaída en un procedimiento sustanciado por razón de la materia, y siendo la única vía posible para la casación la que abre el ordinal 3º del art. 477.2 LEC, como se acaba de decir, el escrito de preparación del recurso ha de cumplir las exigencias impuestas por el artículo 477.4 de la LEC, y, por lo tanto, además de indicar la infracción legal que sirve de motivo de recurso, el recurrente debe acreditar desde ese mismo momento la presencia del interés casacional manifestado en alguna de las modalidades que contempla el párrafo tercero del art. 477 LEC, ya sea por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala o por existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, con indicación de las sentencias donde se recoge la doctrina que entra en contradicción, y la expresión de cuál es ésta y de que forma se ha producido, siempre en relación con las

cuestiones que constituyen el objeto del debate, ya por la aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años, sin que exista doctrina jurisprudencial sobre la misma o de igual contenido. Al no haber dado cumplimiento la recurrente a las aludidas exigencias formales, procede denegar la preparación del recurso; con la precisión de que son aquellos unos requisitos cuya falta es insubsanable, en la medida en que afectan a presupuestos del recurso de inexcusable cumplimiento en tiempo y forma (STC 46/2004), y cuyo oportuno cumplimiento -nunca extemporáneo, y menos aun a través del recurso de queja, de notorio carácter instrumental- se justifica por la necesidad de proporcionar al tribunal a quo los elementos necesarios para comprobar la efectiva presencia de tales presupuestos, impidiendo la preparación y formalización de recursos que no respondan a un efectivo interés casacional, que no versen sobre las materias propias del recurso de casación o que resulten ajenos al objeto del proceso, o, en fin, que no sean del conocimiento de esta Sala, por razón de la naturaleza foral o especial de la norma de derecho civil aplicada o aplicable.": Auto TS 21.02.2006 (JUR 2006/146251)

3.1.2.4 Defectuosa acreditación de la jurisprudencia contradictoria

“**QUINTO** Si no puede eludirse la recurribilidad en casación de la sentencia, conforme a lo previsto en el art. 1976 LC, en relación con su Disposición transitoria primera, regla 5ª, y con su Disposición Final Trigesimoquinta, y en consonancia con la autonomía y sustantividad con que el legislador ha configurado el incidente de oposición a la calificación del concurso, tampoco puede soslayarse que, al tratarse de una resolución recaída en un procedimiento sustanciado por razón de la materia, la única vía posible para la casación es la que abre el ordinal 3º del art. 477.2 LECiv, como se acaba de decir. Consecuentemente, el escrito de preparación del recurso debe cumplir con las exigencias impuestas por el artículo 477.4 de la LECiv, y, por lo tanto, además de indicar la infracción legal que sirve de motivo de recurso, el recurrente debe acreditar desde ese mismo momento la presencia del interés casacional manifestado en alguna de las modalidades que contempla el párrafo tercero del art. 477 LECiv, ya sea por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya por la aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años, sin que exista doctrina jurisprudencial sobre la misma o de igual contenido, ya, en fin, y como aquí sucede, por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, con indicación entonces de las sentencias donde se recoge la doctrina que entra en contradicción, que ineludiblemente, tratándose del interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria, han de ser dos de una misma Audiencia o Sección que contengan un mismo criterio sobre un determinado punto o cuestión jurídica, enfrentadas a otras dos de diferente Audiencia o Sección que contengan un criterio distinto del mantenido en aquéllas sobre el mismo punto y cuestión jurídica, y con la también ineludible carga de expresar cuál es ésta y de que forma se ha producido la contradicción, siempre en relación con las cuestiones que constituyen el objeto del debate. Los recurrentes no han dado cumplimiento a las aludidas exigencias formales, pues no han logrado acreditar en la forma expuesta la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, habiendo mencionado únicamente un Auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, una sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 -de los de Madrid, cabe entender-, una sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sin indicación de qué Sección de la misma procede, una resolución -sin precisar aquí su clase- de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, un Auto de la Sección 21ª de la misma Audiencia Provincial, y finalmente, un Auto del Juzgado de Instrucción núm. 19 -parece que también de Madrid-, resoluciones todas éstas expresivas, al decir de los recurrentes, de un criterio jurídico divergente del mantenido en la Sentencia cuya casación se pretende, pero que en modo alguno sirven para tener por acreditado el interés casacional, en la modalidad escogida, en que se justifica la procedencia del recurso, dada su diferente procedencia y clase, que impide apreciar la existencia de una efectiva contradicción jurisprudencial sobre una determinada cuestión jurídica relativa al objeto del proceso, la cual, por ende, no puede estar reflejada en la cita de resoluciones del orden jurisdiccional penal, al que obviamente no puede alcanzar la eficacia de la eventual sentencia de casación, del mismo modo que no puede extenderse al mismo la función y específica finalidad del recurso de casación civil. Procede por todo ello denegar la preparación del recurso; con la precisión de que son aquellos unos requisitos cuya falta es insubsanable, en la medida en que afectan a presupuestos de inexcusable cumplimiento en tiempo y forma (STC 46/2004 [RTC 2004\ 46]) y cuyo oportuno cumplimiento -nunca extemporáneo, y menos aun a través del recurso de queja, de notorio carácter instrumental- se justifica por la necesidad de proporcionar al tribunal a quo los elementos necesarios para comprobar la efectiva presencia de tales presupuestos, impidiendo la preparación y formalización de recursos que no respondan a un efectivo interés casacional, que no versen sobre las materias propias del recurso de casación o que resulten ajenos al objeto del proceso, o, en fin, que no sean del conocimiento de esta Sala, por razón de la naturaleza foral o especial de la norma de derecho civil aplicada o aplicable. “:Auto TS 09.05.2006 (RJ 2006/4034)

3.1.2.5 Indebida fundamentación en cuestiones de índole procesal propias del recurso extraordinario por infracción procesal

“En segundo lugar la recurrente fundamenta el interés casacional en una cuestión de hecho, cual es la acreditación documental de la entrega de un inmueble, cuestión de índole procesal, que excede del ámbito material propio del recurso de casación, cayendo en el propio del recurso extraordinario por infracción procesal, al que, no obstante, no cabe reconducir, toda vez que le corresponde al recurrente determinar el tipo de recurso que quiere preparar y cumplir debida y oportunamente los requisitos exigidos por la Ley en el escrito de preparación, sin que pueda esta Sala suplir las omisiones, errores o defectos del recurrente y del escrito preparatorio (vide, por todos, ATS 23-11-2004, recurso de queja 328/2004). Por lo expuesto anteriormente, debe denegarse la preparación del recurso de casación intentada al amparo del ordinal 3º del art. 4774.2. La irrecurribilidad en casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con lo previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000.

Circunstancias las expuestas que determinan la desestimación del presente recurso de queja, si bien por razones en parte distintas a las contenidas en los Autos recurridos, lo que carece de relevancia y en lo que no cabe ver el menor atisbo de indefensión, puesto que el acceso a los recursos es cuestión de orden público, sustraído del poder de disposición de las partes y aun del propio Tribunal, por lo que compete a esta Sala, dentro del ámbito del recurso de queja que se resuelve, la comprobación de la concurrencia de los requisitos y presupuestos de recurribilidad legalmente establecidos, en base a los criterios que sean efectivamente correctos y procedentes según la norma legal. Auto TS 27.06.2006 (JUR 2006/191066)

“**QUINTO** Ahora bien, que la sentencia sea susceptible de ser recurrida en casación no significa que deba tenerse por preparado el recurso en este caso, pues siempre es preciso que concurran los presupuestos y requisitos para ello, ya los referidos al objeto de la pretensión impugnatoria y al ámbito material propio de la casación, ya los de carácter formal, impuestos por la específica modalidad del recurso que resulta procedente. Es aquí donde radica la verdadera razón de la improcedencia de la denegación de la preparación del recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. La lectura del escrito de preparación del recurso pone de manifiesto que tanto la infracción normativa denunciada como el interés casacional alegado vienen referidos a una cuestión, la relativa a la clase de procedimiento que debería haberse seguido, conforme a lo dispuesto en el art. 1377 de la LECiv/1881, que, habida cuenta de su palmario carácter procesal, queda extramuros del ámbito material propio del recurso de casación, cayendo en el propio del recurso extraordinario por infracción procesal, al que, no obstante, no cabe reconducir, toda vez que le corresponde al recurrente determinar el tipo de recurso que quiere preparar y cumplir debida y oportunamente los requisitos exigidos por la Ley en el escrito de preparación, sin que pueda esta Sala suplir las omisiones, errores o defectos del recurrente y del escrito preparatorio (vide, por todos, ATS 23-11-2004, recurso de queja 328/2004). Por esta razón, previa a cualquier otra, debe denegarse la preparación del recurso de casación intentada, lo que aquí se traduce en la desestimación del presente recurso de queja y en la confirmación del Auto denegatorio recurrido. “:Auto TS 31.01.2006 (RJ 2006/3332)

3.2 Recurso extraordinario por infracción procesal

3.2.1 Improcedencia del recurso por infracción procesal al no proceder el de casación ni por la vía de la cuantía ni por la de interés casacional

“Siendo así, resulta aplicable el régimen de recursos extraordinarios que establece el art. 197.6 de la Ley Concursal, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición transitoria primera, regla quinta, en relación con su Disposición final trigesimoquinta. Y si bien la resolución de que se trata es una de aquellas a las que el señalado precepto abre la vía a los recursos extraordinarios, no puede olvidarse que dicha recurribilidad se encuentra condicionada a que concurran los presupuestos y requisitos establecidos para ellos en la vigente LEC 1/2000, lo cual, tratándose de la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal, pasa por la aplicación de la Disposición Final 16ª de la LEC, conforme a cuyo apartado primero, y en tanto no se confiara a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el art. 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 477 de la misma Ley procesal, si bien, según lo que establece la regla 2ª del mismo apartado, solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del apartado segundo del art. 477. En la exégesis y subsiguiente atribución de contenido a este precepto debe acudirse a los reiterados y consagrados criterios interpretativos establecidos por esta Sala desde que tuvo lugar la Junta General de Magistrados de 12 de diciembre de 2000, y que, además de haber pasado a formar parte de la regulación del recurso de casación, en

palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2003, ha merecido el respaldo de éste tras haber superado con éxito en diversas ocasiones el examen de su corrección constitucional de acuerdo con el canon de la razonabilidad (cfr. AATC 191/2004, 206/2004 y 208/2004, y SSTC 150/2004, 164/2004 y 167/2004). Conforme a tales criterios interpretativos, el cauce del ordinal segundo del art. 477.2 de la LEC queda reservado para la impugnación de las sentencias dictadas en procesos tramitados por razón de la cuantía, en tanto que el ordinal 3º abre la vía a la casación de las sentencias recaídas en la segunda instancia de juicios sustanciados por razón de la materia. Resulta indiscutible que en el presente caso se trata de combatir una resolución de esta última clase, pues el art. 1.385 de la LEC remitía la sustanciación del incidente de oposición a la calificación de la quiebra al trámite de los incidentes previstos en los artículos 741 y siguientes de la LEC de 1881, como ya se ha dicho; del mismo modo que, una vez en vigor la LEC 1/2000, y por imperativo de la regla 1ª del apartado primero de su Disposición Derogatoria Unica, todos los incidentes surgidos en el seno de los procedimientos concursales hasta la entrada en vigor la Ley Concursal se habrían de regir por lo dispuesto en los artículos 387 y siguientes de la LEC, encontrándose también entonces el procedimiento determinado por el objeto del incidente. Y de igual modo, la proyección del régimen procedimental establecido en la Ley Concursal a la situación de intertemporalidad contemplada ha de conducir ineludiblemente a la conclusión de que se trata de la impugnación de una sentencia recaída en un procedimiento sustanciado por razón de su materia, al quedar sometida la oposición a la calificación del concurso al trámite del incidente concursal (art. 171.1 LC), procedimiento que el legislador ha configurado, además, como "tipo" dentro del concurso (cfr. art. 192). De manera que, si por un lado no puede soslayarse el hecho de que, sea cual fuere la fecha de la sentencia dictada en primer grado, y con independencia de si a la misma resultaba aplicable el régimen de recursos de la LEC 1/2000, por aplicación de lo establecido en la Disposición Derogatoria Unica, apartado primero, regla 1ª, en relación con su Disposición transitoria segunda, el acceso a los recursos extraordinarios es posible por virtud de lo dispuesto en el art. 197.6 de la Ley Concursal, en relación con su Disposición transitoria primera, regla 5ª, y su Disposición Final trigesimoquinta, y en consonancia con la autonomía y sustantividad con que el legislador ha configurado el incidente de oposición a la calificación del concurso y la resolución de la Audiencia Provincial que le pone término, por otro lado tampoco puede eludirse que, al tratarse de una resolución recaída en un procedimiento sustanciado por razón de la materia, la única vía posible para la casación es la que abre el ordinal 3º del art. 477.2 LEC, según los expuestos criterios interpretativos de esta Sala -a los que, recuérdese, debe estarse, como en general a los presupuestos y requisitos impuestos por la Ley de ritos para acceder a los recursos extraordinarios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 197.6 de la Ley Concursal-, lo que tiene como ineludible consecuencia que el recurso extraordinario por infracción procesal únicamente cabe si va acompañado del recurso de casación, por imperativo de la Disposición final 16ª.1-2ª, regla que impone una exigencia formal que presenta un claro carácter instrumental, orientada a permitir la comprobación de la existencia del presupuesto en que el interés casacional consiste, y, por ende, del mismo recurso de casación a cuya viabilidad se condiciona, por ahora, la del recurso extraordinario por infracción procesal. Al no haberse cumplido tal exigencia, no resulta en este caso procedente tener por preparado este último recurso, sin que, por cuanto se acaba de exponer, puedan acogerse los argumentos de la recurrente en queja tendentes a justificar la procedencia de la preparación del mismo con base en que la cuantía litigiosa, determinada por el pasivo de la sociedad quebrada, es superior a la cantidad fijada en el art. 477.2-2º de la LEC para acceder a la casación, al no tratarse de la impugnación de una resolución dictada en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía litigiosa, único supuesto en el que cabría alcanzar la sede casacional por ese cauce, siendo -entonces sí- posible la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal sin necesidad de preparar al tiempo el recurso de casación.": Auto TS 09.05.2006 (JUR 2006/178005)

7. Contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas.

CAPÍTULO V - Registro de Resoluciones Concuriales

Artículo 198. Registro público.

Reglamentariamente se articulará un procedimiento para que el Ministerio de Justicia asegure el registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales, en los casos previstos en esta ley.

TÍTULO IX - DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CAPÍTULO I - Aspectos generales

Artículo 199. De las relaciones entre ordenamientos.

Las normas de este título se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia.

A falta de reciprocidad o cuando se produzca una falta sistemática a la cooperación por las autoridades de un Estado extranjero, no se aplicarán respecto de los procedimientos seguidos en dicho Estado, los capítulos III y IV de este título.

Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en Inglaterra en proceso de insolvencia (bankruptcy) al amparo del Reglamento (CE) 1346/2000 y del Reglamento (CE) 44/2001

“ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.- A este juzgado ha sido turnada en fecha de 1 de septiembre de 2005, presentada en decanato en fecha de 29 de julio de 2005, demanda de exequátur en reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia de insolvencia, al amparo de lo previsto en el Reglamento (CE) 1346/2000 y del Reglamento (CE) 44/2001. Solicita el demandante el reconocimiento y ejecución de las resoluciones del Tribunal Inglés consistentes en:

1. Sentencia dictada el día 2 de agosto de 2002.
2. Auto Judicial Declarativo del Concurso.
3. Certificado de designación de Administrador Concursal efectuada el 7 de agosto de 2002.
4. Resolución judicial declarando que el quebrado-demandado tiene intereses en la propiedad inmobiliaria Villa Bel Air, Marbella-Málaga.

Asimismo que se dicten por el Juzgado las resoluciones que en derecho haya lugar en orden a obtener, según el tenor del documento número 8, la transferencia al síndico o fideicomisario de los derechos que el deudor-quebrado tiene sobre el bien inmueble al que se refiere la resolución inglesa dictada el 27 de mayo de 2005.

SEGUNDO Igualmente solicita junto a su escrito la adopción de medidas cautelares con ofrecimiento de caución, consistente en anotación preventiva de la demanda de exequátur en el Registro de la Propiedad de Marbella Número NUM000, finca NUM001, sección NUM002, inscrita en el tomo NUM003, libro NUM004, folio NUM005, de dicho Registro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se solicita el reconocimiento de determinadas resoluciones judiciales dictadas en Inglaterra que se encuadran dentro de un proceso de insolvencia (bankruptcy) al amparo del Reglamento Comunitario de Insolvencias número 1346/2000.

En primer lugar cabe determinar que se solicita igualmente el reconocimiento de una resolución en virtud de la cual (Sentencia de 2 de agosto de 2002) se reconoce la deuda y se procede a oír al Abogado a los efectos de declarar dicho estado de insolvencia, lo que se realiza en virtud de la orden de quiebra por demanda de acreedor dictada por el Tribunal Supremo de Justicia. Sala de la Cancillería. Registro del Distrito de Manchester, con número 151/2002.

Con posterioridad y conforme a la legislación inglesa se nombra administrador concursal (documento número 6) y se dicta resolución judicial, en el proceso de insolvencia, por la que se reconocen determinadas participaciones patrimoniales del insolvente en España y - cito textualmente- «se transfieren a favor de Demandante en calidad de Fideicomisario del patrimonio en quiebra del quebrado (antes citado) independientemente de cualquier rehabilitación de la quiebra por parte del quebrado, con arreglo a las disposiciones de la Ley de quiebras de 1986(y sus enmiendas)».

Este juzgado es competente de conformidad a lo previsto en el artículo 3 del citado Reglamento Comunitario y al artículo 86 ter de la LOPJ.

SEGUNDO En cuanto al reconocimiento de la declaración de insolvencia.- Al tratarse de un procedimiento de insolvencia comunitario está sujeto, por no existir salvedad, al Reglamento (CE) 1346/2000. Dicho Reglamento es de aplicación a dichos procesos concursales de conformidad a lo previsto en el artículo 199 de la Ley Concursal 22/2003.

En dicho reglamento se recogen diferentes apartados, entre los cuales y a los efectos que nos interesan, cabe destacar el Capítulo II en donde se recoge el procedimiento de «Reconocimiento del proceso de insolvencia» dictado en otro Estado y de las resoluciones dictadas tanto como consecuencia del mismo como de otras resoluciones (artículos 16 y ss.).

El Reconocimiento de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro, adoptada por un Tribunal Competente, en virtud del artículo 3 del citado Reglamento, debe ser reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en

que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. De conformidad al artículo 17 del citado Reglamento, la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier otro Estado miembro, los efectos que le atribuya la Ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento, salvo disposición en contrario de dicho Reglamento.

De esta forma una vez acreditados los poderes del síndico y la prueba de su nombramiento (artículos 18 y 19 del Reglamento) y aportados los documentos referidos a la citada declaración procede su reconocimiento sin más trámite ni audiencia de ninguna de las partes. El solicitante ha aportado toda la documentación legalizada y apostillada (aunque el Reglamento en sí no lo exija).

La particularidad del procedimiento declarativo de insolvencia Inglés (Bankruptcy Order On Creditor's) es la existencia de una previa resolución de reconocimiento de deuda con oposición del deudor y la posterior resolución de insolvencia. Ambas forman un cuerpo común aunque formalmente separados que deben reconocerse como declarativos del Estado de Insolvencia.

TERCERO Respecto del reconocimiento de otras resoluciones dictadas como consecuencia del procedimiento de insolvencia.- Recoge, como hemos señalado al principio, el citado Reglamento Comunitario (RI), de forma separada e reconocimiento de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el Tribunal cuya resolución de apertura deba reconocerse en virtud del artículo 16. (art. 25 RI).

A dichos efectos el citado precepto nos señala que dichas resoluciones se reconocerán asimismo sin otros procedimientos.

Habiendo acompañado las mismas consistentes en Certificado de Designación de Administrador Concursal y Resolución Judicial reseñada de fecha 27 de mayo de 2005 reconociendo determinados derechos del insolvente en España y en concreto respecto de una propiedad inmobiliaria en Villa Bel Air, en Marbella, Málaga, procede igualmente dicho reconocimiento; todo ello teniendo en cuenta que respecto de la primera de las resoluciones aunque no ha sido dictada, conforme al derecho inglés, por un Tribunal si lo es por el concepto de Tribunal que recoge el artículo 2 del Reglamento que lo amplía a la autoridad competente para adoptar dicha decisión; y, respecto de la segunda, que su reconocimiento se realiza sin perjuicio de lo previsto en el artículo 11 del propio Reglamento que a continuación trataremos.

CUARTO Respecto de la ejecución solicitada.- Visto el reconocimiento de las resoluciones señaladas y la solicitud de ejecución, procede estar a lo previsto en el artículo 25 RI que señala que tales resoluciones, (las dictadas relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia) deben ejecutarse con arreglo a lo previsto en los artículos 31 a 51 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, a excepción de lo previsto en el artículo 34.2 (aunque el RI se remite al Convenio de Bruselas hemos de entender aplicable el Reglamento 44/2001 de conformidad al artículo 68 de este último pues, aunque con defectuosa redacción, lo cierto es que claramente señala la aplicación directa y por remisión de dicho Reglamento a los Estados miembros aunque luego venga a salvar los denominados «territorios» de los Estados miembros cuya interpretación hemos de realizar al amparo del artículo 299 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en cuanto a las salvedades que se recogen respecto de determinados territorios de los Estados Miembros que son las que deben individualmente interpretarse).

La ejecución, por tanto, debe realizarse de conformidad a lo previsto en los artículos 38 y siguientes de dicho Reglamento partiendo por tanto de que se haya otorgado ejecución en el país en que fue dictada, adjuntando los documentos previstos en su artículo 53 (que se han aportado) y exigiendo por tanto sólo el cumplimiento de dichas formalidades sin proceder a ningún examen de acuerdo a lo previsto en los artículos 34 y 35 de dicho Reglamento y sin necesidad de oír a ninguna de las partes.

Por tanto procede la ejecución solicitada y el consiguiente despacho de ejecución.

QUINTO Respecto de los efectos de la ejecución.- Señala el artículo 42 del Reglamento 44/2001, que la resolución dictada sobre la solicitud de otorgamiento de la ejecución se pondrá de inmediato en conocimiento del solicitante y de la parte contra la que se solicitare la ejecución, adjuntándose la resolución, si ésta no hubiere sido ya notificada. Dicha resolución sobre la solicitud de ejecución podrá ser recurrida por cualquiera de las partes de conformidad a lo previsto en la normativa española y que se concreta en nuestro derecho y conforme al citado Reglamento en recurso de apelación por ante la Audiencia Provincial en el plazo de un mes a partir de la fecha de notificación de la presente.

Señala igualmente el artículo 47.3 del Reglamento 44/2001 que durante el plazo del recurso previsto en el artículo 43.5 (un mes desde la notificación) y hasta que se resuelva el mismo, solamente se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se hubiere solicitado la ejecución.

De esta forma procede estimar la ejecución solicitada con dichos efectos.

SEXTO Respecto de la petición concreta de transferencia al síndico de los derechos que el deudor-quebrado tiene sobre el bien inmueble.- Un apartado específico merece la petición que se concreta, a partir de la ejecución reconocida, en el apartado cuarto del suplico en cuanto solicita que se dicten por este Juzgado las resoluciones que en derecho haya lugar en orden a

obtener, según el tenor del documento número 8, la transferencia al síndico o fideicomisario de los derechos que el deudor-quebrado tiene sobre el bien inmueble al que se refiere la resolución judicial inglesa dictada el 27 de mayo de 2005 y que se concreta, conforme al documento número 10, en la finca registral NUM001, sección NUM000, del Tomo NUM006, libro NUM004, folio NUM005.

El artículo 11 del Reglamento de Insolvencia señala que «los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se regularán de acuerdo con la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro». La citada transferencia conlleva la conservación y transmisión a un tercero, con poder de disposición por parte del síndico de dicha finca lo que en nuestro derecho sólo se puede hacer como consecuencia de un Convenio aprobado en el propio procedimiento de insolvencia o como consecuencia del proceso de ejecución previsto en la norma procesal civil. En derecho civil español se prevé la figura de la sustitución fideicomisaria en materia testamentaria de tal forma que la transmisión se produce con el vínculo o modo de conservarla y transmitirla a un tercero. Los citados Reglamentos Comunitarios inciden específicamente en que no se ha de valorar el fondo del asunto salvo que afecte al orden público, que no es el caso.

En nuestro derecho y en materia de ejecución se prevé que las resoluciones judiciales puedan acordar la entrega de bienes inmuebles (703 LECiv) debiéndose disponer lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo. De conformidad a ello la denominada «transferencia» al demandante en calidad de fideicomisario puede y debe ejecutarse en tal forma. Esto también es reconocido por el Reglamento de Insolvencia (art. 24) de forma indirecta permitiendo la ejecución en un Estado miembro de una obligación a favor del síndico y no de un tercero.

SÉPTIMO Respecto de las medidas cautelares solicitadas.- Se solicitan igualmente medidas cautelares mientras se sustancia el presente procedimiento y fundamentalmente mientras transcurren los plazos previstos en el Reglamento a efectos de la notificación y posible recurso que se pudiera interponer. Es posible dicha solicitud de conformidad a lo previsto en el artículo 47.3 del Reglamento lo que procede resolver en resolución aparte con testimonio de la presente. ”: Auto JM-1 Málaga 2.09.2005 (AC 2005/1250)

Artículo 200. Regla general.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes, la ley española determinará los presupuestos y efectos del concurso declarado en España, su desarrollo y su conclusión.

CAPÍTULO II - De la ley aplicable

SECCIÓN 1 - DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL

Artículo 201. Derechos reales y reservas de dominio.

1. Los efectos del concurso sobre derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor, comprendidos los conjuntos de bienes cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por ley de éste.

La misma regla se aplicará a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio.

2. La declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio que ya haya sido entregado y que al momento de la declaración se encuentre en el territorio de otro Estado no constituye, por sí sola, causa de resolución ni de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de su propiedad.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan.

Artículo 202. Derechos del deudor sometidos a registro.

Los efectos del concurso sobre derechos del deudor que recaigan en bienes inmuebles, buques o aeronaves sujetos a inscripción en registro público se acomodarán a lo dispuesto en la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro.

Artículo 203. Terceros adquirentes.

La validez de los actos de disposición a título oneroso del deudor sobre bienes inmuebles o sobre buques o aeronaves que estén sujetos a inscripción en registro público, realizados con posterioridad a la declaración de concurso, se registrarán, respectivamente, por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien inmueble o por la de aquel bajo cuya autoridad se lleve el Registro de buques o aeronaves.

Artículo 204. Derechos sobre valores y sistemas de pagos y mercados financieros.

Los efectos del concurso sobre derechos que recaigan en valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta se registrarán por la ley del Estado del registro donde dichos valores estuvieren anotados. Esta norma comprende cualquier registro de valores legalmente reconocido, incluidos los llevados por entidades financieras sujetas a supervisión legal.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 201, los efectos del concurso sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero se registrarán exclusivamente por la ley del Estado aplicable a dicho sistema o mercado.

Artículo 205. Compensación.

1. La declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de reintegración que en su caso procedan.

Artículo 206. Contratos sobre inmuebles.

Los efectos del concurso sobre los contratos que tengan por objeto la atribución de un derecho al uso o a la adquisición de un bien inmueble se registrarán exclusivamente por la ley del Estado donde se halle.

Artículo 207. Contratos de trabajo.

Los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo y sobre las relaciones laborales se registrarán exclusivamente por la ley del Estado aplicable al contrato.

Artículo 208. Acciones de reintegración.

No procederá el ejercicio de acciones de reintegración al amparo de esta ley cuando el beneficiado por el acto perjudicial para la masa activa pruebe que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado que no permite en ningún caso su impugnación.

Artículo 209. Juicios declarativos pendientes.

Los efectos del concurso sobre los juicios declarativos pendientes que se refieran a un bien o a un derecho de la masa se registrarán exclusivamente por la ley del Estado en el que estén en curso.

SECCIÓN 2 DEL PROCEDIMIENTO TERRITORIAL

Artículo 210. Regla general.

Excepto en lo previsto en esta sección, el concurso territorial se registrará por las mismas normas que el concurso principal.

Artículo 211. Presupuestos del concurso.

El reconocimiento de un procedimiento extranjero principal permitirá abrir en España un concurso territorial sin necesidad de examinar la insolvencia del deudor.

Artículo 212. Legitimación.

Podrá solicitar la declaración de un concurso territorial:

- 1.º Cualquier persona legitimada para solicitar la declaración de concurso con arreglo a esta ley.

- 2.º El representante del procedimiento extranjero principal.

Artículo 213. Alcance de un convenio con los acreedores.

Las limitaciones de los derechos de los acreedores derivadas de un convenio aprobado en el concurso territorial, tales como la quita y la espera, sólo producirán efectos con respecto a los bienes del deudor no comprendidos en este concurso si hay conformidad de todos los acreedores interesados.

SECCIÓN 3 - DE LAS REGLAS COMUNES A AMBOS TIPOS DE PROCEDIMIENTOS

Artículo 214. Información a los acreedores en el extranjero.

1. Declarado el concurso, la administración concursal informará sin demora a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, si así resultare de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constare en el concurso.

2. La información comprenderá la identificación del procedimiento, la fecha del auto de declaración, el carácter principal o territorial del concurso, las circunstancias personales del deudor, los efectos acordados sobre las facultades de administración y disposición respecto de su patrimonio, el llamamiento a los acreedores, incluso a aquellos garantizados con derecho real, el plazo para la comunicación de los créditos a la administración concursal y la dirección postal del juzgado.

3. La información se realizará por escrito y mediante envío individualizado, salvo que el juez disponga cualquier otra forma por estimarla más adecuada a las circunstancias del caso.

Artículo 215. Publicidad y registro en el extranjero.

1. El juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar que se publique el contenido esencial del auto de declaración del concurso en cualquier Estado extranjero donde convenga a los intereses del concurso, con arreglo a las modalidades de publicación previstas en dicho Estado para los procedimientos de insolvencia.

2. La administración concursal podrá solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración y de otros actos del procedimiento cuando así convenga a los intereses del concurso.

Artículo 216. Pago al concursado en el extranjero.

1. El pago hecho al concursado en el extranjero por un deudor con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la apertura del concurso en España.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del concurso la publicidad a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

Artículo 217. Comunicación de créditos.

1. Los acreedores que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero comunicarán sus créditos a la administración concursal conforme a lo dispuesto en el artículo 85.

2. Todo acreedor podrá comunicar su crédito en el procedimiento principal o territorial abierto en España, con independencia de que también lo haya presentado en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero.

Esta regla incluye, sujetos a condición de reciprocidad, los créditos tributarios y de la Seguridad Social de otros Estados, que en este caso serán admitidos como créditos ordinarios.

Artículo 218. Restitución e imputación.

1. El acreedor que, tras la apertura de un concurso principal en España, obtuviera un pago total o parcial de su crédito con cargo a bienes del deudor situados en el extranjero o por la realización o ejecución de los mismos deberá restituir a la masa lo que hubiera obtenido, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 201.

En el caso de que dicho pago se obtuviera en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero, se aplicará la regla de imputación de pagos del artículo 229.

2. Cuando el Estado donde se hallaren los bienes no reconociera el concurso declarado en España o las dificultades de localización y realización de esos bienes así lo justificaren, el juez podrá autorizar a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual, con aplicación, en todo caso, de la regla de imputación prevista en el artículo 229.

Artículo 219. Lenguas.

1. La información prevista en el artículo 214 se dará en castellano y, en su caso, en cualquiera de las lenguas oficiales, pero en el encabezamiento de su texto figurarán también en inglés y francés los términos «Convocatoria para la presentación de créditos. Plazos aplicables».

2. Los acreedores con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero presentarán el escrito de comunicación de sus créditos en lengua castellana o en otra oficial propia de la comunidad autónoma en la que tenga su sede el juez del concurso. Si lo hicieren en lengua distinta, la administración concursal podrá exigir posteriormente una traducción al castellano.

CAPÍTULO III - Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia

Artículo 220. Reconocimiento de la resolución de apertura.

1. Las resoluciones extranjeras que declaren la apertura de un procedimiento de insolvencia se reconocerán en España mediante el procedimiento de exequátur regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si reúnen los requisitos siguientes:

- 1.º Que la resolución se refiera a un procedimiento colectivo fundado en la insolvencia del deudor, en virtud del cual sus bienes y actividades queden sujetos al control o a la supervisión de un tribunal o una autoridad extranjera a los efectos de su reorganización o liquidación.
- 2.º Que la resolución sea definitiva según la ley del Estado de apertura.
- 3.º Que la competencia del tribunal o de la autoridad que haya abierto el procedimiento de insolvencia esté basada en alguno de los criterios contenidos en el artículo 10 de esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente.
- 4.º Que la resolución no haya sido pronunciada en rebeldía del deudor o, en otro caso, que haya sido precedida de entrega o notificación de cédula de emplazamiento o documento equivalente, en forma y con tiempo suficiente para oponerse.
- 5.º Que la resolución no sea contraria al orden público español.

2. El procedimiento de insolvencia extranjero se reconocerá:

- 1.º Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales.
- 2.º Como procedimiento extranjero territorial, si se está tramitando en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento o con cuyo territorio exista una conexión razonable de naturaleza equivalente, como la presencia de bienes afectos a una actividad económica.

3. El reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no impedirá la apertura en España de un concurso territorial.

4. Podrá suspenderse la tramitación del exequátur cuando la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia hubiera sido objeto, en su Estado de origen, de un recurso ordinario o cuando el plazo para interponerlo no hubiera expirado.

5. Lo dispuesto en este artículo no impedirá la modificación o revocación del reconocimiento si se demostrase la alteración relevante o la desaparición de los motivos por los que se otorga.

Artículo 221. Administrador o representante extranjero.

1. Tendrá la condición de administrador o representante del procedimiento extranjero la persona u órgano, incluso designado a título provisional, que esté facultado para administrar o supervisar la reorganización o la liquidación de los bienes o actividades del deudor o para actuar como representante del procedimiento.

2. El nombramiento del administrador o representante se acreditará mediante copia autenticada del original de la resolución por la que se le designe o mediante certificado expedido por el tribunal o la autoridad competente, con los requisitos necesarios para hacer fe en España.

3. Una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, el administrador o representante estará obligado a:

- 1.º Dar al procedimiento una publicidad equivalente a la ordenada en el artículo 23 de esta ley, cuando el deudor tenga un establecimiento en España.
- 2.º Solicitar de los registros públicos correspondientes las inscripciones que procedan conforme al artículo 24 de esta ley.

Los gastos ocasionados por las medidas de publicidad y registro serán satisfechos por el administrador o representante con cargo al procedimiento principal.

4. Una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, su administrador o representante podrá ejercer las facultades que le correspondan conforme a la ley del Estado de apertura, salvo que resulten incompatibles con los efectos de un concurso territorial declarado en España o con las medidas cautelares adoptadas en virtud de una solicitud de concurso y, en todo caso, cuando su contenido sea contrario al orden público.

En el ejercicio de sus facultades, el administrador o representante deberá respetar la ley española, en particular en lo que respecta a las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor.

Artículo 222. Reconocimiento de otras resoluciones.

1. Una vez obtenido el exequátur de la resolución de apertura, cualquier otra resolución dictada en ese procedimiento de insolvencia y que tenga su fundamento en la legislación concursal se reconocerá en España sin necesidad de procedimiento alguno, siempre que reúna los requisitos previstos en el artículo 220. El requisito de la previa entrega o notificación de cédula de emplazamiento o documento equivalente será exigible, además, respecto de cualquier persona distinta del deudor que hubiera sido demandada en el procedimiento extranjero de insolvencia y en relación con las resoluciones que le afecten.

2. En caso de oposición al reconocimiento, cualquier persona interesada podrá solicitar que éste sea declarado a título principal por el procedimiento de exequátur regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el reconocimiento de la resolución extranjera se invocare como cuestión incidental en un proceso en curso, será competente para resolver la cuestión el juez o tribunal que conozca del fondo del asunto.

Artículo 223. Efectos del reconocimiento.

1. Salvo en los supuestos previstos en los artículos 201 a 209, las resoluciones extranjeras reconocidas producirán en España los efectos que les atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento.

2. Los efectos de un procedimiento territorial extranjero se limitarán a los bienes y derechos que en el momento de su declaración estén situados en el Estado de apertura.

3. En el caso de declaración de un concurso territorial en España, los efectos del procedimiento extranjero se registrarán por lo dispuesto en el capítulo IV de este título.

Artículo 224. Ejecución.

Las resoluciones extranjeras que tengan carácter ejecutorio según la ley del Estado de apertura del procedimiento en el que se hubieren dictado necesitarán previo exequátur para su ejecución en España.

Artículo 225. Cumplimiento a favor del deudor.

1. El pago hecho en España a un deudor sometido a procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado y conforme al cual deberá hacerse al administrador o representante en él designado sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la existencia del procedimiento.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del procedimiento de insolvencia extranjero la publicidad ordenada en el apartado 3 del artículo 221.

Artículo 226. Medidas cautelares.

1. Las medidas cautelares adoptadas antes de la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en el extranjero por el tribunal competente para abrirlo podrán ser reconocidas y ejecutadas en España previo el correspondiente exequátur.

2. Antes del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y a instancia de su administrador o representante, podrán adoptarse conforme a la ley española medidas cautelares, incluidas las siguientes:

- 1.ª Paralizar cualquier medida de ejecución contra bienes y derechos del deudor.
- 2.ª Encomendar al administrador o representante extranjero, o a la persona que se designe al adoptar la medida, la administración o la realización de aquellos bienes o derechos situados en España que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de sufrir grave deterioro o de disminuir considerablemente su valor.
- 3.ª Suspender el ejercicio de las facultades de disposición, enajenación y gravamen de bienes y derechos del deudor.

Si la solicitud de medidas cautelares hubiere precedido a la de reconocimiento de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, la resolución que las adopte condicionará su subsistencia a la presentación de esta última solicitud en el plazo de 20 días.

CAPÍTULO IV - De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia

Artículo 227. Obligaciones de cooperación.

1. Sin perjuicio del respeto de las normas aplicables en cada uno de los procedimientos, la administración concursal del concurso declarado en España y el administrador o representante de un procedimiento extranjero de insolvencia relativo al mismo deudor y reconocido en España están sometidos a un deber de cooperación recíproca en el ejercicio de sus funciones, bajo la supervisión de sus respectivos jueces, tribunales o autoridades competentes. La negativa a cooperar por parte del administrador o representante, o del tribunal o autoridad extranjeros, liberará de este deber a los correspondientes órganos españoles.

2. La cooperación podrá consistir, en particular, en:

- 1.º El intercambio, por cualquier medio que se considere oportuno, de informaciones que puedan ser útiles para el otro procedimiento, sin perjuicio del obligado respeto de las normas que amparen el secreto o la confidencialidad de los datos objeto de la información o que de cualquier modo los protejan.

En todo caso, existirá la obligación de informar de cualquier cambio relevante en la situación del procedimiento respectivo, incluido el nombramiento del administrador o representante, y de la apertura en otro Estado de un procedimiento de insolvencia respecto del mismo deudor.

- 2.º La coordinación de la administración y del control o supervisión de los bienes y actividades del deudor.
- 3.º La aprobación y aplicación por los tribunales o autoridades competentes de acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos.

3. La administración concursal del concurso territorial declarado en España deberá permitir al administrador o representante del procedimiento extranjero principal la presentación, en tiempo oportuno, de propuestas de convenio, de planes de liquidación o de cualquier otra forma de realización de bienes y derechos de la masa activa o de pago de los créditos.

La administración concursal del concurso principal declarado en España reclamará iguales medidas en cualquier otro procedimiento abierto en el extranjero.

Artículo 228. Ejercicio de los derechos de los acreedores.

1. En la medida que así lo permita la ley aplicable al procedimiento extranjero de insolvencia, su administrador o representante podrá comunicar en el concurso declarado en España, y conforme a lo establecido en esta ley, los créditos reconocidos en aquél. Bajo las mismas condiciones, el administrador o representante estará facultado para participar en el concurso en nombre de los acreedores cuyos créditos hubiera comunicado.

2. La administración concursal de un concurso declarado en España podrá presentar en un procedimiento extranjero de insolvencia, principal o territorial, los créditos reconocidos en la lista definitiva de acreedores, siempre que así lo permita la ley aplicable a ese procedimiento. Bajo las mismas condiciones estará facultada la administración concursal, o la persona que ella designe, para participar en aquel procedimiento en nombre de los acreedores cuyos créditos hubiere presentado.

Artículo 229. Regla de pago.

El acreedor que obtenga en un procedimiento extranjero de insolvencia pago parcial de su crédito no podrá pretender en el concurso declarado en España ningún pago adicional hasta que los restantes acreedores de la misma clase y rango hayan obtenido en éste una cantidad porcentualmente equivalente.

Artículo 230. Excedente del activo del procedimiento territorial.

A condición de reciprocidad, el activo remanente a la conclusión de un concurso o procedimiento territorial se pondrá a disposición del administrador o representante del procedimiento extranjero principal reconocido en España. La administración concursal del concurso principal declarado en España reclamará igual medida en cualquier otro procedimiento abierto en el extranjero.

Disposiciones Adicionales

Disposición adicional primera. Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes.

Los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y, en particular, a las siguientes reglas:

- 1.ª Todas las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación.
- 2.ª Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.
- 3.ª Todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados y las prohibiciones para el desempeño por éstos de cargos o funciones o para el desarrollo de cualquier clase de actividades establecidas en preceptos legales no modificados expresamente por esta ley se entenderán referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación.

Disposición adicional segunda. Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.

1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.

2. Se considera legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas:

a) Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (art. 14 y art. 15, modificado por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria), así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.

b) Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo (art. 16).

c) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo que respecta al régimen aplicable a los sistemas de compensación y liquidación en ella regulados, y a las entidades participantes en dichos sistemas y, en particular, los arts. 44 bis, 44 ter, 58 y 59).

d) Ley 3/1994, de 14 de abril, de Adaptación de la Legislación Española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria (disposición adicional quinta).

e) Ley 13/1994, de 1 junio, de Autonomía del Banco de España (por lo que respecta al régimen aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros bancos centrales nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones).

f) Ley 1/1999, de 5 de enero, Reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (disposición adicional tercera).

Apartado 2.F – Disp. Ad. Tercera Ley de Entidades de Capital-Riesgo

1. Vigencia y aplicabilidad

“PRIMERO : Ejercitada por los demandantes Don Bernardo, Don Jaime y la mercantil “Alberto Fernández Cabo, S.L.” la acción de reintegración concursal al amparo del art. 71 L.C. contra los

demandados "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." y la concursada "Comercial de Servicios y Transportes, S.L." -Seytra- en la que se pretende la ineficacia de la cesión de créditos derivados de pagarés y correspondientes a la facturación del mes precedente llevada a cabo supuestamente con fecha 19 mayo 2004 por la concursada Seytra en favor del BBVA, encontramos de las alegaciones vertidas por las partes enfrentadas y de lo actuado en el juicio que primeramente la sociedad ahora concursada Seytra suscribió con el BBVA y con fecha 19 marzo 2002 una póliza de cobertura para negociación de documentos y créditos comerciales y/o comunicados telemáticamente o en soporte magnético (doc. nº 1 contestación BBVA). En el ejercicio de las facultades convenidas en la citada póliza Seytra procedió con fecha 14 mayo 2004 a ceder, entre otros y limitándonos a la facturación del mes de abril a que se concreta el escrito de demanda, una serie de créditos que ostentaba frente a "Aceralia Corp. Siderúrgica, S.A." y que se correspondían con tres facturas por importes de 45.927,13 euros, 12.978,12 euros y 3.141,88 euros, expedidas todas ellas con fecha 30 abril 2004, instrumentándose la repetida cesión de créditos mediante documento intervenido por Notario en el que expresamente se estipulaba además que la cedente respondía de la legitimidad de los créditos y de la solvencia de los deudores (doc. nº 10 contestación BBVA). Por su parte el BBVA procedió ese mismo día 14 mayo 2004 a anticipar el importe de las referidas facturas mediante el abono de sus importes en la en la cuenta que Seytra tenía abierta en esa entidad (doc. nº 2 a 9 contestación BBVA).

SEGUNDO: El examen del ejercicio de las acciones de reintegración concursal frente a las operaciones de cesión de créditos pasa por detenernos ante la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras que bajo la rúbrica de "Régimen de determinadas cesiones de créditos", dispone:

"1. Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones:

Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.

Que el cesionario sea una entidad de crédito.

Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública.

Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.

Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.

Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.

2. Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los arts. 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho.

3. En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el art. 878, párrafo 2º, del Código de Comercio, respecto a las cesiones reguladas en esta disposición, si se cumplen los requisitos establecidos en la misma y consta la certeza de la fecha de la cesión por cualquiera de los medios de prueba a que se refiere el apartado anterior.

4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la revocación prevista en el art. 878, párrafo 2º, del Código de Comercio en el caso de quiebra del deudor de los créditos cedidos.

Sin embargo, la sindicatura de la quiebra podrá ejercitar la acción de revocación frente al cedente y/o cesionario cuando pruebe que aquél, o en su caso este último, conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se hubiere pactado así expresamente".

Teniendo presente que las operaciones de cesiones de créditos que habitualmente realizan los empresarios en el ámbito de su actividad profesional en favor de una entidad bancaria, ya se articule o no como contrato de factoring, lejos de causar necesariamente un perjuicio patrimonial a la masa en la eventualidad de la declaración de situación concursal del cedente, cumplen ordinariamente una función ventajosa desde el momento en que el empresario obtiene por esta vía una financiación que de otro modo le privaría de los recursos necesarios para su habitual ejercicio, a lo que se puede añadir la ventaja reforzada en el caso de tratarse del llamado factoring propio o sin recurso pues en tal supuesto será el profesional del factoring quien asume el riesgo de insolvencia del deudor, liberando así al cedente del sometimiento a la ley del dividendo en caso de concurso de dicho deudor, es por lo que el legislador introdujo en nuestro sistema la citada Disposición con la finalidad de exonerar a tales operaciones del riguroso régimen de la retroacción de la quiebra que llevaría a la consecuencia de la nulidad absoluta prevista en el art. 878 C.Com. para todas los negocios celebrados por el fallido en dicho período, y en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 1/1999, de 5 de enero viene a señalar que

con dicha norma “se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente”. Las razones expuestas llevaron igualmente al legislador a conservar la vigencia de la repetida Disposición tras la reforma concursal operada por la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal al recogerla en el apartado f) del apartado 2º Disposición adicional segunda (tras la redacción dada por la Ley 25/2005, de 24 noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras), apareciendo en la Ley Concursal como una de las especialidades que escapando al régimen concursal general se habrán de someter a la regulación prevista en cada una de las legislaciones específicas que se enumeran.

Es cierto que una interpretación literal de la Disposición adicional segunda L.C. no permitiría el desarrollo que exponemos toda vez que su apartado 1º parece limitar su presupuesto de aplicación a los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores. Ahora bien, tal interpretación debe quedar superada habida cuenta que la Disposición adicional 3ª Ley 1/1999 trata precisamente de la situación concursal del cedente o de la del deudor cedido, no de la entidad cesionaria, resultando en otro caso una norma de imposible inteligencia, a lo que cabe añadir el apartado 3º introducido en la Disposición adicional segunda L.C. por la Ley 36/2003, de 11 noviembre, de medidas de reforma económica, precisamente para salvar la interpretación de que tratamos.

TERCERO : Partiendo por lo tanto de la plena vigencia de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero y de su alcance como medida de excepción al régimen concursal en lo que se refiere a las operaciones en ella contempladas, encontramos que la operación de cesión de créditos sometida aquí a enjuiciamiento se encuentra bajo su amparo, pues así queda comprendida dentro del ámbito subjetivo y objetivo previsto en la norma al tratarse la cedente Seytra de un empresario y la cesionaria BBVA de una entidad de crédito; la procedencia de los créditos objeto de cesión de la actividad empresarial de la primera y con existencia cierta en la fecha en que se conviene dicha cesión; al haber procedido la cesionaria a anticipar su importe abonándolo en la cuenta de Seytra y al haberse pactado además por parte del cedente la garantía de la bonitas nominis, consideraciones todas ellas que conducen a tener la descrita operación como inmune frente al régimen de reintegración concursal ex art. 71 L.C. y con ello a la desestimación de la demanda. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 26.06.2006 (JUR 2006/183267)

2. Sentido de la especialidad. Aplicabilidad a las cesiones de crédito en general y no sólo al factoring sin recurso

“Teniendo presente que las operaciones de cesiones de créditos que habitualmente realizan los empresarios en el ámbito de su actividad profesional en favor de una entidad bancaria, ya se articule o no como contrato de factoring, lejos de causar necesariamente un perjuicio patrimonial a la masa en la eventualidad de la declaración de situación concursal del cedente, cumplen ordinariamente una función ventajosa desde el momento en que el empresario obtiene por esta vía una financiación que de otro modo le privaría de los recursos necesarios para su habitual ejercicio, a lo que se puede añadir la ventaja reforzada en el caso de tratarse del llamado factoring propio o sin recurso pues en tal supuesto será el profesional del factoring quien asume el riesgo de insolvencia del deudor, liberando así al cedente del sometimiento a la ley del dividendo en caso de concurso de dicho deudor, es por lo que el legislador introdujo en nuestro sistema la citada Disposición con la finalidad de exonerar a tales operaciones del riguroso régimen de la retroacción de la quiebra que llevaría a la consecuencia de la nulidad absoluta prevista en el art. 878 C.Com. para todos los negocios celebrados por el fallido en dicho período, y en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 1/1999, de 5 de enero viene a señalar que con dicha norma “se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente”. Las razones expuestas llevaron igualmente al legislador a conservar la vigencia de la repetida Disposición tras la reforma concursal operada por la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal al recogerla en el apartado f) del apartado 2º Disposición adicional segunda (tras la redacción dada por la Ley 25/2005, de 24 noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras), apareciendo en la Ley Concursal como una de las especialidades que escapando al régimen concursal general se habrán de someter a la regulación prevista en cada una de las legislaciones específicas que se enumeran.”: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 26.06.2006 (JUR 2006/183267)

3. Constancia de la certeza de la fecha por el abono en cuenta

“TERCERO : Partiendo por lo tanto de la plena vigencia de la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 enero y de su alcance como medida de excepción al régimen concursal en lo que se refiere a las operaciones en ella contempladas, encontramos que la operación de cesión de créditos sometida aquí a enjuiciamiento se encuentra bajo su amparo, pues así queda comprendida dentro del ámbito subjetivo y objetivo previsto en la norma al tratarse la cedente

Seytra de un empresario y la cesionaria BBVA de una entidad de crédito; la procedencia de los créditos objeto de cesión de la actividad empresarial de la primera y con existencia cierta en la fecha en que se conviene dicha cesión; al haber procedido la cesionaria a anticipar su importe abonándolo en la cuenta de Seytra y al haberse pactado además por parte del cedente la garantía de la bonitas nominis, consideraciones todas ellas que conducen a tener la descrita operación como inmune frente al régimen de reintegración concursal ex art. 71 L.C. y con ello a la desestimación de la demanda. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 26.06.2006 (JUR 2006/183267)

g) Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.

h) Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (art. 100, apartado 5).

i) Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (arts. 26 a 37, 39 y 59), y el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre.

j) Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública (capítulo II del Título I).

k) Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre Saneamiento y Liquidación de las Entidades de Crédito».

Apartado 2.J - Real Decreto-ley 5/2005,

0. Consideraciones generales

“En otras resoluciones dictadas dentro de los distintos Incidentes a la calificación de créditos se ha hecho referencia a las modificaciones que el RDL de 11 de marzo de 2005 ha establecido en cuanto al sistema de garantías financieras.

La publicación el da 14 de marzo de 2005 del Real Decreto de reformas urgentes para impulso a la productividad y para la mejora de la producción (RDL 5/2005 de 11 de marzo) introduce un cambio legislativo significativo que dada la naturaleza de la norma pasó desapercibido.

El capítulo II del mencionado RDL se denomina acuerdos de compensación contractual y garantías financieras y establece como sujetos del mismo a las entidades de crédito (artículo 4.1.c) y define como acuerdos o modalidades de garantías financieras (artículo 8j cualquier acuerdo de garantía pignoraticia consistente en la aportación de una garantía de conformidad con lo establecido en el Código civil, permitiendo que sea objeto de la garantía cualquier instrumento financiero. El juego de los artículos 6,7 y 9 permiten prácticamente cualquier fórmula de pignoración. El artículo 8 establece un régimen de formalidades en el que basta la constancia escrita sin mayores formalidades para su constitución, validez o eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad de la prueba. Basta acreditar que la garantía fuera aportada de cualquier modo.

El citado RDL blindo las garantías financieras advirtiendo que no cabe el ejercicio de las acciones del 71 y siguientes de la Ley Concursal (artículo 16.2) y que tienen la posibilidad de ejecutarse de modo separado sin interferencia alguna del proceso concursal (artículos 15 y 16.1). Este Real Decreto Ley traslada al derecho español la directiva comunitaria 2002/47 de 6 de junio sobre acuerdos de garantía financiera que deberla haber sido trasladada al derecho español en diciembre de 2003 y que, por lo tanto, al entrar en vigor la Ley Concursal era susceptible de aplicación directa si era invocada por cualquier interesado aunque no se hubiera introducido su transposición al derecho español.

En esta situación jurídica lo que sí se ha de advertir es que el artículo 91.1.1º.y 6 de la ley Concursal no recoge en toda su extensión los efectos y circunstancias de garantías, privilegios y compensaciones financieros. También debe advertirse que estas fórmulas comunitarias de garantía del sistema financiero tal vez deberían haber llevado a reflejar en la Ley Concursal estos mecanismos no ya de privilegio sino de ejecución separada, mecanismos que difícilmente encajan en el artículo 154 y 155 de la Ley Concursal.”: Sentencia JM-3 Barcelona 13.05.2005 (Incidente Concursal 156/2005)

1. Inaplica RDL 5/2005 con argumentos dudosos

“PRIMERO.-En primer lugar procede examinar la calificación que ha de darse a las operaciones de financiación en las que aparecen involucrados, como acreditantes un conjunto de entidades (SINDICATO DE “BANCOS), entre ellos las codemandadas CajaMurcia y la Caja de Ahorros del Mediterráneo, quienes estiman que los créditos derivados de tales operaciones a su favor han de

catalogarse como especialmente privilegiados al igual que el resto de entidades crediticias que intervienen en la operación.

La operación subyacente en los créditos sindicados que nos ocupan son, por un lado un préstamo hipotecario sindicado con garantía hipotecaria inmobiliaria y mobiliaria y pignoraticia de acciones por importe de veintiséis millones de euros (26.000.000 euros), formalizado en escritura otorgada el día 21 de Marzo de 2002, modificada por escritura el día 5 de Mayo de 2005 y por otro un préstamo sindicado con garantía pignoraticia formalizado mediante escritura otorgada el día 21 de Marzo de 2002.

Consideran las entidades crediticias demandadas de aplicación lo dispuesto en el 15, párrafo 4 del Real Decreto- Ley 5/2005, de 11 de Marzo de reforma urgente para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Dicho apartado señala textualmente que “ los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y lo previsto en esta sección “.

Pero ello no implica una excepción a la regla general consagrada en la Ley Concursal como pretenden las Cajas de Ahorro, pues la modificación que prevé el Real-Decreto en su disposición adicional tercera, del apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, concretamente en la letra J de dicho apartado, no ha sido introducida en la Ley Concursal [¿?]. Dicha disposición adicional segunda de la Ley concursal si ha sido modificada por la Disposición final tercera de la Ley 6/2005, de 22 de Abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito (BOE 23 de Abril de 2005) que prevé que dicha Ley- la ley sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito- sea considerada como legislación especial, entre otras, en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, y entre cuyos preceptos no se alude a las operaciones financieras como las que nos ocupa.

Por tanto hay que estar a la previsión del art. 89.2 in fine de la Ley Concursal de conformidad con la cual “ no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la Ley”, pues este precepto consagra de forma específica un sistema de numerus clausus en cuanto privilegios en los créditos, siendo el mandato del legislador muy clarificador a la hora de establecer que deberán ser obviados todos aquellos privilegios que hasta la fecha hayan podido tener algún tipo de reconocimiento en leyes especiales que no salve expresamente la nueva Ley.”: Sentencia JM-1 Murcia 02.02.2006 (Incidente Concursal 325/2005)

[Nota: El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, en su disp. adic. 3.6 modificó la disp. adic. 2.ap. 2. LC, introduciendo (letra j) una referencia al propio RDL. Posteriormente, la Ley 6/2005, de 22 de abril, en su -disp. final 3.2, volvió a modificar la disp. adic. 2. LC y, aparentemente por error, suprimió la referencia al RDL 5/2005. Finalmente, la Ley 25/2005, de 24 noviembre, (en vigor desde 25.12.2005) en su -disp. final 2. volvió a modificar la disp. adic. 2.ap. 2.LC, reintroduciendo, en la letra j, la referencia al RDL 5/2005]

2. Inaplicabilidad en caso de meras pólizas de descuento

“El cuarto motivo de oposición lo ampara en la inaplicabilidad del artículo 68 de la Ley Concursal como consecuencia de la aplicación al contrato de autos del contenido del artículo 16 del RD 5/2005 de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. Respecto de la aplicación del mencionado Real Decreto al supuesto de autos debe advertirse, en primer lugar, que la cuestión no es pacífica en la doctrina puesto que, si bien es cierto que el redactado del Real Decreto es muy ambiguo, sin embargo la directiva que traspone - la 2002/47 sobre garantías financieras - tiene un ámbito de aplicación mucho más reducido al limitarse a determinadas operaciones de garantía financiera que no son las derivadas de contratos bancarios comunes. En cualquier caso no parece que el contrato de crédito referido por el recurrente pueda considerarse incluido en los supuestos previstos para el Real Decreto, en el supuesto de autos la parte ahora impugnante firmó con la concursada una póliza de descuento comercial:

- a. No se trata de una operación financiera en el marco de un acuerdo de compensación contractual, sino de una simple póliza de descuento comercial,
- b. Tampoco se trata de cualquiera de los contratos que la Ley del Mercado de Valores, artículo 8, prevé que sean negociable en contratos secundarios.
- c. No consta que se haya pactado garantías,
- d. Sin duda la entidad financiera habrá incluido pactos de compensación pero a remisión al artículo 7 del RD tampoco debe ser considerada de recibo dado que el artículo 7 de la mencionada disposición vuelve a hablar de garantías financieras y en el supuesto del contrato de apertura de una póliza de descuento comercial no constan pactadas garantías adicionales. (...)

“2) Respecto de la aplicación del RD 5/2005 en el caso de la CAIXA DE SABADELL si se hace mención a la existencia de garantías financieras en la medida en la que se pignoran a favor del CES cualquier saldo de cualquier depósito, valores mobiliarios o seguros de capitalización

presentes o futuros que pudiera disponer el deudor, esta fórmula de pignoración. Sorprende que se defienda, por una parte, que el contrato no ha vencido y, por otra, se considere que aún en el caso de vencimiento no estarían sometidas a la Ley concursal; en este punto la recurrente - igual que el resto de las recurrentes - realizan una lectura parcial e interesada del Real Decreto Ley que no sólo no solventa las dudas sobre la aplicación del RD a este tipo de contratos, sino que incluso genera mayores incógnitas:

a. Elude la recurrente la exigencia del artículo 12 del RD que establece que en caso de ejecución de garantías tanto de efectivos como de valores deberá comunicarse al deudor formalmente incumplimiento por medio de un requerimiento, ese requerimiento de incumplimiento debe cumplir además con las formalidades especialmente previstas en el artículo 12.3. No consta ese requerimiento formal de incumplimiento anterior a la declaración de concurso que permitiría entrar a valorar si es de aplicación el tantas veces mencionado artículo 16 del RD.

b. Si la parte se ampara en que la resolución se ha producido con posterioridad debe tenerse en cuenta que las posibilidades de ejecución de garantías no son absolutas y que es posible anular las garantías cuando éstas se hubieran realizado en perjuicio de los acreedores (artículo 15.5 del Real Decreto).

En definitiva que no parece razonable defender por una parte el no vencimiento y por otro el vencimiento al margen de la Ley concursal; tampoco parece razonable reclamar la aplicación del RD en los aspectos favorables para el acreedor forzando la interpretación de las normas y, sin embargo, eludir las exigencias formales y materiales derivadas de dicho RD.”: Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

3. Ambito de aplicación. Fiscalización de las operaciones de compensación

“**Quinto.**- En la práctica de la contratación bancaria las cláusulas de compensación son habituales en la práctica totalidad de los contratos, cláusulas que establecen pactos de compensación muy amplios que incluso permiten que el acreedor enajene activos que el deudor pueda tener en depósito en la entidad financiera – letras del tesoro, acciones cotizadas en mercados secundarios, opciones de compra -. Las fórmulas de compensación actúan no tanto como un mecanismo de pago, sino como una garantía que favorece o facilita los préstamos y créditos. Se habilita una línea de crédito a una sociedad mercantil porque dicha sociedad dispone de otras cuentas, fondos, imposiciones o productos financieros que permiten ponderar los riesgos derivados de un incumplimiento de la obligación cuando venza. Estas garantías pueden ir acompañadas de alguna fórmula de prenda o pignoración de activos del deudor – normalmente imposiciones a plazo fijo – o quedar en meras cláusulas de compensación que reducen los riesgos. La consideración de la compensación como una fórmula de garantía en el derecho español ha sido cuestionada por autores como el profesor Díaz Lezcano que entiende que es “una figura claramente favorable para las entidades financieras, que buscan con ella evitar tener que acudir a la controvertida figura de la prenda de créditos, y utilizar, en cambio, la compensación de manera indirecta, lo que permite al acreedor ejercitar el crédito en caso de impago, toda vez que el crédito pignorado no se subasta sino que se compensa”. Se trata, por lo tanto de un debate abierto.

Cuando en marzo de 2005 se promulga el RD 5/2005, de 11 de marzo, convalidado por resolución de 7 de abril, y que tiene como título: Reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; se puede replantear si el legislador español no ha querido introducir en nuestro ordenamiento de un modo un tanto asistemático un sistema de compensación desvinculado del mero instrumento de pago y convertido en una garantía para el acreedor. El ámbito objetivo y subjetivo del RD 5/2005 plantea algunas dudas respecto de su aplicación a los simples contratos bancarios de crédito y préstamo, pero lo cierto es que tanto su confusa redacción, como la amplitud con la que se definen las operaciones de compensación en el artículo 5 - “*Este capítulo se aplicará a las operaciones financieras que se realicen en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con él, siempre que el acuerdo prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes sólo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones. El saldo neto deberá ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con éste*” -, lleva a considerar necesario revisar el alcance del artículo 58 de la Ley Concursal.

Sexto.- Vinculado con el fundamento anterior debe abordarse una cuestión procesal planteada por la representación de la demandada por entender que al amparo del artículo 16 del texto del RD 5/2005 no caben acciones rescisorias para fiscalizar las operaciones realizadas al amparo de esa norma. Esta cuestión de índole procesal no debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) No es pacífica la aplicación del mencionado RD a los supuestos de pactos de compensación recogidos en simples pólizas de crédito o préstamo;
- 2) Incluso aun cuando fuera de aplicación ese RD – cuestión abordada en otras resoluciones del Juzgado – el artículo 16 no establece una prohibición absoluta de ejercicio de acciones rescisorias ya que las mismas podrían plantearse cuando exista o pueda existir fraude de

acreedores, la redacción del artículo de referencia del RD debe vincularse al hecho de que en este tipo de operaciones no hayan de aplicarse el juego de presunciones previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, pero no a que las operaciones de compensación no puedan y deban ser fiscalizadas;

3) En todo caso la acción ejercitada no sería la prevista en el artículo 71 de la Ley Concursal sino el incidente al que se refiere el artículo 58 de la Ley Concursal, incidente que no cuenta con los condicionantes de la acción reintegratoria específica.”: Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 463/2006) y Sentencia JM-3 Barcelona 2.10.2006 (Incidente Concursal 462/2006)

4. Admite compensación ex RDL 5/2005 (caso de operaciones financieras “normales”)

“PRIMERO.- Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal, que dimanar de los autos de concurso voluntario de acreedores num. 193/2005, relativos a las tres entidades concursadas Euro Contratas Valencia S.L., Edificaciones y casas Valencia 2002 S.L. y Gen Edificaciones Urbanas S.L., que se encuentra en fase de liquidación, y en interés de la masa activa del concurso, pretensión de reclamación dineraria frente a la entidad financiera Caixa d'Estalvis de Catalunya, de la que las concursadas se reputan en cada caso acreedoras en razón al saldo de determinados depósitos y productos financieros contratados con la referida entidad, a la que en la lista de acreedores respectiva le ha venido reconocido en cada caso el pertinente crédito que titula frente a cada una de las entidades concursadas.

La parte demandada asume la realidad de los productos financieros, depósitos y productos de inversión colectiva, contratados en la entidad por las entidades declaradas en concurso, pero aduce que nada es en deber a la masa activa de cada uno de los concursos toda vez que ha operado regularmente supuesto de compensación de los saldos acreedores con los saldos deudores de otros productos, siendo el saldo acreedor a favor de la entidad demandada superior, de suerte que aquéllos se han extinguido (artículo 1156 del Código civil).

(...)

SEGUNDO.- Debe desestimarse la demanda rectora de las presentes actuaciones. El supuesto que en todo caso se plantea, en la medida en que resulta coincidente el proceda de la entidad financiera aquí demandada respecto de los saldos positivos que presentaban diversos depósitos y productos de los que es titular cada una de las entidades concursadas, desborda los parámetros ordinarios de la prohibición de compensación ex artículo 58 de la Ley concursal, con la excepción que previene el mismo precepto para los casos en que, no obstante no haberse verificado la compensación en momento cronológico anterior a la declaración de concurso, los parámetros de la misma ya concurren entonces ex artículos 1195 y 1196 del Código civil.

El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, vino a solventar la problemática que, en el ámbito del concurso declarado, planteaba el crédito bancario y la cuestión relativa a cuál fuere la solución más satisfactoria a dicha problemática atendido el esencial dinamismo y características intrínsecas propias del sector bancario y el mercado de capitales,

Piense en este caso que, atendido el objeto social de las entidades declaradas en concurso, resulta una obviedad el recurso a la financiación bancaria y el volumen de ésta.

Dispone el artículo 2 de la citada norma con rango de Ley que "el objeto de este capítulo es incorporar al ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, así como ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de la apertura de un procedimiento concursal o de un procedimiento de liquidación administrativa sobre dichos acuerdos y garantías". La norma no se limita a la transposición de la normativa comunitaria a nuestro derecho interno, sino que se aprovecha para acometer la disciplina de aspectos trascendentes que, tal vez, quedaron huérfanos de la necesaria seguridad jurídica con ocasión de la irrupción normativa de la Ley 22/2003.

Y el de los pactos contractuales de compensación es precisamente uno de ellos. Pues bien en ese marco se ha desenvuelto el proceder de la aquí demandada, con invocación de los artículos 3 letra a) y 16 del Real Decreto, sin que pueda desde luego venirse a sostener un supuesto de inaplicabilidad de tales cláusulas contractuales en cuanto que generales y predispuestas por la entidad financiera, bien entendido que no podría sostenerse sin más su carácter abusivo atendido precisamente el carácter mercantil de las tres entidades declaradas en concurso,

Por todo lo expuesto, debe desestimarse la demanda rectora de las presentes actuaciones, y ello sin perjuicio de que, evidentemente, por la Administración concursal se haga el oportuno asiento en la cuenta de pasivo de cada una de las entidades concursadas en punto a constatar el saldo del crédito de la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya solo por el exceso respecto del saldo concurrente que ha propiciado la extinción de la obligación dineraria recíproca.”: SJM-1 Valencia 21.05.2007 (Incidente Concursal 83/2007)

3. Las normas legales mencionadas en el apartado anterior se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.

Apartado 3.

“Es cierto que una interpretación literal de la Disposición adicional segunda L.C. no permitiría el desarrollo que exponemos toda vez que su apartado 1º parece limitar su presupuesto de aplicación a los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores. Ahora bien, tal interpretación debe quedar superada habida cuenta que la Disposición adicional 3ª Ley 1/1999 trata precisamente de la situación concursal del cedente o de la del deudor cedido, no de la entidad cesionaria, resultando en otro caso una norma de imposible inteligencia, a lo que cabe añadir el apartado 3º introducido en la Disposición adicional segunda L.C. por la Ley 36/2003, de 11 noviembre, de medidas de reforma económica, precisamente para salvar la interpretación de que tratamos. “: Sentencia JM-1 Oviedo (Asturias) 26.06.2006 (JUR 2006/183267)

Disposición adicional tercera. Reforma de las leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

El Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 12 de diciembre, y de la Ley 21/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a fin de adecuarlas a esta ley.

Disposiciones Transitorias

Disposición transitoria primera. Procedimientos concursales en tramitación.

Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes:

1. Quiebra solicitada antes de 1.9.2004

“PRIMERO.- Por el Juzgado número 2 de los de Tomelloso se dictó Auto con fecha 24 de Octubre de 2005, por el que declaraba su falta de competencia objetiva para conocer del procedimiento concursal, a la vez que acordaba remitir las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil de C.R., que consideraba objetivamente competente.

Recibidas las actuaciones en el dicho Juzgado de lo Mercantil, mediante Auto de 27 de Marzo del año en curso, y en evitación de mayores dilaciones para decidir finalmente sobre la competencia objetiva que se discute, acordaba, tras declarar su incompetencia objetiva, dar el trámite previsto en el art. 60.3 LEC, pues, en resumen, “en la práctica se ha planteado un conflicto negativo de competencias al no considerarse ningún órgano competente para conocer del procedimiento”.

SEGUNDO.- La presente cuestión de competencia (art. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ-) se plantea cuando, presentada solicitud de quiebra voluntaria ante el Juzgado de Tomelloso, el Juzgado al que le había correspondido en turno de reparto entendió que la competencia para conocer de la misma correspondía al Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real. Competencia que, por razón de fechas, estima el Juzgado de lo Mercantil que no tiene.

Es fundamental para resolver la cuestión, efectivamente, la fecha de presentación de la solicitud, 23 de Abril de 2004, fecha ésta en la que, y por lo que aquí interesa, ni estaba en vigor la Ley 22/04, de 9 de Julio, Concursal -Disposición Final 35-, ni habían entrado en funcionamiento los Juzgados de lo Mercantil, con jurisdicción en toda la provincia - Disposición Transitoria Única, y disposición Final Segunda de la LO 8/2003, de 9 de Julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, 1 de Julio, del Poder Judicial, y, art. 6 del RD 1649/04 de 9 de Julio-.

La citada LO 8/2003, en su Disposición Transitoria Única, señala que :Hasta el momento en que entren en funcionamiento los juzgados de lo mercantil, las funciones atribuidas a los mismos en la Ley Concursal serán asumidas por los actuales Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, de acuerdo con lo que establezca la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, aplicándose a los mismos lo dispuesto en el apartado 7 del artículo segundo de la

presente Ley Orgánica.

Por su parte la L 22/03 de 9 de Julio, Concursal, con su Disposición Transitoria Primera: “Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes...”, sin que ninguna de las dos excepciones que contempla afecten al caso que aquí se propone.

TERCERO.- En consideración a lo dispuesto en la legislación precedentemente citada, visto que la presentación de solicitud de quiebra voluntario tuvo lugar el 23 de Abril de 2004, y, sabido que esa fecha es la que, de un lado, marca el comienzo de la litispendencia(art. 410LEC), y, de otro, determina el momento a considerar para fijar la jurisdicción y la competencia, la consecuencia, con todo, es que para conocer del asunto es competente el Juzgado de Primera Instancia de Tomelloso, número 2, ante quien se presentó, antes de la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil, la que tuvo lugar el 1 de Septiembre de 2004.”: Auto AP Ciudad Real 05.07.2006 (Rollo 166/2006)

1.1 Al repartirse después de 1.9.2004 no se hallaba en tramitación al entrar en vigor la LC y no puede regirse por la vieja regulación

“Como quiera que la solicitud de declaración de quiebra voluntaria fue presentada en el Juzgado Decano de Sevilla el viernes 30 de Julio de 2004, día hábil inmediato anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, resulta que el día 1 de Septiembre de 2004 el procedimiento de quiebra de la entidad S.L.C., Sevilla, S.L. no se hallaba en tramitación, a los efectos prevenidos en la Disposición Transitoria 1ª de la citada Ley, pues la solicitud llegó al Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Sevilla el 2 de Agosto de 2004, mes legalmente inhábil a efectos procesales, de suerte que, cuando el Magistrado titular de dicho Juzgado Civil tuvo la oportunidad procesal de iniciar la tramitación, ya se encontraba vigente la mentada Ley Concursal, circunstancia de la que era consciente la propia parte solicitante pese a lo cual no interesó la habilitación de fechas.

SEGUNDO.- En el razonamiento jurídico único del auto de 16 de noviembre de 2004, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba en los autos 962/04, aportado por la parte recurrente al Rollo de apelación, se indica que los efectos de la declaración de quiebra voluntaria se retrotraerán al 30 de Abril de 2004, lo que parece contradecir la alegación de la entidad apelante de que la solicitud de quiebra de S.L.C. Córdoba, S.L. fue presentada el 30 de Julio de 2004, fecha a la que se retrotraen los efectos de tal declaración.

TERCERO.- Por ello, el recurso de apelación no puede prosperar, lo que conduce a la confirmación del auto que inadmitió la solicitud de declaración de quiebra voluntaria de S.L.C. Sevilla, S.L.”: Auto AP Sevilla (Sección 2ª) de 17.12.2004 (JUR 2005/66637)

1.2 Tesis contraria: el procedimiento se halla en tramitación desde su presentación (litispendencia), aunque la primera resolución se dicte después

“Establece el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los Tribunales civiles se sustanciarán siempre con arreglo a las razones procesales, que nunca serán retroactivas» y el artículo 44 dispone que «para que los Tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de Ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate», de cuyos preceptos se desprende sin lugar a dudas que el 30 de julio de 2004 en que la ahora apelante presentó su solicitud de declaración en estado de quiebra voluntaria, no podía hacerlo más que en el Juzgado de Primera Instancia civil u «ordinario» correspondiente, a tramitar conforme a la legislación anterior vigente, cuya solicitud debió ser admitida por el Juzgado de procedencia con la consecuente eficacia procesal desde dicha fecha de la litispendencia (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues mal podía aquélla haberlo hecho ante un Juzgado de lo mercantil de funcionamiento aún inexistente y bajo las disposiciones de una Ley Concursal aún no vigente (Disposición Final 35ª de la misma), habiendo consecuentemente de reputarse en tramitación el procedimiento concursal en cuestión, al margen de cuando dictara el Juzgado la primera resolución al respecto, a los efectos de la Disposición Transitoria 1ª de la precitada Ley Concursal, lo que comporta, en definitiva, la estimación del recurso, sin expresa declaración en cuanto a las costas de la alzada (artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”: Auto AP Madrid (Sección 9ª) 14.04.2005 (JUR 2005/158079)

1.3 Repartida en julio, pero subsanada aportación de poder en septiembre

“PRIMERO: Por turno de reparto, le correspondió al Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Talavera el conocimiento sobre la solicitud de quiebra presentada por Desarrollo agrario Navalaencina S.L., presentada ante el Decanato el 24 de julio de 2004, y en la que se dictó providencia el 31 del mismo mes en la que se acordaba requerir a la parte demandante para que antes de la

admisión a trámite de la demanda presentara en término de tres días el poder original para pleitos, que había sido aportado por fotocopia; presentando el original el 9 del mismo mes, recayendo auto (27 de octubre), por el que dicho Juzgado se declaraba incompetente, inhibiéndose a favor del Juzgado de lo Mercantil de Toledo, por haber entrado en vigor (1 de septiembre) la Ley Concursal; tratándose de resolución convenientemente recurrida, siguiéndose la tramitación procesal correspondiente.-

Sobre esa base fáctica, presentación de la demanda el 24 de julio de 2004, es decir, antes del 1 de septiembre, fecha de la entrada en vigor de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (Disp. Final 35), parece claro que conforme a su Disposición Transitoria 1ª, donde se trata de "los procedimientos concursales en tramitación", la competencia viene directamente deferida a favor del Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Talavera, ya que dicha norma se establece que aquellos procedimientos ".....que se encuentren en tramitación a entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta conclusión por el derecho anterior"; y como quiera de lo que origina el planteamiento de la cuestión de competencia lo es por motivo de esa misma presentación documental, habiéndose deferido el trámite de admisión de la demanda instando la presentación de un documento original (el poder para pleitos, que lo había sido por fotocopia), y el mismo, por ser inhábil el mes de agosto, se presenta en septiembre, momento en que aún no se había formalmente admitido a trámite la demanda, con lo que se está suscitando la cuestión de competencia artificialmente, en cuanto es defecto subsanable y la perpetuatio jurisdictiones, como así ha sido declarado en otras resoluciones por esta Audiencia (por todas autos de 14 de julio y cinco de octubre de 2005), si bien en este caso, dicha perpetuatio se defiende no a la fecha de la presentación de la demanda, sino a la aquella en la que se requirió al Procurador, en cuanto la finalidad perseguida por la resolución es la misma que las ya revocadas por las resoluciones de esta Sala a las que anteriormente ha sido hecha mención. Tan es así, que en el orden cronológico de los autos, la providencia de requerimiento (folio 108), en cuyo reverso consta que se recibe el 3 de septiembre y se notifica el siguiente día 6, aparece incluso unida después de la presentación documental requerida (folios 99 a 107).

La circunstancia de que conste que la solicitud se presenta el 24 de julio, y tenga entrada en el Juzgado el 29 y así se registra (31), reuniendo todos los requisitos necesarios para ser admitida a trámite -por mucho que quiera la providencia dilatar el momento a la presentación de poder original, defecto subsanable y no constitutivo de rechazo a límine de la pretensión y ni siquiera suficiente para provocar una resolución sobre la admisión formal de la demanda-, momento en que regía la legislación anterior, veda que se aplique a la misma una legislación que no entraba en vigor hasta dos meses más tarde (Dis. Final 35ª), por lo que debe entenderse que es directamente aplicable la antes transcrita Disposición Transitoria 1ª, y con ello la posible competencia del Juzgado de lo Mercantil, que no había nacido (ni el órgano entrado en funcionamiento) a la presentación de la demanda.

Como ya se ha dicho en anteriores resoluciones, la perpetuatio jurisdictiones, se produce con la presentación de la demanda, y la providencia de 31 de julio es y resulta absolutamente inocua para trasladar la competencia a otro órgano jurisdiccional distinto de aquél ante el que se presentó la demanda.-

SEGUNDO: En definitiva, como quiera que ha sido suscitado un conflicto sobre competencia, en supuesto en que la misma debe determinarse por leyes imperativas, se está en el caso de declarar competente para conocer de la solicitud de quiebra formulada por Desarrollo Agrario Navalaencina S.L., al Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Talavera, a quien (art. 60.3, LEC.), se remitirán los autos originales a fin de que proceda a la tramitación de la misma siguiendo por sus trámites hasta su resolución.": Auto AP Toledo (Sección 1ª) 10.05.2006 (JUR 2006/158583)

2. Inadmisibilidad de solicitud de quiebra posterior a 01.09.2004

"El demandante ha presentado el veintisiete de octubre de dos mil cuatro una solicitud de quiebra de la sociedad Akidne Construcciones, SL. Al respecto, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), establece en su Disposición Final trigésima quinta que su entrada en vigor se producirá el día 1 de septiembre de dos mil cuatro, salvo algunas normas procesales que afectan a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECiv) que son efectivas desde el siguiente día a su publicación. Además la Disposición Derogatoria Única 1.1ª de la LECiv dispone que las normas que regulan la quiebra en la LECiv/1881 serán aplicables «hasta la vigencia de la Ley Concursal», lo que determina que una vez entra en vigor, quedan derogadas las normas decimonónicas. Por otro lado, la propia Disposición Derogatoria Única de la LC establece en el apartado 4 que quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en tal norma.

Quiere esto decir que las situaciones concursales solicitadas voluntariamente o reclamadas por los legitimados para plantearlas, como es el caso, se someten a las disposiciones de la citada LC, y que por lo tanto, las previsiones de la LECiv sobre quiebra sólo puede operar para aquellas que hayan sido declaradas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley especial, sin perjuicio de los procesos concursales en tramitación antes del primero de septiembre de este

año, que han de someterse a las especialidades transitorias que se disponen en la Disposición Transitoria Primera de la propia LC.

Los demandantes pretenden la declaración de quiebra, no el concurso de la sociedad demandada. Citan entre sus fundamentos jurídicos la vigente Ley Concursal, pero al tiempo pretenden la aplicación de la regulación de la LECiv/1881 en materia de quiebra, cuando lo que instan es una situación identificable como concurso necesario en el art. 22 de la LC, ya que pretenden la liquidación ordenada del patrimonio de aquella para hacer pago a los acreedores y de esa manera no responder personalmente, como ha ordenado una sentencia, de las deudas sociales.

Este planteamiento impide admitir siquiera la pretensión. Si lo que reclama es que la sociedad Akidne Construcciones, SL sea declarada en situación de concurso, habrán de aplicarse las exigencias y previsiones de la Ley vigente en el momento de su solicitud, que son las contenidas en la citada Ley 22/2003, Concursal. Como del conjunto de su escrito inicial y el de subsanación lo que se constata es tal intención, hay que considerar que está incorrectamente planteada, pues pretende fundamentarse en unas normas que ya no son aplicables.

En definitiva, lo que procede es la inadmisión de una solicitud de quiebra presentada después del primero de septiembre de 2004, en cuanto que no se acomoda a las exigencias de la vigente Ley Concursal, sin perjuicio de que pueda reiterarse tal solicitud aplicando la normativa procedente en este caso, que no es la citada por los interesados, ya derogada, sino la contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.”: Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 11.11.2004 (AC 2004/1917)

3. Acción de nulidad ex 878.2 CC:

3.1 Competencia: corresponde al juez de la quiebra

“PRIMERO: El presente procedimiento versa sobre la ineficacia de actos realizados por la quebrada NOVOEMBAL, S.A., durante el periodo de retroacción, en aplicación de las previsiones legales contenidas en los arts. 878.2 Ccom1885 y1366 LEC1881. El conflicto de competencia se plantea entre el Juzgado de primera instancia nº 1 de Rubí, ante el que se presentó la demanda porque las fincas afectadas por las acciones de retroacción se encuentran dentro de su partido judicial, y el Juzgado Mercantil nº 3, ante el que se inhibió el Juzgado de Rubí.

El Juzgado de primera instancia de Rubí entiende que carece de competencia objetiva para conocer de este litigio, pues se encuentra dentro de los previstos en el art. 86.ter. 1 LOPJ, que se atribuyen a la competencia exclusiva y excluyente del Juez Mercantil.

SEGUNDO: Como muy bien argumenta el Juzgado mercantil, esta previsión legal opera únicamente respecto de los concurso abiertos por el Juez Mercantil conforme a la nueva ley concursal, pues el referido precepto -art. 86.ter.1 LOPJ- al atribuir la competencia a los juzgados mercantiles de las cuestiones en materia concursal, apostilla “en los términos previstos en su Ley reguladora”, siendo esta la Ley 22/2003, concursal. La disposición transitoria primera de esta Ley, expresamente prescribe que las quiebras que se encuentren en tramitación, al tiempo de su entrada en vigor, continuarán regulándose hasta su conclusión por el derecho anterior, fundamentalmente el Código de comercio y el título XIII de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, con la remisión genérica prevista en el art. 1319 LEC1881 al título XII, y las puntuales al Código de comercio de 1829.

De conformidad con esta normativa, el tribunal competente para conocer de las acciones de retroacción del art. 878.II Ccom sería el Juez que tramita la quiebra, y dentro de la pieza tercera, por virtud de la vis atractiva y de acuerdo con el art. 1322 LEC1881, que expresamente menciona dentro de la pieza tercera “las acciones a que dé lugar la retroacción de la quiebra sobre los contratos y actos de administración del quebrado precedente a su declaración”. Así lo declaró la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de fecha de 5 de junio de 1999, en un supuesto en que por no haberse ejercitado la acción de nulidad por retroacción ante el propio Juez que conocía de la quiebra y en el procedimiento concursal pendiente, casó y revocó las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, estimando la excepción de falta de competencia funcional alegada por la recurrente, lo que en ese caso dio lugar a la “desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto y dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda -en el caso de autos ante el Juez de la quiebra-”.

TERCERO: Por lo que la competencia para conocer de esta acción de retroacción ni corresponde al Juez mercantil de Barcelona, ni al Juzgado de primera instancia de Rubí, sino al Juzgado que tramita la quiebra, que es el Juzgado de primera instancia nº 5 de Barcelona, que fue quien declaró la quiebra necesaria por auto de 16 de julio de 2003, según se desprende del testimonio aportado a los autos (folios 173 y ss). En puridad, el Juzgado de primera instancia de Barcelona nº 5 debe conocer de este incidente de retroacción, por razón de una regla de competencia funcional, criterio que sirve para determinar a qué órgano corresponde conocer de cada acto del proceso en cada momento, y que sólo puede configurarse cuando ya han sido determinadas las competencias objetiva y territorial. En el presente caso, una vez determinada la competencia objetiva y territorial del Juzgado nº 5 de Barcelona para conocer de la quiebra de

NOVOEMBAL, S.A., goza de competencia funcional para conocer de las acciones de reintegración por retroacción, que deberá tramitar dentro de la sección 3ª. Lo que excluye la competencia objetiva tanto del Juzgado mercantil de Barcelona como del Juzgado de primera instancia de Rubí. “:Auto AP Barcelona (Sección 15ª) 23.01.2006 (JUR 2006/142217)

“PRIMERO.- El conflicto de competencias que ha de resolver este tribunal lo genera, por un lado, la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid de rechazar por falta de competencia funcional, a favor del que tramita el proceso de quiebra, el conocimiento de la demanda presentada por la Sindicatura de la quiebra de Driver Pack SLU. contra MP SEIS SLU y la propia quebrada; y, por otro, la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Coslada que, disconforme con la remisión que se le efectúa, no acepta que le incumba la competencia y reclama que la Audiencia Provincial dirima la contienda competencial, enviándole a ésta las actuaciones.

Lo primero que debe sentar este tribunal, tras la lectura de la demanda, es que ésta se funda de modo inequívoco en la solicitud de nulidad radical de un negocio jurídico realizado el 18 de febrero de 2003, en el que fue parte la quebrada, por ser posterior a la fecha de retroacción de la quiebra (fijada al 28 de febrero de 2002), exigiendo de modo expreso y explícito la Sindicatura que se aplique la consecuencia prevista en el segundo párrafo del artículo 878 del C de Comercio. Es más, los síndicos afirman en su demanda que por ese motivo están exentos de tener que acreditar la comisión de algún tipo de fraude en la operación. Por lo que no se comparte el argumento del juzgador remitente de las actuaciones que entrevé el ejercicio de una acción distinta de la enunciada. El error se lo produce entresacar una mención al fraude en el antecedente de hecho cuarto de la demanda que no es suficiente, si se tiene en cuenta lo expuesto en el encabezamiento de la demanda, los hechos relatados en la misma y el tenor de sus fundamentos jurídicos y de su suplico final, para concluir que la acción no sea otra que la derivada del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio.

SEGUNDO.- Esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid ya ha decidido en precedentes ocasiones (autos de fechas 6 de abril de 2006, nº de rollo 114/2006, y 7 de abril de 2006, nº de rollo 113/006 y sentencia de 4 de mayo de 2006, nº de rollo 138/2006) que incumbe el conocimiento de las demandas en materia de los actos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio (en su redacción anterior a la vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) al juzgado que estaba conociendo del proceso de quiebra, por razón de la “vis atractiva” de este último (artículos 161 y 1.322 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

TERCERO.- Sigue con ello este tribunal el criterio marcado por la última de las resoluciones dictadas al respecto por el Tribunal Supremo (sentencia de 5 de junio de 1999), que matiza y en cierto modo corrige las consecuencias que se derivaban de la de 23 de enero de 1997, que se cita en las actuaciones, la cual se dictó con la vocación de resolver un supuesto muy singular. Pues bien, en la postrera de las citadas resoluciones el TS distingue, de las demás acciones relacionadas con la retroacción, la categoría procesal de aquellas derivadas de los actos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, esto es, «actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra», reconociendo que aunque la Ley Procesal Civil no establecía ningún procedimiento para declarar judicialmente la nulidad de los mismos no cabía duda que cuantas cuestiones litigiosas afectasen a ellos deberían ser resueltas, en aras a su “vis atractiva”, dentro del propio marco de la quiebra y por el juez que conociese de ella.

CUARTO.- Además, también advirtió esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en las resoluciones citadas, de la necesidad de aplicar la regla contenida en la disposición adicional primera de la Ley Concursal, que exige a los jueces y tribunales interpretar y aplicar las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados poniéndolas en relación con las del concurso de la nueva Ley. Y conforme a éstas las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación de actos perjudiciales para la masa activa se deben ejercitar ante el juez del concurso por el cauce del incidente concursal (artículos 71 a 73 de la LC 22/2003). Lo que refuerza la interpretación sostenida en los razonamientos precedentes a favor de atribuir la competencia al juez que estaba conociendo del proceso concursal (en este caso una quiebra).

QUINTO.- Por último, debe señalarse que no constituiría motivo para atribuir la competencia ni para rechazar el conocimiento del litigio el tipo de proceso elegido por la Sindicatura, pues el órgano judicial puede reconducirlo de oficio por el cauce procesal que estime procedente (artículo 254 de la LEC).”: Auto AP Madrid 11.05.2006 (JUR 2006/260548)

3.2. Procedimiento: juicio declarativo ordinario

“**TERCERO** El régimen transitorio aplicable.- Entrando entonces en los demás argumentos que llevan a la demandada a oponer la inadecuación de procedimiento, se mantiene que la vigente LECiv derogó la anterior salvo lo relativo a la regulación de las quiebras y concurso de acreedores (DDU 1.1º) hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal, que acontece el primero de septiembre de 2004 (DF 35 LC), y que a su vez deroga definitivamente tanto las normas del

Código de Comercio de 1885 que cita el actor para sostener su pretensión (DDU 3.3º) como por la remisión de la DDU de la LECiv las disposiciones que aún permanecían vigentes, en materia concursal, de la vieja LECiv/1881.

De todo ello extrae el demandado que hay inadecuación de procedimiento porque ese conjunto de derogaciones impiden el ejercicio de la acción, al no haber normativa que ampare la pretensión de la sindicatura de la quiebra. En definitiva, y como consta en la conclusión del demandado en el fundamento jurídico de su contestación, «no existe por ello norma jurídica alguna que ampare la posibilidad de iniciar, fuera de los procedimientos de quiebra ya en tramitación, otros nuevos juicios declarativos en los que se inste la solicitud de declaración de nulidad de actos y contratos basados en el sistema de retroacción ya derogado».

Tal tesis impediría a los representantes de los acreedores de los diversos procedimientos concursales que se encuentren en trámite al entrar en vigor la Ley Concursal utilizar las acciones que permitirían el reintegro a la masa de elementos patrimoniales que abandonaron el patrimonio de la quebrada dentro del período de retroacción de la quiebra. Si se admitiera lo argumentado, el cambio legislativo habría expropiado de sus derechos a los acreedores que pretendieran el cobro de sus créditos en los procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la LC, vulnerándose el art. 24 de la Constitución.

Por otro lado la Disposición Transitoria 1ª de la LC impide que tal circunstancia se produzca. En tal norma se dispone que los procedimientos de quiebra que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la Ley Concursal continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin otras excepciones que las que numera a continuación, entre las cuales no está la pretensión de nulidad por haberse realizado un acto dentro del período de retroacción de los efectos de la quiebra.

A pesar de lo que sostiene el demandado, la DT 1ª de la LC permite continuar aplicando «el derecho anterior», aunque esté derogado. Siguiendo el principio «tempus regit factum» (STS 7 mayo 1968 [RJ 1968, 2430], 22 febrero 1980 [RJ 1980, 523]), aún persistirán los efectos de las previsiones legales derogadas mientras no vayan finalizando los distintos procedimientos de suspensión de pago, concurso de acreedores y quiebras que se sustanciaban al entrar en vigor la Ley Concursal.

Esto supone que la Sindicatura de la Quiebra que plantea esta demanda puede reclamar lo pretendido a través del procedimiento declarativo que corresponda por la cuantía, con arreglo al derogado art. 1.377 de la LECiv/1881, procedimiento que dada la cuantía reclamada en la actualidad es el ordinario (art. 249.2 LECiv), precisamente el escogido por el demandante, razones todas que justifican la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento por razón de la materia que se había invocado en la contestación. ": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 20.10.2005 (JUR 2005/239693)

3.3 Diligencias preliminares previas a acción ex art. 878 CCOM: no corresponden al Juzgado de lo Mercantil

“**PRIMERO** Por la Sindicatura de la Quiebra de la entidad Comercializadora Peninsular de Viviendas, SL se presentó en el Decanato de los Juzgados de 1ª Instancia de Madrid escrito interesando la práctica de determinadas Diligencias Preliminares, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 256 de la LECiv, a fin de presentar en su día demanda de nulidad contra Caja de Castilla La Mancha por disposición en cuenta, amortizaciones u otras actuaciones de disposición o administración efectuadas por la entidad quebrada dentro del período de retroacción de la quiebra, para determinar las cantidades cuya devolución y reintegro habrían de solicitar.

Turnada tal petición al Juzgado de 1ª Instancia número 53 de los de Madrid, la Magistrado Juez de dicho Juzgado dictó Auto acordando no haber lugar a admitir tales Diligencias Preliminares, por entender que el conocimiento de las mismas correspondía a los Juzgados de lo mercantil, siendo contra esta resolución frente a la que ha mostrado su disconformidad la Sindicatura de la Quiebra Comercializadora Peninsular de Viviendas, SL

SEGUNDO Para dar respuesta a las pretensiones en la presente alzada deducidas es preciso recordar que Comercializadora Peninsular de Viviendas, SL fue declarada en estado de quiebra necesaria en virtud de auto de 5 de diciembre de 2002 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia número 9 de los de Madrid, esto es en fecha anterior a la vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003, y sin que lógicamente en ese momento hubieran entrado en funcionamiento los Juzgados de lo Mercantil, resultando que tras la entrada en vigor de la mencionada Ley, y conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la misma, los procedimientos de quiebra que se encontraran en tramitación a su entrada en vigor continuarían rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, con algunas excepciones recogidas en la misma Disposición, entre las que no se encuentra el ejercicio de acciones de nulidad de los actos realizados por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra, (ni lógicamente las diligencias previas al ejercicio de estas acciones), cuyo ejercicio, conforme a las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la doctrina y jurisprudencia interpretativa de la misma, se entendía competía al Juzgado al que correspondiera conforme a las reglas generales de competencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, sería competente para el conocimiento de las Diligencias Preliminares solicitadas por la Sindicatura de la Quiebra Comercializadora Peninsular de Viviendas, SL, el Juzgado de 1ª Instancia al que por turno se remitieron las mismas.

Por otra parte, examinadas las previsiones de los arts 8 y 9 de la Ley Concursal reseñada, y el art. 83 TER de la Ley Orgánica del Poder Judicial, citado por la Juzgadora de instancia en la resolución recurrida, si bien es cierto que los jueces de lo mercantil son competentes para conocer de cuantas gestiones se susciten en materia concursal, siendo el Juez del concurso quien, conforme a lo dispuesto en los arts 71 y siguientes de la vigente Ley Concursal, debe conocer de las acciones rescisorias y de impugnación que se formulen en el concurso, pudiendo interpretarse que son competentes para el conocimiento de las diligencias previas a las mismas, no obstante, no existiendo Juez Mercantil que conozca de un concreto procedimiento de concurso, como acaece en el supuesto que nos ocupa, carecería de competencia para la práctica de las concretas diligencias interesadas por la Sindicatura de la Quiebra Comercializadora Peninsular de Viviendas, SL, ello sin olvidar que sin perjuicio de las competencias exclusivas y excluyentes de los Juzgados de lo mercantil, el art. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que los jueces de Primera Instancia deben conocer de los juicios que no vengan atribuidos por Ley a otros Juzgados o Tribunales.

En base a las consideraciones realizadas procede que estimemos el recurso de apelación que nos ocupa, declarando la competencia del Juzgado de 1ª Instancia número 53 de los de Madrid para conocer de las Diligencias Preliminares ante él mismo instadas por la representación de la Sindicatura de la Quiebra “: Auto AP Madrid 24.02.2006 (JUR 2006/149787)

4. Vigente convenio de suspensión de pagos no cabe instar concurso voluntario

“PRIMERO.- Solicitud de concurso tras aprobarse convenio en procedimiento previo de Suspensión de Pagos.- El solicitante está incurrido en un procedimiento de Suspensión de Pagos en el que se alcanzó convenio. El convenio se aprueba, según sus propias manifestaciones, el catorce de diciembre de dos mil cuatro. La providencia aportada evidencia, además, que el convenio está en trámite de cumplimiento, puesto que se archiva provisionalmente el procedimiento hasta que la propia suspensa, hoy solicitante, manifieste que ha cumplido los términos convenidos.

Pese a ello STEMPEL S.L. sostiene que sus deudas le abocan a situación de concurso, acudiendo a este juzgado de manera voluntaria para que se declare tal situación. Es preciso tener en cuenta, en consecuencia, las disposiciones contenidas en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

El principio general de no retroactividad de las normas está proclamado en el art. 2.3 del Código Civil (CCv), que dispone que las leyes carecerán de efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. La Constitución (CE) garantiza ese principio en el art. 9.3 y sólo establece como excepción la retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

Desde tales principios, que han trasladado al derecho positivo la expresión *tempus regit actum*, lo habitual es que las normas procesales tampoco tengan carácter retroactivo, como con carácter general establece el art. 2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que previene no obstante que pueda establecerse otra cosa en las disposiciones de derecho transitorio.

Precisamente utilizando tal habilitación, la Ley Concursal establece una Disposición Transitoria 1ª (DT 1ª) que dispone como regla general la continuación de los procedimientos seguidos antes de la entrada en vigor de tal norma el primero de septiembre de dos mil cuatro, aunque admite ciertas excepciones.

Esto es precisamente lo sucedido en este caso. Una entidad, la deudora, solicita declaración de concurso pese a estar sometida a un convenio que alcanzó con sus acreedores en el procedimiento de Suspensión de Pagos nº 912/2003, tramitado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao. El convenio aprobado al parecer el catorce de diciembre de dos mil cuatro, aunque al efecto es irrelevante la fecha puesto que en todo caso el asunto se tramitaba antes de la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, no ha podido ser cumplido, porque el solicitante alega que sus obligaciones fiscales y frente a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) le han conducido a situación de insolvencia.

La tesis del solicitante es que Hacienda Foral y TGSS no participaron en tal convenio y decidieron ejecutar la deuda por separado, lo que ha provocado la insolvencia inminente del solicitante del concurso.

SEGUNDO.- La regulación transitoria de la Ley Concursal

La DT 1ª de la LC establece en su párrafo inicial la regla fundamental de esta regulación, esto es, que los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos, entre los que se sitúa el que se tramitó en el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao a instancia del hoy solicitante, "continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes....", excepciones que enumera en cinco apartados.

La propia exposición de motivos de la LC dispone en su apartado XII, párrafo cuarto, que "... la ley ha optado por respetar el principio de irretroactividad con algunas excepciones, dos de ellas muy señaladas: la primera, para hacer posible la aplicación a los procedimientos que se

encuentren en trámite las normas sobre conclusión del concurso...". La regla, en consecuencia, es la tramitación conforme a la legislación derogada, que no obstante sigue siendo de aplicación a los procedimientos que se comenzaron antes de la entrada en vigor, el primero de septiembre de dos mil cuatro, de la Ley Concursal.

La excepción, por el contrario, son los supuestos desgranados en los números 1 a 5 de la DT 1ª LC. Entre ellos el apartado primero sitúa las causas de conclusión del concurso que regulan los arts. 176 a 180, a su vez con algunas excepciones, y teniendo en cuenta que se ha producido una "interpretación auténtica contextual", en palabras de TORIBIOS FUENTES, para acomodar a la regulación anterior previsiones de la nueva ley desconocidas hasta entonces.

En este apartado primero, que interesa analizar por ser de aplicación al supuesto de autos, se dispone que es de aplicación inmediata la previsión de los arts. 176 a 180 respecto a la conclusión del concurso, lo que es fundamental a la vista que el párrafo iniciador de la transitoria dice que las normas de la anterior regulación son de aplicación "hasta su conclusión por el derecho anterior".

Como la propia DT 1ª.1 ordena no tener en cuenta las previsiones de los apartados 1 y 2 del art. 176.1, puede afirmarse que la conclusión de un procedimiento de Suspensión de Pagos o Quiebra seguido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, y que continúe tramitándose después, se produce además de por las previsiones propias de la regulación derogada, por el pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º LC), por la inexistencia de bienes o derechos del concursado o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4º) o por alcanzar firmeza la resolución que acepte el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores (art. 176.5º).

En consecuencia, las causas de terminación de un procedimiento concursal incoado antes de la entrada en vigor de la nueva regulación son las previstas en su propia regulación anterior y las tasadas en los apartados 3, 4 y 5 del art. 176.1 LC. No hay otras.

Puede suceder también que en caso de Suspensión de Pagos se denuncie por los acreedores el incumplimiento del convenio. Así lo dispone el cuarto y último párrafo del art. 17 de la Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos (LSP) al declarar que el acreedor que considere se ha incumplido el convenio puede instar la rescisión del convenio y la declaración de quiebra ante el juez que hubiere conocido de la suspensión y el derogado art. 906 del Código de Comercio (Ccom), que decía, de forma semejante, "si el deudor convenido faltare al cumplimiento de lo estipulado, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra ante el juez o tribunal que hubiere conocido de la misma". La propia DT 1ª.2 de la LC establece que en tal caso, si hay resolución judicial que declara el incumplimiento del convenio aprobado, se producirá la "apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella", a cuyo fin "conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal".

Si concurren tales causas, el art. 176.2 LC, aplicable a los procedimientos anteriores por la previsión de la DT 1ª.1 LC, exige que se solicite informe previo a la administración concursal respectiva, que debe entenderse Intervención en la Suspensión de Pagos y Sindicatura en la Quiebra. Luego se concede posterior audiencia para alegaciones, con vista en tal informe, a "todas las partes personadas" en el procedimiento de suspensión de pagos o quiebra. Será posible además la oposición a tal pretensión por los trámites del incidente concursal, que finalizará en sentencia. Si ésta considera incumplido el convenio, el juzgado ordenará que de oficio continúe el procedimiento, en el mismo órgano jurisdiccional, al único efecto de tramitar la fase de liquidación.

En otro caso no se cumplirá el requisito legal y no podrá acordarse por el juzgado que conoce del procedimiento concursal anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, la conclusión del procedimiento.

Esa es la regulación aplicable a este caso, en el que encontramos un convenio vigente, aprobado por auto de diciembre de dos mil cuatro, y una posterior providencia de marzo de dos mil cinco del mismo Juzgado de 1ª Instancia que tramita la suspensión, en la que se acuerda el archivo provisional y el cese de los interventores de la Suspensión de Pagos. Esa providencia ordena al suspenso informar sobre el cumplimiento del convenio, sin que conste que se haya informado al Juzgado de 1ª Instancia de que no se ha podido cumplir, pues nada aporta el solicitante ni en su escrito ni al solicitársele información sobre la situación en la que se encuentra el procedimiento de suspensión de pagos. STEMPEL S.L. acude sin embargo a este Juzgado de lo Mercantil para que se declare situación de concurso en el mes de octubre de este año dos mil cinco.

TERCERO.- Aplicación de tal regulación a una solicitud de declaración de concurso por parte del deudor

El deudor hoy solicitante del concurso se ha comprometido con sus acreedores a través del convenio acordado en el procedimiento de suspensión de pagos, aprobado por auto de catorce de diciembre de dos mil cuatro. Se desconocen los términos del acuerdo, puesto que no se ha aportado ni con su solicitud ni tras concederse, en providencia de once de octubre, un término para aclarar su situación.

Aún así, lo cierto es que existe un convenio vigente y que le obliga. Tal convenio no consta, tampoco, que haya sido denunciado como incumplido por alguno de los acreedores en la forma que previenen los derogados (DDU 1 y 3.3º LC) párrafo cuarto del art. 17.4 de la LSP y el art. 906 del Ccom.

Ni la LSP ni el Ccom autorizan al deudor a apartarse del convenio e instar la quiebra, salvo que haya resolución judicial expresa que así lo determine. Conviene aclarar desde ahora, por si se pretendiere justificar en dicha causa, que el suspenso no puede desistir del procedimiento una vez alcanzado convenio con sus acreedores. Así lo dispone nuestra Audiencia Provincial en su Auto AP Bizkaia (Secc. 4ª, hoy especializada en asuntos mercantiles), de 12 de marzo de 2003, que señala que "una vez iniciado el procedimiento de suspensión de pagos (privilegio concedido al deudor frente a sus acreedores y que en el presente caso, como es visto, encubría una situación de auténtica quiebra sin responder a una coyuntura de iliquidez transitoria) el suspenso no es el titular del procedimiento; todos los procedimientos tienen un contenido de orden público merced al cual iniciado el mismo debe concluirse por los cauces que el mismo procedimiento señala".

Es más, nuestra audiencia comparte en esa resolución que el suspenso puede abandonar el procedimiento, a través del desistimiento, pero debe hacerlo en los momentos procesales que la ley permite, por lo que indica: "Normas procedimentales que vienen establecidas por el art. 13 de la propia Ley y que en el caso de autos, al tratarse de una insolvencia calificada como definitiva, acarrea las consecuencias previstas por el art. 21; pero que en absoluto permiten al suspenso presentar un escrito de desistimiento del procedimiento privilegiado al que inicialmente se acogió para, a su libre albedrío o particular conveniencia, desligarse del mismo".

En el mismo sentido la SAP Córdoba 21 de junio de 1993, AC 1993/1285, indicó que "la jurisprudencia tiene declarado que con la suspensión de pagos se crea un nuevo estado de derecho en las relaciones jurídicas del deudor con sus acreedores y que los convenios judicialmente deben estimarse como verdaderas transacciones que deben cumplirse como los demás contratos mercantiles".

El deudor no puede, en consecuencia, abandonar unilateralmente el procedimiento de suspensión de pagos cuando se ha beneficiado de los privilegios que concede, y se ha obligado a atender sus deudas en la forma que estipuló con los acreedores en el convenio. Estos están directamente interesados en su cumplimiento, han hecho renunciaciones considerables y no pueden quedar al margen de lo convenido por decisión del deudor. Además el juzgado de instancia expresamente le advirtió en providencia de veinticinco de marzo de dos mil cinco que debía informar sobre el cumplimiento del convenio, lo que obviamente también supone hacerlo del incumplimiento.

Sin embargo en su argumentación la sociedad solicitante mantiene que han surgido deudas posteriores que justifican hallarse incurso en el deber que establece el art. 5.1 de la LC, ya que de nuevo se ha colocado en situación de insolvencia. Esta posibilidad de procedimientos concursales sucesivos fue objeto de crítica ya desde la STS 4 de julio 1968, RJ 1968/3614, que observó la posibilidad de fraude de ley. Pero además en este caso las deudas por las que dice encontrarse en situación de insolvencia ya existían al alcanzarse el convenio, dado que se centran en sus obligaciones fiscales con la Hacienda Foral, incumplidas incluso durante la tramitación del procedimiento de suspensión de pagos, y con la TGSS, que tampoco fueron atendidas.

Así se desprende de que STEMPEL S.L. relata en el hecho primero de su solicitud que "si bien los acreedores dieron su aprobación al convenio propuesto por el suspenso, no así lo hicieron los privilegiados, como la Hacienda Pública y la Tesorería General de la Seguridad Social, quienes han ejecutado independientemente sus créditos, provocando la insolvencia inminente de mi representada y la imposibilidad de hacer frente, no ya al cumplimiento del convenio, sino a los pagos ordinarios a los proveedores".

Tal justificación no es admisible. Al contrario, la necesidad de atender las deudas de los acreedores privilegiados, que no tenían que someterse al procedimiento de suspensión de pagos, debió ser prevista cuando se propuso el convenio. La insolvencia inminente que hoy se anuncia a un este juzgado, es producto de deudas ya existentes al proponerse y convenirse con los demás acreedores, y que continuaron devengándose durante la tramitación de la suspensión de pagos. En los planes del deudor, que se acogía a un expediente más beneficioso que el de quiebra, debía haber estado la previsión de reclamación de acreedores con derecho a ejecución separada, que sabía perfectamente existían y eran titulares de créditos de alguna importancia.

Esta misma situación ha sido abordada por el Auto AP Cádiz de 21 de julio 1999, AC 1999/8260, en el que se dice: "Gran parte de las deudas que dan origen a la situación de insolvencia denunciada, no se demuestra tengan su origen con posterioridad al Convenio, existiendo base para creer que son anteriores, unas vinculadas por el Convenio y otras al margen, resultando que las primeras no pueden ser objeto de nueva valoración, unilateral, al haber acuerdo. En segundo lugar, porque a pesar del Convenio suscrito, tan a largo plazo y con las ventajosas condiciones para la solicitante, la situación, en tan corto período de tiempo (antes del vencimiento del primer plazo de pago) la empresa debía conocerla cuando asumió continuar en el ejercicio de la actividad, por lo que alegar las circunstancias desfavorables del mercado y

las suyas internas, que ya se debieron apreciar previamente sólo testimonia una incapacidad para hacer frente a lo que se alegó. La sospechosa relación de deudas nuevas nacidas en la misma fecha, 1 de enero de 1999 y sus vencimientos, todos menos dos, de fecha posterior a la solicitud, confirman lo dicho. Admitir lo pretendido supondría un fraude de ley ya que transgrediría los legítimos derechos de los acreedores que verían con su admisión, como bien dice la resolución recurrida, cómo por una vía indirecta se deja sin efecto, unilateralmente, un Convenio en vigor, alterando lo acordado y vulnerando lo establecido en el último párrafo del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos".

Como en el caso que analiza la Audiencia de Cádiz, en éste es inaudito que sin haber pasado siquiera un año desde la aprobación del convenio se pretenda ahora un nuevo procedimiento concursal, sin advertir a los acreedores del procedimiento previo, sin informar al Juzgado de 1ª Instancia nº 3, y sin finalizar en la forma prevista por las normas transitorias de la LC el procedimiento de suspensión de pagos, pues no consta otra cosa que un archivo provisional a la espera de que se cumpla el convenio.

También el Auto AP Álava 13 de Septiembre 2000, AC 2000/2213, ha dicho sobre este particular que "el art. 9 LSP párrafo tercero impide que los acreedores, y debe entenderse también el deudor, pese al silencio legal, puedan solicitar la declaración de quiebra mientras el expediente de suspensión de pagos está en tramitación. Con lo que en el caso de que la solicitud de quiebra haya precedido un procedimiento de suspensión de Pagos deberá acreditarse que el comerciante deudor no presentó proposición de convenio o que, aprobado éste luego fue incumplido por aquél, «ex» art. 17 LSP, párrafo cuarto. Este precepto viene a señalar que si el deudor faltare al cumplimiento, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de la quiebra ante el Juez que hubiere conocido de la suspensión". El deudor no está facultado, según esta doctrina, a apartarse unilateralmente del convenio, propiciando un nuevo procedimiento concursal, y menos aún si tenemos en cuenta que de la DT 1ª.2 LC se deduce que el competente es el mismo juzgado que tramitó el procedimiento de suspensión de pagos. Deberá ser el juez de la suspensión de pagos el que declare concluso dicho expediente, pudiendo hacerlo por el incumplimiento del deudor de las obligaciones que aquel contemplaba.

El interés público, por la organización ordenada de un procedimiento concursal, y el privado de los acreedores que signaron el convenio y confían que se cumplirá, deben ser amparados. Porque los acreedores, de existir conclusión del procedimiento previo, pueden instar a la administración concursal, sea intervención o sindicatura, a exigir en el trámite de conclusión la responsabilidad que proceda.

Todo lo anterior conduce a la conclusión de que el conjunto normativo, ciertamente enrevesado, que establece la DT 1ª de la LC, obliga al deudor a solicitar la conclusión por imposibilidad de cumplir el convenio ante el Juzgado que conoció de la suspensión de pagos, en la forma que dispone el art. 176.2 LC, de manera que se solicitará informe, aunque ello suponga la "rehabilitación" de la intervención de la suspensión de pagos cesada, se pondrá de manifiesto a las partes personadas en quince días y podrá formularse oposición a la conclusión del procedimiento a través del trámite del incidente concursal del art. 176.5 LC, que terminará por sentencia. Y si lo procedente en aquella es declarar incumplido el convenio y la consiguiente conclusión de la suspensión de pagos, habrá que estar a lo dispuesto en la DT 1ª.2 LC y por lo tanto, el propio Juzgado de 1ª Instancia que conoce de la Suspensión de Pagos, si declara el incumplimiento del convenio, habrá de proceder a la "apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación", publicándose los correspondientes edictos y procediéndose a las inscripciones en los registros, garantizando así la preceptiva publicidad.

No puede obviarse tal tramitación ni pretenderse, tampoco, acudir a un órgano jurisdiccional diferente del previsto en la DT 1.2º LC, pues éste carecería de los antecedentes precisos para conocer de la pretensión. Con la regulación anterior dijo el Auto de la AP de Valencia de 11 de junio de 2003, JUR 2004/34978, que el procedimiento de quiebra sucesivo a la suspensión de pagos no conlleva el archivo de este último, pues todo lo actuado en el expediente anterior, ha de servir como antecedente necesario para la admisión. Otro tanto sucede hoy, pues la DT 1.2º obliga a quien conoce de un procedimiento de suspensión de pagos en el que no se puede cumplir el convenio, a proceder de oficio a la liquidación.

En definitiva, si la entidad que solicita la declaración de concurso, STEMPEL S.L., considera que no puede cumplir el convenio, como afirma en su solicitud, habrá de comunicarlo al Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao para que reabra el procedimiento de suspensión de pagos, lo ponga en conocimiento de las partes personadas, y en su caso pueda declararse la conclusión de la suspensión de pagos por incumplimiento del convenio, de manera que una vez firme tal resolución se proceda de oficio por ese mismo juzgado, en la forma dispuesta en la DT 1ª.2 LC a la liquidación de su patrimonio, analizando la eventual responsabilidad en la que se pueda haber incumplido mediante la pieza de calificación.

Para concluir, y con el fin de evitar el desconocimiento de todas estas circunstancias por los acreedores personados en la Suspensión de Pagos y por el propio juzgado, se considera conveniente que, una vez sea firme esta resolución, se remita testimonio de ella al Juzgado que aún tramita el mencionado expediente.": Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) 28.10.2005 (Concurso voluntario 612/2005)

5. Crédito incluido en convenio de previa suspensión de pagos: vigencia de la quita mientras no se declare rescindido éste

“PRIMERO.- Se ejercita por la actora en estos autos de incidente concursal, que dimanar de los autos de concurso voluntario de acreedores num. 141/2005 que se sustancian en este Juzgado y en cuyo seno ha venido declarada en concurso la entidad mercantil Generos de Punto Ferrys S.A., pretensión tendente al reconocimiento de la integridad del crédito que en su día insinuó en el marco de la suspensión de pagos sustanciada ante el Juzgado de Primera Instancia num. 3 de Xàtiva (Valencia) en la consideración de que habiéndose incumplido por la suspensa -ahora concursada- los términos del convenio alcanzado con los acreedores, no ha de verse afectado por la quita del 50% de su monto que había venido pactada.

No cabe en modo alguno negar la legitimación activa de la aquí demandante, que como tal precisamente ha venido a insinuar su crédito en el marco del concurso de acreedores 141/05. En éstos tanto la aquí actora como la entidad cabecera del grupo Iberdrola S.A. han venido a personarse, insinuando créditos diversos, y la distinta personalidad jurídica no puede venir a suponer óbice alguno para la válida comunicación de créditos concursales que se dicen vivos.

SEGUNDO.- El convenio es un acuerdo celebrado entre el deudor insolvente y la colectividad de sus acreedores, aprobado por el Juez y por el que se pretende remediar la situación de insolvencia de aquel deudor. En esencia, el convenio es una fórmula de pago de los créditos. Los efectos del convenio se producirán si el mismo prospera siguiendo los cauces legales, el juez lo aprueba, y el deudor concursado lo cumple. Así pues, el convenio es una solución del concurso; pero no es la única: la otra solución es la liquidación. En la Ley Concursal el convenio constituye un negocio jurídico bilateral que se integra por la propuesta del concursado o de sus acreedores, por la aceptación de los destinatarios de la misma, según la ley de las mayorías, y por la aprobación del Juez, en ejercicio de un control de legalidad, y que regula, con quitas, con esperas, con ambas a la vez o, en su caso, con medidas alternativas, las relaciones de obligación que unen a las partes, con una eficacia novatoria.

La naturaleza jurídica del convenio ha suscitado tradicionalmente vivas discusiones doctrinales. La justificación del debate resulta evidente, ya que nos encontramos ante un acuerdo de voluntades entre deudor y acreedores, que disciplina, en un segundo grado y con efectos novatorios, las relaciones de crédito que les vinculan. Se trata de un acuerdo que se logra aunque no estén conformes todos los interesados y que, pese a ello, vincula a la totalidad de los mismos, excepto a los acreedores con derecho de abstención, a menos que también hubieran intervenido en la formación de la voluntad mayoritaria. Que se alcanza en el seno de un procedimiento judicial y no se perfecciona si el Juez no lo aprueba. Esa compleja realidad ha deslumbrado a la doctrina, poco uniforme en la calificación de la misma. Se suelen adoptar, al respecto, dos puntos de vista distintos, en función del significado que se atribuya a la voluntad de los celebrantes o a la decisión aprobatoria del Estado. Para unos son prevalentes los aspectos sustantivos del convenio, a partir del consentimiento de los interesados -tesis contractualistas-. Para otros lo esencial son los aspectos procesales, culminados con la necesaria intervención judicial -tesis procesalistas.

La tensión entre esas dos posiciones llevaron a otro sector de la doctrina a considerar al convenio como un negocio jurídico sui generis, de estructura plurilateral, de efectos normalmente obligatorios, que en su proyección sustantiva es similar a los acuerdos por los que se rige la actividad asociativa, pero con una naturaleza mixta, como consecuencia de su componente procesal indudable. Esa es la posición que ha seguido nuestra jurisprudencia, tradicionalmente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1966, con cita de la de 30 de mayo de 1959, y en relación con la suspensión de pagos, declaró que el convenio es un negocio jurídico sui generis, ya que se asemeja a los de naturaleza contractual, porque nace de un concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta y puede implicar una transacción, pero que no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, pues si, en su génesis, concurren factores de esa índole, la institución acusa un matiz de marcado carácter público, revelado ante todo por la intervención judicial, que pese a lo limitado de sus facultades, reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante y aparte de fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que en lo humano aseguran la seriedad del acuerdo, procura, como fin más trascendente, la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1997 destacó la naturaleza transaccional del convenio logrado en la quiebra, tras recordar que, no obstante, las discrepancias doctrinales que a este propósito se suscitan en el ámbito doctrinal, tanto extranjero como nacional, que una línea de arraigada tradición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de propugnar esta equivalencia, razón por la que, como tal contrato procesal, equiparado a efectos jurídicos materiales a la transacción, ha de aplicarse al mismo el art. 1816 del Código Civil que reconoce el valor de autoridad de cosa juzgada que tiene para las partes la transacción judicial.

Siendo plausible la tesis que se mantiene por la actora en este incidente, es lo cierto que no consta, con la virtualidad jurídica que en este sentido cabe exigir, el incumplimiento del convenio que se impetra, y ello por cuanto el Juez competente -a saber, el Juez que tramita la suspensión

de pagos- no ha dictado resolución alguna en tal sentido. Así las cosas, el convenio, en cuanto que negocio jurídico habido entre el deudor y sus acreedores, y aprobado por el Juez, debe entenderse que está vigente, y por ende, despliega sus efectos. No cabe en este sentido hacer mención al archivo de la causa por “desistimiento de la hoy concursada” en razón al carácter de orden público que en este iter procesal se habría de dispensar a tal solución concordada habida, de modo que tal quedaría sustraído a la libre capacidad de disposición de las partes sobre el objeto del proceso a fin de propiciar su terminación anormal, y tampoco tiene razón de ser la apelación que se efectúa a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/2003 en razón a que: -Faltaría en todo caso el presupuesto de la declaración judicial de incumplimiento del convenio. -En su caso, tal determinaría la competencia del Juzgado de Xativa, y no la de este Juzgado de lo Mercantil, para el conocimiento de la causa. Procede, por todo lo expuesto más arriba, desestimar la pretensión deducida en el seno del presente incidente concursal.”: Sentencia JM-1 Valencia 23.12.2005 (JUR 2006/47832)

6. Procedencia de la declaración de quiebra ex art 10 LSP por el juzgado de primera instancia

“PRIMERO La suspensa Building Plant y Engineering SA pretende en esta alzada que sea revocada la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Madrid que se declaró incompetente para conocer de la solicitud de quiebra voluntaria planteada por aquella en el seno del expediente de suspensión de pagos que afectaba a dicha entidad. Entiende la recurrente que tal pretensión debería conocerla el propio Juez de Primera Instancia que estaba conociendo de la suspensión de pagos, y no el de lo Mercantil, ya que la quiebra vendría a constituir un incidente de aquél procedimiento que todavía no había terminado.

SEGUNDO La disposición transitoria primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece que los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin perjuicio de concretas excepciones que se establecen en la misma. De manera que, como regla general, aún con la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal deben seguir aplicándose a los antiguos procesos concursales, aún en tramitación, las normas que los venían regulando. Lo que en este caso supone atender a la Ley de Suspensión de Pagos, la LECiv/1881 y los CCom de 1829 y 1885, así como a la jurisprudencia que orientaba su aplicación.

TERCERO Mientras subsiste el procedimiento de suspensión de pagos el único competente para adoptar decisiones que afecten a la situación concursal del suspenso es el Juez de Primera Instancia que ha estado tramitando dicho expediente De manera que al que compete decidir, tras el informe de insolvencia definitiva presentado por la intervención judicial, sobre la solicitud del suspenso, amparada en el primer párrafo del artículo 10 de la LSP, de que en lugar de convocar junta de acreedores se declare la quiebra, es al mismo juez de la suspensión y no otro. La quiebra viene a suponer una de las posibles salidas en que las que puede derivar el inicial expediente de suspensión de pagos y la competencia para conocer de la solicitud del suspenso en ese sentido la conserva el juez que lo comenzó, sirviendo lo actuado en dicho expediente (como señala el auto de 11 de noviembre de 1993 de la Audiencia Provincial de Madrid) como antecedente necesario para adoptar la correspondiente resolución. De manera que el recurso planteado por Building Plant y Engineering SA está justificado.”: Auto AP Madrid 21.07.2006 (Sección 28) (AC 2006/1887)

- 1. Será de inmediata aplicación lo dispuesto en los artículos 176 a 180 de esta ley, con exclusión de los incisos 1.º y 2.º del apartado 1 del artículo 176. A estos efectos, se entenderá: que la referencia a la fase común del concurso del apartado 1.5.º del artículo 176 está hecha al trámite de reconocimiento de créditos o su equivalente; que la referencia al incidente concursal del apartado 5 del mismo precepto está hecha al procedimiento del artículo 393 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso cabrá el recurso de apelación; y que contra la sentencia que resuelva este último cabrá el recurso de casación o el de infracción procesal en los términos previstos en la referida ley.

D.T Primera – 1

1. Conclusión de suspensión de pagos por falta de activo

“PRIMERO De conformidad con la Disposición Transitoria 1ª de la nueva Ley Concursal, a la presente suspensión de pagos, a pesar de estar iniciada antes de la entrada en vigor de dicha Ley, le es aplicable lo dispuesto en los arts. 176 a 180 sobre conclusión de concurso.

De conformidad con lo que previene art. 176.1.4º Ley Concursal, es causa de conclusión del concurso la comprobación, en cualquier estado del procedimiento, de la inexistencia de bienes o derechos del deudor, ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores.

El procedimiento en este caso consiste en previo informe de la administración concursal, que se ponga de manifiesto a las partes personadas por plazo de quince días, salvo que se esté tramitando la Sección de calificación, o queden pendientes acciones de reintegración que no hayan sido objeto de cesión, por lo que se exige un pronunciamiento expreso de la administración concursal y de las partes personadas acerca de la viabilidad de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros.

Puesto que no se ha abierto la pieza de calificación a que se refiere el art. 20 LSP de 1922 por haber sido declarada la insolvencia provisional, ni tenerse indicado por nadie la viabilidad de acciones de reintegración, en tanto que como hecho negativo la ausencia de bienes en un patrimonio no puede sujetarse más que a la prueba del hecho positivo contrario, que no se alega, procede la conclusión del concurso y el archivo de actuaciones, sin recurso, concediéndole la publicidad equivalente al auto de declaración y la aprobación del convenio cumplido (art. 177.1 y 3 Ley Concursal).

SEGUNDO De conformidad con art. 178.1 de la Ley Concursal, cesan la suspensión de las facultades de disposición y administración de los administradores sociales de la deudora, y «a contrario» de art. 38.4, en relación con art. 181 Ley Concursal, igualmente cesan los administradores concursales, quienes deberán rendir cuentas en el plazo de un mes desde la notificación de esta orden judicial.

Para esta específica causa de conclusión del concurso por ausencia de masa activa, han de señalarse efectos añadidos:

En el plano material, los acreedores conservan individualmente sus acciones contra el concursado por los créditos sin cubrir, y así, el art. 178.2 LC afirma que el deudor queda responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo iniciar ejecución singular los acreedores, salvo reapertura o declaración de nuevo concurso.

En el plano procesal, se decretará la extinción de la mercantil y se dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en el Registro Mercantil, expidiéndose mandamiento con testimonio de este auto (art. 178.3 LC), y cabrá la posibilidad de reapertura del concurso si aparecen bienes patrimoniales de la sociedad extinta, para tramitar una fase de liquidación.”: Auto Juzgado de Primera Instancia 3 de Bilbao de 17-12-2004(AC 2005/201)

2. Tramitación de la oposición al archivo de la quiebra por falta de activo

“PRIMERO. En el procedimiento de quiebra voluntaria de la entidad Cerámicas Salmerón SL seguida ante el Juzgado Primera Instancia 3 Liria en autos 476/2003, la entidad quebrada interesó en fecha 21 de septiembre 2004 al amparo de la Disposición Transitoria Primera en relación con el artículo 176 -1.4º de la Ley Concursal, la conclusión y archivo del proceso, por inexistencia de bienes y derechos del concursado. El Juzgado Primera Instancia dio traslado de tal petición por medio de providencia al Comisario y Depositario que presentaron informe aceptando la petición de la quebrada. El Juzgado otorgó por Providencia de 24-9-2004 plazo de 15 días a la quebrada y demás partes personadas para que alegasen a la vista de tal informe, lo que estimasen oportuno a su derecho, planteando oposición determinados acreedores, Jose Enrique, Angelina, Inmaculada, y Luis Alberto que actúan bajo una única representación procesal y dirección letrada, interesando la continuación del proceso de quiebra.

El Juzgado Primera Instancia dictó auto de 28 Enero 2005 acordando el sobreseimiento y archivo del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables.

La representación procesal de los acreedores nominados supra interpone recurso de apelación contra al citado Auto por entender que sí existen bienes de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores; no reflejar la contabilidad de la empresa la situación económica real de la misma, apreciando la existencia de activos ocultos; confusión patrimonial entre el patrimonio de la sociedad quebrada y uno de sus socios; la necesidad de revisar exhaustivamente la contabilidad de la quebrada en los últimos, al menos cinco años para determinar el carácter fraudulento de la misma y por último la imposibilidad del sobreseimiento por aplicación del artículo 176.3 de la Ley Concursal.

SEGUNDO. La primera cuestión a tratar al ser de orden público y viene denunciada por la parte apelada, es la irrecurribilidad del auto del Juzgado dado el contenido del artículo 177 -1 de la Ley Concursal, aplicable por la Disposición Transitoria Primera de la mentada ley, a los procesos de quiebra en trámite cuando dicho texto legal entra en vigor (1-9-2004) y ciertamente ese artículo dice: “Contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno “, dicción literal clara que no deja lugar

a dudas y que determina a simple vista que la resolución dictada por el Juzgado Primera Instancia no es susceptible de recurso de apelación. Pero resulta en cambio a la vista de los preceptos legales pertinentes que la resolución para solventar la cuestión planteada tenía que haber sido por sentencia que sí es susceptible de recurso de apelación, no tratándose de un mero error nominativo en la clase de resolución adoptada, sino de un error en la tramitación y forma de solución con afectación como a continuación se expondrá al derecho fundamental de defensa y derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución Española).

Este Tribunal, tiene que hacer las siguientes precisiones técnico legales, a la vista de una interpretación conjunta y sistemática del contenido del artículo 176 y 177 en relación con la Disposición Transitoria Primera de la Ley Concursal, dada la complejidad del sistema legal de recursos en la cuestión sustanciada en la instancia. En primer lugar resulta indudable que a los procesos de quiebra en trámite cuando entra en vigor la Ley Concursal, les resulta de aplicación las causas de conclusión del concurso fijadas en el artículo 176 de la ley y de forma inmediata. Conforme al artículo 176 si la causa de conclusión es de las fijadas en los puntos 1º y 2º del apartado primero, sin necesidad de mayor trámite, el Juzgado dispone de la conclusión por medio de auto que no es susceptible de recurso. Si la causa de conclusión es de las incluidas en los puntos 3º, 4º y 5º del apartado primero, como ocurre en el caso actual centrada en la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables(punto 4º) se exige previo informe de la administración concursal (al caso de comisario y depositario) y ponerse de manifiesto a las partes en quince días(trámite cumplido por el Juzgado). Si no existe oposición, el Juez resuelve por Auto que no es susceptible de recurso alguno. Si, en cambio, existe oposición (como acontece en el presente supuesto) el Juez tiene que dar el trámite de incidente concursal (artículo 176-5), pero como el procedimiento es de quiebra voluntaria, regido por el Derecho procesal anterior(Ley Enjuiciamiento Civil 1881) la Disposición Transitoria Primera dispone que ha de entenderse el incidente del artículo 393 de la Ley Enjuiciamiento Civil con la especialidad de que concluye por sentencia, susceptible de apelación y a su vez la sentencia que resuelve ésta, es susceptible de recurso de casación o de infracción procesal. El Juzgado de Instancia, no obstante haber oposición a la conclusión del proceso, no tramita el incidente y concluye por Auto, que no constituye un mero error material en la clase de resolución a adoptar(susceptible de corrección por este Tribunal), sino que responde a una tramitación no ajustada a la Ley que reporta graves consecuencias para el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 Constitución Española) pues por el trámite desplegado, no sólo se ha privado a las partes a la oportuna comparecencia ante el Juzgado tras sus alegaciones, sino también a la prueba que se interese, dejando por la vía adoptada, sin posibilidad de recurso a la parte que planteó oposición y que sí dispone del mismo de tramitarse correctamente.

En esa tesitura, nos encontramos en la contradicción expresada de compleja solución, pues por la clase de trámite y resolución adoptada el recurso de apelación es inadmisibles por así fijarlo la Ley, pero que de haberse seguido el trámite dispuesto legalmente, la decisión del Juez de Instancia a plasmar en sentencia, si que tiene acceso a la apelación. Además, se da la singularidad importante que los litigantes no instan la nulidad de actuaciones, ni tampoco objetaron en la instancia los trámites seguidos judicialmente. Ello reporta transcendencia para este Tribunal pues aún estimando que concurren los requisitos legales para decretar la nulidad de actuaciones procesales conforme al artículo 238 -3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225-3º de la Ley Enjuiciamiento Civil, en cambio el artículo 227 - 2 párrafo segundo de igual texto legal, prohíbe al Tribunal con ocasión de un recurso decretar de oficio una nulidad de actuaciones no solicitada, a salvo que los vicios fuesen de falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación afectante al Tribunal, supuestos legales incurrentes al caso.

En tal contexto y en aras al respeto al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso civil, procede decretar bien admitido el recurso de apelación, entendiendo que la forma resolutoria de la decisión del Juez tuvo que ser una sentencia y de ahí la razón por la cual la presente decisión de esta Sala reporta tal forma para analizar seguidamente los motivos del recurso de apelación.": Sentencia AP Valencia 27.10.2005 (JUR 2005/272407)

“PRIMERO La resolución de instancia que ahora se recurre en apelación acordó la cancelación y el archivo provisional de la quiebra que nos ocupa sin perjuicio de otros pronunciamientos a los que luego se hará referencia.

Efectivamente el artículo 177 de la nueva Ley concursal como consecuencia de la remisión que ha de hacerse por aplicación de la disposición transitoria primera de la misma, señala que contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno, tesis de la contraparte.

Para la adecuada resolución de la cuestión suscitada debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 176.1-4 de la nueva Ley concursal, procederá la conclusión del concurso y archivo de las actuaciones, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, señalando el apartado 5 de dicho precepto que si en el plazo de una audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, el Juez le dará la tramitación del incidente concursal, indicando la disposición transitoria primera.1 que la referencia al incidente concursal del apartado quinto del artículo 176 está hecha al procedimiento del artículo 393 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que contra la sentencia que resuelva la oposición a la conclusión del concurso cabrá recurso de apelación y contra la sentencia que resuelva este último cabrá recurso de casación o de infracción procesal en los términos previstos en la Ley.

En la medida en que ha existido oposición a la conclusión del concurso por parte de la representación del Sr. Octavio debió de darse el trámite de incidente concursal concluyendo por sentencia contra la que cabía recurso de apelación según lo expuesto. Pese al informe de la administración concursal y ponerse de manifiesto a las partes por quince días, trámite cumplimentado por el Juzgado, sin embargo y aún pese a la oposición existente a la conclusión del proceso por inexistencia de bienes y derechos del concursado, no tramita el incidente y resuelve por auto en lugar de dar la tramitación legalmente prevista con las importantes consecuencias en orden a la tutela judicial efectiva al dejar por la vía adoptada sin posibilidad de recurso a quien planteó la oposición, a diferencia de haberse seguido el trámite legalmente previsto. Sin embargo aún cuando se estimase que concurren los requisitos legales para decretar la nulidad de actuaciones procesales conforme al artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cambio el artículo 227.2 párrafo segundo prohíbe al Tribunal con ocasión de un recurso decretar de oficio una nulidad de actuaciones no solicitada, a salvo que los vicios fuesen de falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación afectante al tribunal, lo que no concurre en el supuesto enjuiciado.

En consecuencia y en aras al respeto a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso civil, procede decretar bien admitido el recurso de apelación, entendiéndose que la forma resolutoria del Juez tuvo que ser una sentencia procediendo a reputar bien admitido el recurso de apelación.”: Sentencia AP Asturias 10.10.2006 (AC 2007/213)

- 2. La resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella. Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal.

D.T Primera – 2

1. Competencia del Juzgado que tramitó la suspensión de pagos

“PRIMERO En la demanda que da origen al presente procedimiento se denuncia el incumplimiento del convenio aprobado en la suspensión de pagos de la entidad Clínica Parque (Expediente de Suspensión de Pagos tramitado con el número 606/1984 por el entonces Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de esta capital, actualmente Juzgado de Primera Instancia número Seis), reclamando la deuda reconocida.

SEGUNDO El Juzgado que conoció de la suspensión de pagos dictó auto declarando su falta de competencia objetiva, señalando a las partes que podían hacer uso de su derecho ante el Juzgado de lo Mercantil, ello en aplicación de lo dispuesto en los artículos 86 ter.1 de la LOPJ, 48.3 de la LECiv, y 140 y Disposiciones transitorias 1ª y 2ª de la Ley Concursal.

Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil dictó auto en el que a su vez declara su incompetencia objetiva, considerando que ninguno de los preceptos citados en el auto del Juzgado de Primera Instancia Seis resulta aplicable, salvo el apartado 2 de la Disposición transitoria 1ª de la Ley 22/2003, Concursal, que regula expresamente el supuesto producido, atribuyendo la competencia al juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal.

TERCERO Procede declarar que la competencia para en conocimiento de la presente demanda la tiene el juzgado que tramitó el precedente procedimiento concursal de la entidad demandada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición transitoria primera de la Ley Concursal, que atribuye la competencia funcional (no

objetiva) a dicho juzgado cuando se trate de dictar una resolución que declare el incumplimiento del convenio aprobado y la apertura de la posterior fase de liquidación, precepto que, además, debe ser interpretado de acuerdo con lo prevenido en el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare y para la ejecución de la sentencia, convenios o transacciones que aprobare ”: S AP Santa Cruz de Tenerife 24.02.2006 (JUR 2006\127449)

“PRIMERO.- Es evidente como con acierto se dice en la resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil, que el devenir procesal de estos autos ha conllevado en la práctica, como ya ocurrió en otras cuestiones de idéntica naturaleza, el planteamiento de un conflicto negativo de competencia objetiva no contemplado en la correspondiente regulación procesal, viable únicamente en los casos de competencia territorial.

En este sentido lo dispuesto en los artículos 48 y 60 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así lo acredita. Las razones de economía procesal y la exclusión de dilaciones indebidas a que alude la resolución del Juzgado de lo Mercantil, con la loable finalidad de lograr la obtención de una respuesta definitiva al conflicto planteado, permiten y justifican que este Tribunal otorgue viabilidad a la tramitación procesal de referencia, máxime cuando la misma no genera atisbo alguno de indefensión, posibilitando la inmediata solución de la controversia.

SEGUNDO.- Analizando seguidamente la competencia objetiva para el conocimiento de este asunto, estimamos que dicha competencia viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia, y concretamente en este caso al Juzgado de tal naturaleza nº 5 de Murcia.

En efecto, la demanda origen de los autos pretende la declaración de incumplimiento por la mercantil suspensa del convenio aprobado en el Expediente de Suspensión de Pagos, previo a la entrada en vigor de la Ley Concursal, nº 410/96 seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Murcia.

Nos encontramos, en consecuencia ante un procedimiento concursal en tramitación, para cuyo conocimiento la Disposición Transitoria Primera de la Ley 22/2003 de 9 de Julio, Ley Concursal, atribuye expresamente la competencia al Juzgado que tramitó el preexistente procedimiento concursal en el que se aprobó el convenio después incumplido.

En consecuencia, asiste plena razón a la Juzgadora de lo Mercantil cuando se declara incompetente objetivamente para el conocimiento de dicho asunto, pues conforme a lo expuesto tal competencia viene atribuida legalmente a los Juzgados de Primera Instancia. En este caso el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Murcia debe asumir por imperativo legal la competencia objetiva para su conocimiento.”: Auto AP Murcia 11.04.2006 (Rollo 122/2006)

2. Solicitud de resolución de convenio formulada por la suspensa: competencia del juzgado de la suspensión de pagos

“PRIMERO.- Se plantea un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vitoria y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria, para conocer sobre la solicitud de Concurso Voluntario de Balsate y Cía, S.A., atendiendo al incumplimiento del Convenio de Acreedores de la suspensión de pagos de la citada, de acuerdo al auto nº 56/06, de 12 de junio, fecha en que el Juzgado de lo Mercantil, se consideró incompetente por estimar objetivamente competente al Juzgado de Primera Instancia, quien, a su vez, por auto de 23 de septiembre de 2006, declaró también su incompetencia, y en su consecuencia, mandó remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial de Álava, correspondiéndole a esta Sala por razón de la especialidad, resolver el señalado conflicto negativo de competencia entre ambos órganos jurisdiccionales.

La accionante, conforme a su escrito de iniciación, solicita de acuerdo con las citas legales en que asienta su pretensión, que se "proceda a efectuar las actuaciones oportunas dirigidas a declarar resuelto por imposibilidad manifestada de cumplimiento del Convenio de Acreedores o su incumplimiento, y en su consecuencia, tras dicha declaración, se tenga por formulada la solicitud del concurso voluntario, y conforme a lo expuesto se dicte auto abriendo de oficio el concurso voluntario de la misma y siga la tramitación dispuesta en la Ley 22/2003- (sic).

Como se advierte, con meridiana clarividencia del "petitum" de la solicitud deducida, dos son los pronunciamientos que formula la accionante suspensa: que se declare el incumplimiento del Convenio aprobado, y, que, declarado así mediante resolución firme, se acuerde de oficio, la admisión y declaración de concurso voluntario siguiendo la pertinente aplicación de la Ley Concursal 22/03.

SEGUNDO.- Como atinadamente viene en razonar el Juzgado de lo Mercantil el tema debatido tiene su acomodo legal en la Disposición Transitoria 1ª de la ley 22/03 donde se establece que "los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos, que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley, continuaran siguiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior", con una serie de excepciones. Por tanto, las causas de terminación de un procedimiento concursal iniciado antes de la entrada en vigor de la L.C. serán las previstas en la regulación anterior y las establecidas en los apartados 3,4 y 5 del artº 176.1 L.C. El artº 17 Ley de Suspensión de Pagos permite a los acreedores denunciar el cumplimiento del Convenio alcanzado -supuesto que no concurre en el caso enjuiciado, al haber sido denunciado el probable incumplimiento por el deudor suspenso-. A la vista de ello, debe entrar en juego la D.T. 1ª.2 de la Ley Concursal, ya que establece: "... que la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado... y que gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley, producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de adjudicación regulada en ella. Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiera tramitado el precedente procedimiento concursal". De otro modo, no cabe obviar que ni la L.S.P. ni el Código de Comercio autorizan al deudor a apartarse del convenio e instar la quiebra, salvo que haya resolución judicial firme que así lo autorice, es decir, el deudor no está facultado para apartarse unilateralmente del convenio, iniciando un nuevo proceso concursal, pues así lo entendió una sentencia de esta misma Sala de 13 de septiembre de 2000, Auto de Apelación nº 85/00. Asimismo, cabe concluir que existe una "vis atractiva" del concurso, y la propia jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso, que se sostiene hasta su conclusión, que de manera natural sólo se produce con el cumplimiento del convenio, y no con la aprobación del mismo (artº 176.1.2º LC), lo que lleva a interpretar que todo crédito que nazca con posterioridad a la declaración del concurso es, técnicamente, una deuda de la masa cuyo pago debe reclamarse ante el juez del concurso mientras no se produzca la conclusión del procedimiento universal (artº 84.2 6ª, créditos por incumplimiento del concursado). Lo cual resulta así porque las notas de exclusividad de la jurisdicción que regula la Ley Concursal sin limitación temporal ni distinción de fases del concurso, conllevan necesariamente que, mientras este no termine, aquellas se mantengan.

En suma, si la mercantil Balsabe, S.A. que solicita la declaración de concurso considera que no puede cumplir el convenio, como afirma en su solicitud, habrá de comunicarlo al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vitoria, para que reabra el procedimiento de suspensión de pagos, lo ponga en conocimiento de las partes personales y en su caso, pueda declararse la conclusión de la suspensión de pagos por incumplimiento del convenio, de modo que una vez firme tal resolución, proceda de oficio por ese mismo Juzgado en la forma dispuesta en la D.T. 1ª.2ª LC a la liquidación de su patrimonio.": Auto AP Alava 31.10.2006 (JUR 2007/95030)

- 3. En la quiebra de cualquier clase de sociedades no podrá aprobarse ninguna proposición de convenio antes de que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos.
- 4. Las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria deberán cumplir los requisitos establecidos en los artículos 99 y 100 de la referida Ley. En la tramitación y aprobación de estas proposiciones conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el artículo 103, en el apartado 3 del artículo 118 y en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 121 de esta ley, debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio deba aprobarse sin celebración de junta, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento.

DT Primera-4

1. La modificación de convenio en procedimiento escrito en curso a la entrada en vigor de la LC no es una propuesta de nuevo convenio

"Para esclarecer la cuestión, debe partirse necesariamente de que la LC establece una regla general en su Disp. Transitoria 1ª, que es la irretroactividad de la norma. La misma Exposición de Motivos de la LC, en su apartado XII, párrafo cuarto, parte de dicho principio, con las específicas salvedades que introduce en la mencionada Disposición Transitoria 1ª: "*Materia especialmente delicada es la relativa al derecho transitorio, en la*

que la ley ha optado por respetar el principio de irretroactividad con algunas excepciones, dos de ellas muy señaladas: la primera, para hacer posible la aplicación a los procedimientos que se encuentran en trámite de las normas sobre conclusión del concurso; la segunda, para permitir la aplicación a aquellos procedimientos del régimen más flexible de propuesta de convenio y de adhesiones que establece esta ley, lo que contribuirá a facilitar la tramitación de los que se hallan en curso e incluso, en algunos casos, la conclusión de aquellos que se encuentren paralizados.”

El establecimiento del principio de irretroactividad en la Ley Concursal es algo perfectamente coherente con su entorno jurídico. Sobre la base del artículo 9.3 de la Constitución, que establece el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el artículo 2 de la LEC (“Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho Transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”), y del artículo 2.3 del Código Civil (“Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”), la jurisprudencia constitucional (SSTC de 13 de abril de 2000, 16 de julio de 1987, 4 de febrero de 1983, 4 de octubre de 1990 o 31 de octubre de 1996, A 14-7-2003) y la ordinaria (STS Sala 1ª 16 de enero de 1963, 22 de diciembre de 1978, 19 de octubre de 1982, 24 de octubre de 1988, 6 de abril de 1993, 25 de mayo de 1995, 3 de noviembre de 1997 o 19 de octubre de 1999; AP Madrid, A 14 de enero de 2005 y S 28 de abril de 2003, Cádiz A 21 de diciembre de 2004, Toledo A 11 de marzo de 2004 y SS 17 de junio de 1996, 13 de enero de 1997, 21 de mayo de 1998 y 27 de septiembre de 2000, Valencia S 22 de abril de 2003, o esta misma Sala, S 22 de mayo de 1999), vienen señalando la necesidad de interpretar las normas de derecho transitorio de modo restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas y agotadas. La eficacia retroactiva de una ley podría entrañar una vulneración constitucional, ya sea porque la retroactividad de la norma infrinja directamente el principio de irretroactividad expresamente reconocido en el artículo 9.3 CE, ya sea porque a través de ella se vulneren otros principios, como pueden ser los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, contenidos en el mencionado precepto.

Este principio general de irretroactividad de las leyes, inspirado en el axioma “tempus regit factum”, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por unas normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan inequívoco carácter retroactivo, supone pues que, salvo aquellos casos en que la propia Ley determine otra cosa, de manera expresa o tácita pero en todo caso claramente, el Juez debe decidirse por la aplicación no retroactiva de la norma. Expresado de otra forma, no declarando expresamente el legislador el efecto retroactivo de la ley nueva, la interpretación a verificar por cualquier operador jurídico ha de seguir la regla general y subsidiaria de la irretroactividad que establece el artículo 2.3 del Código Civil, salvo que el supuesto concreto pueda incardinarse en alguno de los casos en que la retroactividad de la nueva ley viene impuesta de una manera tácita.

Como anticipamos, pues, la LC afirma el principio de irretroactividad en su Exposición de Motivos, y en la Disposición Transitoria 1ª lo confirma (“Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes: (...), circunscribiendo las posibles excepciones a supuestos muy concretos desde el punto de vista procesal: aplicación de los artículos 176 a 180, sobre la conclusión del concurso, a los procesos en trámite de quiebra, concursos de acreedores, quitas y esperas y suspensiones de pagos, apertura del concurso para liquidación por incumplimiento de un convenio aprobado con anterioridad, imposibilidad de aprobar un convenio en la quiebra sin que haya concluido el trámite de reconocimiento de créditos, aplicación de la nueva ley en relación a la forma y contenido de las propuestas de convenio en los procesos anteriores y aplicación del régimen de recursos del artículo 197.

En nuestro caso, por tanto, el trámite sigue siendo el escrito de los artículos 18 y 19 de la LSP, debiendo aplicarse las excepciones a esta regla de forma estricta. Y no lo hace de esta forma el Juzgado a quo cuando concede a JULIÁ TOURS S.A el plazo de cuatro meses para presentar el convenio, en el seno de la suspensión de pagos y mucho antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, concretamente el 2 de marzo de 2004, y estando vigente y renovado este plazo cambia las condiciones para la admisión de la propuestas de convenio y las modificaciones contenidas en las adhesiones, rechazando las presentadas en noviembre de 2004 por no ajustarse a los artículos 99 y 100 de la LC.

CUARTO.- Según la Disp. Transitoria 1ª.4 de la LC, “(l)as proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria deberán cumplir

los requisitos establecidos en los arts. 99 y 100 de la referida Ley. En la tramitación y aprobación de estas proposiciones conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el art. 103, en el apartado 3 del art. 118 y en el párrafo segundo del apartado 4 del art. 121 de esta ley, debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio deba aprobarse sin celebración de junta, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento.”

Cuando el Proyecto de la LC se encontraba en tramitación, ya el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid informaron de los problemas que esta norma iba a plantear, pues supone aplicar parcialmente el nuevo derecho concursal a procedimientos regidos por el derogado, inspirado en principios muy distintos, lo que puede contravenir el principio de irretroactividad y de seguridad jurídica. Así, y en lo que aquí interesa, la norma parece pensada para aquellos procesos concursales de la legislación derogada que estuvieran en marcha a fecha 1 de septiembre de 2004, en los que no hubiera aún ninguna proposición de convenio, señalando al efecto que las proposiciones que se presenten a partir del 1 de septiembre de 2004 deberán ser tramitadas y aprobadas *“conforme al procedimiento que en cada caso corresponda”*. En una suspensión de pagos de trámite escrito, como es el caso, se concede al suspenso un plazo prudencial (de 30 días a cuatro meses, art. 18 in fine LSP) para que presente una proposición de convenio que cuente con las necesarias adhesiones de sus acreedores, obtenidas en forma auténtica. Dentro de ese plazo, dice el artículo 19 LSP, el suspenso presenta la proposición con las adhesiones y éstas pueden recibirse en el Juzgado, y si alguna adhesión introdujera modificaciones en el convenio, además de recabar necesariamente el informe de los interventores, antes de aprobar el convenio con dichas modificaciones será necesario oír al deudor, dada la naturaleza contractual del convenio, para que preste su asentimiento, aprobándose el convenio si la proposición obtiene el quórum preciso, o sobreyéndose en caso contrario o si el deudor no asiente.

Con arreglo a esta regulación legal, si se ha concedido el plazo para proposición y adhesiones, las modificaciones del convenio que puedan presentar los acreedores no pueden considerarse realmente como una nueva y auténtica proposición de convenio, pues la proposición es del suspenso, sino estrictamente una adhesión modificativa al convenio ya disponible. Esta adhesión al convenio anterior, aún con propuesta de modificaciones, no es aquélla a la que se refiere la Disp. Transitoria 1ª LC cuando habla de *“proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley”*. Buena prueba de ello es que, aunque el trámite de la proposición de convenio viene referido al procedimiento que corresponda, se declara aplicable en todo caso el artículo 103 de la LC, precepto éste referido a las adhesiones y que señala en su número 3, precisamente, que la adhesión será pura y simple, sin introducir modificación alguna ni condicionamiento, pues en este caso se tendrá al acreedor por no adherido. El sistema, pues, es totalmente diferente, siendo contrario a la seguridad jurídica que se abra un plazo para presentar una proposición de convenio con posibles adhesiones modificativas, y que, presentadas éstas una vez en vigor la LC, se rechacen porque no se ajusta a una normativa ajena al trámite abierto, por más que fuera la vigente cuando el acreedor expresa su voto y su propuesta de modificación. Ello conduciría, por ejemplo, a que el desarrollo del trámite de aprobación se pudiera integrar por adhesiones propias del sistema de la nueva LC y por adhesiones propias del derogado, lo que debe sin duda descartarse.

En otro orden de cosas, la LC establece que, en estos casos de aplicación transitoria del nuevo sistema, el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la junta en que será sometida a aprobación, pero excluye expresamente a las suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio deba aprobarse sin celebración de junta, *“en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento.”* Ello supone una remisión explícita de la norma que marca la retroactividad al procedimiento que se encontraba en marcha y a su regulación, no a la nueva normativa, que establece para el concursado y para los acreedores plazos diferentes según los casos, incluso propuestas anticipadas que dicho procedimiento desconoce. En consecuencia, no parece coherente otorgar un plazo para que el suspenso presente un convenio con sus adhesiones o para que los acreedores voten o introduzcan modificaciones a dicha proposición, que dichas adhesiones modificativas se presenten en el plazo concedido, y sin embargo se rechacen por no acomodarse a las exigencias de una ley distinta a aquélla que permitió abrir el mencionado plazo, aplicada de forma retroactiva.

El error del Juzgado a quo quizás provenga de considerar que el acreedor VIAJES EUROLINES S.A presenta una propuesta de convenio autónoma y diferenciada de la del deudor, lo que técnicamente debe reconducirse hacia un voto o adhesión a la proposición del suspenso, a quien se le da el plazo, con modificaciones que el deudor debe aceptar; y que lo hace además en un nuevo plazo, operativo después del 1 de septiembre de 2004. Pero ello no es así: concedido el plazo de cuatro meses el 2 de marzo de ese año, el 7 de junio de dicta un nuevo auto en el que, a la vista de los problemas acaecidos con ocasión de la notificación para votos de los acreedores residentes en el extranjero (que unos imputan a una negligencia de la suspensa, y ésta consideran ajenos por completo a su actuación), se decide iniciar de nuevo el plazo para proposición y adhesiones, que empieza a contar desde el 6 de septiembre, vigente ya la LC. Se trata del mismo plazo concedido en marzo, empezado a correr meses después por problemas de notificación. De hecho, se desprende claramente de las actuaciones que VIAJES EUROLINES S.A ya había formulado sus modificaciones al convenio presentado por JULIÁ TOURS S.A desde el mismo de marzo, siendo a finales de año cuando finalmente se presenta, con un amplio voto a favor dentro del pasivo. El mismo Juzgado admitió la adhesión y la modificación propuesta por la acreedora mediante providencia de 5 de noviembre de 2004, que quedó firme, así como las adhesiones posteriores, luego rechazadas.

Consideramos, pues, que el trámite del artículo 19 de la LSP ya estaba en curso cuando la Ley Concursal entró en vigor, presentándose adhesiones modificativas propias del sistema concursal derogado y dentro de los plazos concedidos al efecto en la legislación aplicable, que es el artículo 19 de la LSP, sin aplicación retroactiva de los artículos 99 y 100 de la LC. Procede, en consecuencia, estimar el recurso formulado y dejar sin efecto el sobreseimiento del proceso, debiendo dar curso a la propuesta presentada por el acreedor mencionado y las adhesiones obtenidas y proseguir el trámite por sus cauces. Y todo ello sin perjuicio de que, si eventualmente se diera un incumplimiento del convenio de continuación que pudiera aprobarse, la fase liquidatoria se ajustara a las exigencias y límites de la LC, esta vez ya no con arreglo a la Disp. Transitoria 1.4, sino merced a la misma disposición en su punto 1.º: Auto AP Barcelona 15.03.2007 (Sección 15) (Rollo 51/2006)

- 5. Las resoluciones que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley serán recurribles con arreglo a las especialidades previstas en el artículo 197.

DT Primera-5

1. Esta regla no impide la apelación contra la sentencia del incidente de oposición a la quiebra

“**SEGUNDO** Y comenzando con el examen de las alegaciones que se formulan por las partes, conviene hacer referencia en primer lugar a la que se efectúa por la apelada con carácter previo, respecto a la inadmisibilidad del recurso de apelación.

Se sostiene que siendo la sentencia [*desestimación de la oposición a la declaración de quiebra necesaria*] recurrida de fecha 31 de enero de 2005 y por lo tanto posterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, debe estarse a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de dicha norma, en relación con su art. 197. Dicho precepto establece que «contra los Autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio, no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima, siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días».

Ahora bien, la irrecorribilidad a la que se refiere dicha norma, no resulta aplicable al caso que nos ocupa, puesto que:

-El Auto de declaración de quiebra de fecha 29 de marzo de 2004, se dicta al amparo de los arts. 1323 y siguientes de la LECiv/1881, dado que el procedimiento se encontraba en tramitación a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

-Conforme a las normas reguladoras del incidente de oposición a la declaración de quiebra, frente a la sentencia dictada para su resolución cabe recurso de apelación.

-Recurribilidad que no puede negarse en base a lo dispuesto en el art. 197 de la vigente Ley Concursal. Dicho precepto se refiere a la imposibilidad de recurrir las sentencias dictadas en incidentes concursales, cuya impugnación debe deferirse a la apelación más próxima, siempre que se hubiere formulado la oportuna protesta. Pero dichas resoluciones no son equiparables a la que es objeto del recurso que ahora nos ocupa. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal se hace referencia al incidente concursal, que se define como un procedimiento especial a través del cual se ventilan todas aquellas cuestiones que se

susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la Ley otra tramitación distinta. Tramitación que en los casos de declaraciones de quiebras efectuadas conforme a la legislación anterior, cuenta con su específica regulación en los arts. 1323 y siguientes de la LECiv/1881.

A lo que debemos añadir que la limitación para recurrir contenida en el art. 197 de la Ley Concursal para las resoluciones dictadas en los incidentes en cuestión, aparece justificada en la propia Exposición de Motivos, al señalar que la celeridad de dicho procedimiento, se completa con el adecuado sistema de recursos, conforme al cual, y en línea con la nueva LECiv, se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial, o relativos a resoluciones no definitivas. Y resulta, que tampoco el auto de declaración de quiebra dictado conforme a la Ley anterior, puede considerarse como una resolución interlocutoria, parcial o no definitiva, cuya impugnación pueda deferirse, puesto que su dictado acarrea la serie de disposiciones previstas en el art. 1322 de la norma que rige su tramitación.

Por lo que la irrecurribilidad de la sentencia apelada debe ser rechazada.”: Sentencia AP San Sebastián (Guipúzcoa) 21.03.2006 (AC 2006/493)

2. No cabe apelación inmediata contra sentencia en incidente sobre reconocimiento de crédito

PRIMERO.- Reitera el A.T.S. de 17 de junio de 2.003, que el acceso a los recursos corresponde al ámbito del orden público procesal, al margen de la disponibilidad de las partes y aún de los propios órganos jurisdiccionales; y precisa la S.T.C. de 22 de abril de 2.002 “que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que se encuentren previstos en el Ordenamiento jurídico para cada género de procesos y que, así como el acceso a la Jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al meritado derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes ordenes jurisdiccionales.”

No existe -por lo tanto- un derecho genérico a recurrir, sino que el régimen de los recursos depende de lo que el legislador disponga en cada caso. Las consecuencias de omitir lo anterior, de forma que los tribunales, en aras a un desmesurado principio “pro actione”, sin más consideraciones entraren a conocer sobre el fondo de las cuestiones planteadas, las señala con rotunda plasticidad la S.T.C. de 13 de noviembre de 1.989, en la que se declara: “También con la admisión de un recurso que legalmente no procede puede infringirse el art. 24.1 de la Constitución cuando, como en el presente caso, en vía de recurso se deniegan derechos reconocidos en la instancia, pues del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la Ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose en la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto”.

SEGUNDO.- Todas estas consideraciones son las que latían en este Tribunal cuando, a efectos de eludir cualquier posibilidad de indefensión, y de obtener una completa formación de causa, en virtud de la providencia de 9 de enero pasado decidí oportuno convocar a las partes a una vista con la finalidad, entre otras cuestiones, de que éstas pudieran ser oídas sobre “el alcance de la posible aplicación al caso de la Disposición Transitoria primera de la Ley Concursal (especialmente del núm. 5 de la misma en relación al art. 197-3 del mismo texto legal)”.

Pues bien, oídas las partes y siendo incuestionable la realidad de que en el presente expediente de quiebra (Num. 903/02 del Juzgado de 1ª Instancia núm. ocho) la demanda incidental que origina este concreto debate, sobre el reconocimiento del crédito que afirma el pretendido acreedor, lo cual le ha sido negado por el resto de los acreedores en la pertinente junta, se deduce en fecha 17 de mayo de 2.005 y que la sentencia que lo resuelve es de 5 de septiembre de 2.005; la consecuencia, partiendo del referido objeto del incidente, y de los momentos procesales y temporales es que se deduce, esto es, expediente de quiebra en estado procesal asimilable a la fase común del concurso, y en momento posterior a la fecha de entrada en vigor de la vigente Ley Concursal (1-Septiembre-2.004), no debe ser otra que la de seguir el iter marcado por el núm. 5 de la citada Disposición transitoria y, en su virtud, alcanzar el ineluctable mandato contenido en el núm. 3 del art. 197 de L.C.. De forma, que como la sentencia que resuelve el incidente planteado por el acreedor pretendida e indebidamente preterido es una resolución dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal y dicha sentencia se produce en una fase procesal (reconocimiento y graduación de créditos) del expediente de quiebra nitidamente asimilable a la fase común del concurso, el efecto -a la luz del citado núm. 3 del art. 197- mal puede ser la de admitir la procedencia del presente recurso de apelación autónomo e inmediato, pues frente a dicha sentencia expresamente dice el referido precepto “que no cabrá recurso alguno, pero las

partes podrán reproducir la cuestión en la apelación mas próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días”.

Pues bien, siendo perfectamente posible el dictado en dicho expediente de quiebra de una resolución frente a la que si quepa interponer legalmente un recurso de apelación, al que mediatamente puede adherirse la cuestión aquí planteada y sin perjuicio de que la preparación de este baldío recurso pueda ser tenida en cuenta como la formulación de la preceptiva protesta, este Tribunal no puede sino considerar que la providencia del Juzgado de fecha 26 de septiembre de 2.005, en virtud de la cual se tenía por preparado el recurso de apelación inmediato que pretendía interponer el B.B.V.A., es nula por infringir las normas de procedimiento antes indicadas y propiciar indefensión en la parte apelada, la cual innecesaria y anticipadamente se ve abocada a un análisis de los derechos que ya le vienen reconocidos en la primera instancia.

Por todo ello, al amparo de lo previsto en los arts. 238-3 y 240 de la L.O.P.J., procede inadmitir el presente recurso de apelación, declarar nula la citada providencia y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado.”: Sentencia AP Córdoba 28.03.2006 (JUR 2006/184803)

3. Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal

[La jurisprudencia sobre cuestiones derivadas de la DT Primera- 5 en relación con estos recursos se incluye integrada con la referida al art. 197.6]

Disposición transitoria segunda. Juzgados de lo Mercantil.

Hasta el momento en que entren en funcionamiento los Juzgados de lo Mercantil, las funciones atribuidas a los mismos serán asumidas por los actuales Juzgados de Primera Instancia e Instrucción competentes conforme a la Ley de Demarcación y Planta Judicial, aplicándose las reglas de competencia establecidas en el artículo 10 y concordantes de esta ley.

Disposición derogatoria única.

1. Se deroga la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

2. Quedan también derogadas las siguientes leyes:

- 1.ª La Ley de 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarias de canales y demás obras públicas análogas.
- 2.ª La Ley de 19 de septiembre de 1896, sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos.
- 3.ª La Ley de 9 de abril de 1904, sobre aprobación de convenios de sociedades o empresas de canales, ferrocarriles y demás concesionarios de obras públicas.
- 4.ª La Ley de 2 de enero de 1915, sobre suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público general.

3. Quedan, asimismo, derogados los siguientes preceptos y disposiciones:

- 1.º El libro IV del Código de Comercio de 1829.
- 2.º Los artículos 1.912 a 1.920 y los párrafos A) y G) del apartado 2.º del artículo 1.924 del Código Civil.
- 3.º Los artículos 376 y 870 a 941 del Código de Comercio de 1885.
- 4.º El párrafo L) de la Base quinta del artículo 1 de la Ley de 2 de marzo de 1917, sobre suspensión de pagos o quiebra de las entidades deudoras del Estado y del Banco de Crédito Industrial para protección y fomento de la producción nacional.
- 5.º El capítulo segundo de la Ley de 21 de abril de 1949, sobre fomento de las ampliaciones y mejora de los ferrocarriles de vía estrecha y de ordenación de los auxilios a los de explotación deficitaria.

- 6.º El artículo 281 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.
- 7.º El artículo 124 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- 8.º El apartado 7 del artículo 73 y la disposición adicional cuarta de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
- 9.º El artículo 54 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- 10.º El artículo 51 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval.
- 11.º El artículo 568 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 12.º El apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Asimismo, quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final primera. Reforma del Código Civil.

Se añade al artículo 1.921 del Código Civil un párrafo segundo, con la siguiente redacción:

«En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal.»

Disposición final segunda. Reforma del Código de Comercio.

El Código de Comercio queda modificado en los términos siguientes:

- 1. El apartado 2.º del artículo 13 queda redactado de la forma siguiente:
 - «2.º Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.»
- 2. El artículo 157 queda redactado de la siguiente forma:

«Con independencia de las causas de disolución previstas en la Ley de Sociedades Anónimas, la sociedad se disolverá por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.»
- 3. La causa 3.ª de las previstas en el artículo 221 queda redactada de la forma siguiente:
 - «3.ª La apertura de la fase de liquidación de la compañía declarada en concurso.»
- 4. La causa 3.ª de las previstas en el artículo 222 queda redactada de la forma siguiente:
 - «3.ª La apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos.»
- 5. El artículo 227 queda redactado de la forma siguiente:

«En la liquidación y división del haber social se observarán las reglas establecidas en la escritura de compañía y, en su defecto, las que se expresan en los artículos siguientes. No obstante,

cuando la sociedad se disuelva por la causa 3.^a prevista en los artículos 221 y 222, la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.»

- 6. El párrafo segundo del artículo 274 queda redactado de la forma siguiente:
«Si el asegurador fuera declarado en concurso, el comisionista tendrá la obligación de concertar nuevo contrato de seguro, salvo que el comitente le hubiera prevenido otra cosa.»
- 7. Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 580, como párrafo segundo, con la siguiente redacción:
«Por excepción, si en caso de concurso no se hubiere ejercitado el derecho de separación del buque conforme a lo previsto en la Ley Concursal, la clasificación y graduación de créditos se registrará por lo establecido en ella.»

Disposición final tercera. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. Se añade un apartado 8 al artículo 7 con la siguiente redacción:
«8. Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se registrarán por lo establecido en la Ley Concursal.»
- 2. Se añade un apartado 3 al artículo 17 con la siguiente redacción:
«3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se registrará por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado.»
- 3. El párrafo segundo del apartado 1.2.^o del artículo 98 queda redactado de la forma siguiente:
«Se exceptúan de la acumulación a que se refiere este número los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución.»
- 4. El apartado 1 del artículo 463 queda redactado de la forma siguiente:
«1. Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el tribunal que hubiere dictado la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, con emplazamiento de las partes por término de 30 días; pero si se hubiere solicitado la ejecución provisional, quedará en el de primera instancia testimonio de lo necesario para dicha ejecución.»
- 5. El artículo 472 queda redactado de la forma siguiente:
«Presentado el escrito de interposición, dentro de los cinco días siguientes se remitirán todos los autos originales a la sala citada en el artículo 468, con emplazamiento de las partes ante ella por término de 30 días, sin perjuicio de que, cuando un litigante o litigantes distintos de los recurrentes por infracción procesal hubiesen preparado recurso de casación contra la misma sentencia, se deban enviar a la sala competente para el recurso de casación testimonio de la sentencia y de los particulares que el recurrente en casación interese, poniéndose nota expresiva de haberse preparado recurso extraordinario por infracción procesal, a los efectos de lo que dispone el artículo 488 de esta ley.»
- 6. El apartado 1 del artículo 482 queda redactado de la forma siguiente:
«1. Presentado el escrito de interposición, dentro de los cinco días siguientes se remitirán todos los autos originales al tribunal competente para conocer del recurso de casación, con emplazamiento de las partes ante él por término de 30 días.»
- 7. El artículo 568 queda redactado de la forma siguiente:

«El tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.»

Disposición final cuarta. Reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Se modifica el párrafo d) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al que se le da la siguiente redacción:

- «d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.»

Disposición final quinta. Derecho procesal supletorio.

En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma.

En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso.

1. Sobre el traslado previo de copias

“ El primero de los motivos alegado es la nulidad de la providencia de 28 de febrero de 2006 por haber admitido un escrito de la concursada sin el preceptivo traslado de copias a las partes personadas con procurador, infracción del artículo 276.3 de la LEC.- Ciertamente la representación en autos de la concursada presentó el escrito solicitando la rehabilitación de créditos sin el preceptivo traslado de copias a las partes personadas, el Juzgado tanto en este como en otros procedimientos concursales ha exigido a las partes - deudora y acreedora - que cumplimiento con las exigencias del traslado de copias previsto por la LEC al objeto no sólo de cumplir con el mandato legal, sino también con la finalidad de agilizar el desenvolvimiento procesal del concurso. En los presentes autos hay 17 partes personadas además del concursado y la administración concursal, lo cierto es que no sólo no suelen los personados presentar sus escritos por medio de la oficina legalmente prevista para el traslado de copias, sino que en muchas ocasiones ni tan siquiera aportan copias suficientes para que se pueda dar vista a todos los personados, esa actuación - que afecta no sólo al concursado sino también a acreedores que suelen estar personados en la práctica totalidad de los concursos y que por lo tanto conocen perfectamente los efectos de esta falta de cumplimiento de exigencias procesales - tiene una interferencia clara en el desarrollo del proceso concursal ya que complica mucho la tramitación del procedimiento al obligar al Juzgado a asumir no solo el coste sino también el tiempo de tener que realizar esos juegos de copias que las partes - por medio de sus procuradores - insisten en poder tener para la defensa de sus intereses. Esta incidencia procesal habitual en los procesos concursales sin embargo no puede ni debe tener el efecto reclamado por el recurrente:

a. No debe ser ajeno a la parte el contenido del artículo 231 de la LEC sobre la subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

b. El artículo 276.1 de la LEC establece la necesidad de traslado previo de copias cuando toas las partes estén representadas por Procurador. En el proceso concursal los trabajadores, la Agencia Tributaria y la Tesorería de la Seguridad Social gozan del privilegio de ser directamente representadas por letrado lo que determina que no todos los personados tengan la representación de Procurador legalmente prevista para que se puedan aplicar con la severidad que reclama el recurrente los efectos de la falta de traslado de copias.

c. En los procesos concursales al objeto de agilizar el desarrollo del procedimiento los escritos presentados por el concursado que no tengan por objeto cumplimentar trámites procesales obligatorios no quedan sujetos a la necesidad de traslado previo a todos los personados ya que esos traslados harían que los procedimientos quedaran paralizados en la tramitación de traslados. De este modo los escritos que la concursada presenta comunicando diversas cuestiones a la administración concursal no quedan sujetos al conocimiento previo de las partes por medio de entrega de copias sin perjuicio de que las partes puedan instruirse accediendo a los autos en la Secretaría del Juzgado.”: Auto JM-3 Barcelona 02.05.2006 (Concurso 766/2005)

Disposición final sexta. Funciones de los secretarios judiciales.

La intervención de los secretarios judiciales en la ordenación formal y material y en el dictado de resoluciones en los procesos concursales, así como la interpretación que en cada caso deba hacerse

cuando se suscite controversia en esta materia, se ajustará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Disposición final séptima. Reforma de la Ley Hipotecaria.

El párrafo séptimo del artículo 127 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, queda redactado de la forma siguiente:

«Será juez o tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuera respecto del deudor. No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor. En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley Concursal.»

Disposición final octava. Reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. El párrafo segundo del artículo 10 queda redactado de la forma siguiente:

«En caso de concurso, la preferencia y prelación del acreedor hipotecario o pignoraticio se regirán por lo establecido en la Ley Concursal.»
- 2. El artículo 66 queda redactado de la forma siguiente:

«No obstante lo establecido en el párrafo primero del artículo 10, serán satisfechos con prelación al crédito pignoraticio:

 - 1.º Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos.
 - 2.º Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeran, almacenaren o depositaren los bienes pignorados.

En caso de concurso, se estará a lo dispuesto en la Ley Concursal.»

Disposición final novena. Reforma de la Ley de Hipoteca Naval.

La Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 31, como párrafo segundo, con la siguiente redacción:

«Por excepción, si en caso de concurso no se hubiere ejercitado el derecho de separación del buque conforme a lo previsto en la Ley Concursal, la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo establecido en ella.»
- 2. Se añade un nuevo párrafo al final del artículo 32, como párrafo segundo, con la siguiente redacción:

«Por excepción, si en caso de concurso no se hubiere ejercitado el derecho de separación del buque conforme a lo previsto en la Ley Concursal, la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo establecido en ella.»

Disposición final décima. Reforma de la Ley General Presupuestaria.

El artículo 39 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, queda redactado de la forma siguiente:

«1. Salvo en caso de concurso, no se podrá transigir judicialmente ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia del de Estado en Pleno.

2. La suscripción y celebración por la Hacienda Pública de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirán únicamente autorización del Ministerio de Hacienda, pudiéndose delegar esta competencia en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

No obstante, será suficiente la autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para la suscripción y celebración de los referidos convenios cuando afecten a

créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda a aquélla de conformidad con la ley o en virtud de convenio, con observancia en este último caso de lo convenido. En el caso del Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior será aplicable para la suscripción de los convenios previstos en la Ley Concursal o, en su caso, para la adhesión a ellos, así como para acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago que no sean más favorables para el deudor que las establecidas en convenio para los demás créditos. Igualmente, se podrá acordar la compensación de los créditos a que se refiere ese apartado en los términos previstos en la legislación tributaria.»

Disposición final undécima. Reforma de la Ley General Tributaria.

La Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. El artículo 71 queda redactado de la forma siguiente:

«1. La Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley.
- 2. En caso de concurso, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.»
- 2. Se añade un apartado 3 al artículo 72 con la siguiente redacción:

«3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será de aplicación a los adquirentes de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en ejecución de un convenio entre el deudor y sus acreedores aprobado por el juez o como consecuencia de la liquidación de la masa activa.»
- 3. Los apartados 3 y 4 del artículo 129 quedan redactados de la forma siguiente:

«3. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio concurra con otros procesos o procedimientos judiciales o administrativos de ejecución, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo.
- 4. En caso de concurso de acreedores, se estará a lo dispuesto en la Ley Concursal y, en su caso, en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia y se devengue el recargo de apremio, si se dieran las condiciones legales para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.»

Disposición final duodécima. Reforma de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

El texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, queda modificado en los términos siguientes:

- 1. Se añade un nuevo número en la letra B) del apartado 1 del artículo 45, como número 19, con la siguiente redacción:
 - «19. Las ampliaciones de capital realizadas por personas jurídicas declaradas en concurso para atender una conversión de créditos en capital establecida en un convenio aprobado judicialmente conforme a la Ley Concursal.»
- 2. Se añade un apartado 5 al artículo 46 con la siguiente redacción:

«5. Se considerará que el valor fijado en las resoluciones del juez del concurso para los bienes y derechos transmitidos corresponde a su valor real, no procediendo en consecuencia

comprobación de valores, en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan en un procedimiento concursal, incluyendo las cesiones de créditos previstas en el convenio aprobado judicialmente y las enajenaciones de activos llevadas a cabo en la fase de liquidación.»

Disposición final decimotercera. Reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, queda modificado en los términos siguientes:

- 1. El párrafo «b» del artículo 20 queda redactado de la forma siguiente:
 - «b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.»
- 2. El párrafo «b» del artículo 111 queda redactado de la forma siguiente:
 - «b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.»
- 3. Los apartados 2 y 7 del artículo 112 quedan redactados, respectivamente, de la forma siguiente:

«2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato.

En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que en los supuestos de modificaciones en más del 20 por ciento previstos en los artículos 149, párrafo e); 192, párrafo c), y 214, párrafo c), la Administración también pueda instar la resolución.»

«7. En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.»

Disposición final decimocuarta. Reforma del Estatuto de los Trabajadores.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado en los términos siguientes:

- 1. El artículo 32 queda redactado de la forma siguiente:
 - «1. Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
- 2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
- 3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.
- 4. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

5. Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios.»

- 2. Se añade al capítulo III del título I una nueva sección que, como sección 5.ª y bajo el título «Procedimiento concursal», estará integrada por el siguiente artículo:

«Artículo 57 bis. Procedimiento concursal.

En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal»

Disposición final decimoquinta. Reforma de la Ley de Procedimiento Laboral.

El texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda modificado en los términos siguientes:

- 1. El párrafo «a» del artículo 2 queda redactado de la forma siguiente:
 - «a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal.»
- 2. Se añade párrafo d) al apartado 1 del artículo 3 con la siguiente redacción:
 - «d) De las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso.»
- 3. El apartado 1 del artículo 4 queda redactado de la forma siguiente:

«1. La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la Ley Concursal.»
- 4. El artículo 6 queda redactado de la forma siguiente:

«Los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, salvo lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de esta ley y en la Ley Concursal.»
- 5. El apartado 1 del artículo 188 queda redactado de la forma siguiente:

«Las Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo social de su circunscripción, así como contra los autos y sentencias que puedan dictar los jueces de lo mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral.»
- 6. Se añade un párrafo 5 al artículo 189 con la siguiente redacción:

«Los autos y sentencias que se dicten por los juzgados de lo mercantil en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral.»
- 7. Se añade un apartado 5 al artículo 235 con la siguiente redacción:

«5. En caso de concurso, se estará a lo establecido en la Ley Concursal.»
- 8. El apartado 3 del artículo 246 queda redactado de la forma siguiente:

«3. En caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal.»

- 9. Se añade un apartado 5 al artículo 274 con la siguiente redacción:
«5. La declaración de insolvencia del ejecutado se publicará en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil".»
- 10. Se añade una nueva disposición adicional octava con la siguiente redacción:
«Disposición adicional octava. Las disposiciones de esta ley no resultarán de aplicación en las cuestiones litigiosas sociales que se planteen en caso de concurso y cuya resolución corresponda al Juez del concurso conforme a la Ley Concursal, con las excepciones expresas que se contienen en dicha Ley.»

Disposición final decimosexta. Reforma de la Ley General de la Seguridad Social.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda modificado en los términos siguientes:

- 1. El artículo 22 queda redactado de la forma siguiente:
«Artículo 22. Prelación de créditos.

Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquéllos procedan gozarán, respecto de la totalidad de los mismos, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el apartado 1.º del artículo 1.924 del Código Civil. Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del mismo orden de preferencia establecido en el apartado 2.º, párrafo E), del referido precepto.

En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal.

Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concorra con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo.»
- 2. El artículo 24 queda redactado de la forma siguiente:
«Artículo 24. Transacciones sobre derechos de la Seguridad Social.

No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si el deudor de la Seguridad Social incurriese en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores.»
- 3. El párrafo a) del apartado 1.1 del artículo 208 queda redactada de la forma siguiente:
 - «a) En virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.»
- 4. El número 2 del apartado 1 del artículo 208 queda redactado de la forma siguiente:
«2. Cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.»

Disposición final decimoséptima. Reforma de la Ley Cambiaria y del Cheque.

El artículo 50 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, queda redactado de la forma siguiente:

«El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas, una vez vencida la letra, cuando el pago no se haya efectuado. La misma acción podrá ejercitarse antes del vencimiento en los siguientes casos:

- a) Cuando se hubiere denegado total o parcialmente la aceptación.
- b) Cuando el librado, sea o no aceptante, se hallare declarado en concurso o hubiere resultado infructuoso el embargo de sus bienes.
- c) Cuando el librador de una letra, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se hallare declarado en concurso.

En los supuestos de los párrafos b) y c) los demandados podrán obtener del juez un plazo para el pago que en ningún caso excederá del día del vencimiento de la letra.»

Disposición final decimoctava. Reforma de la Ley del Mercado de Valores.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. Los apartados 8 y 9 del artículo 44 bis quedan redactados de la forma siguiente:

«8. Declarado el concurso de una entidad participante en los sistemas gestionados por la sociedad de sistemas, esta última gozará de derecho absoluto de separación respecto de los bienes o derechos en que se materialicen las garantías constituidas por dichas entidades participantes en los sistemas gestionados por aquélla. Sin perjuicio de lo anterior, el sobrante que reste después de la liquidación de las operaciones garantizadas se incorporará a la masa activa del concurso del participante.

9. Declarado el concurso de una entidad participante en los sistemas a que se refiere este artículo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin perjuicio de las competencias del Banco de España, podrá disponer, de forma inmediata y sin coste para el inversor, el traslado de sus registros contables de valores a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad. De igual forma, los titulares de tales valores podrán solicitar el traslado de los mismos a otra entidad. Si ninguna entidad estuviese en condiciones de hacerse cargo de los registros señalados, esta actividad será asumida por la sociedad de sistemas de modo provisional, hasta que los titulares soliciten el traslado del registro de sus valores. A estos efectos, tanto el juez del concurso como la administración concursal facilitarán el acceso de la entidad a la que vayan a traspasarle los valores a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectivo el traspaso. La existencia del procedimiento concursal no impedirá que se haga llegar a los titulares de los valores el efectivo procedente del ejercicio de sus derechos económicos o de su venta.»
- 2. Se introduce un nuevo apartado 6 en el artículo 58 con la siguiente redacción:

«6. Declarado el concurso de una entidad gestora del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, el Banco de España podrá disponer, de forma inmediata y sin coste para el inversor, el traspaso de los valores anotados a cuenta de terceros de otras entidades gestoras. De igual forma, los titulares de los valores podrán solicitar el traslado de los mismos a otra entidad gestora. A estos efectos, tanto el juez del concurso como la administración concursal facilitarán el acceso de la entidad gestora destinataria a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectivo el traspaso, asegurándose de este modo el ejercicio de los derechos de los titulares de los valores. La existencia del procedimiento concursal no impedirá que se haga llegar a los titulares de los valores el efectivo procedente del ejercicio de los derechos económicos o de su venta.»
- 3. El párrafo g) del apartado 2 del artículo 67 queda redactado de la forma siguiente:
 - «g) Que ninguno de los miembros de su Consejo de Administración, así como ninguno de sus Directores Generales o asimilados, se halle inhabilitado, en España o en el extranjero, como consecuencia de un procedimiento concursal; se encuentre procesado o, tratándose del procedimiento a que se refiere el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hubiera dictado auto de apertura del juicio oral; tenga antecedentes penales por delitos de falsedad, contra la Hacienda Pública, de infidelidad en la custodia de documentos, de violación de secretos, de blanqueo de capitales, de malversación de caudales públicos, de descubrimiento y revelación de secretos o contra la propiedad; o esté inhabilitado o suspendido, penal o administrativamente, para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras.»

- 4. El párrafo h) del artículo 73 queda redactado de la forma siguiente:
 - «h) Si la empresa de servicios de inversión o la persona o entidad es declarada judicialmente en concurso.»
- 5. El artículo 76 bis queda redactado de la forma siguiente:

«La Comisión Nacional del Mercado de Valores estará legitimada para solicitar la declaración de concurso de las empresas de servicios de inversión, siempre que de los estados contables remitidos por las entidades, o de las comprobaciones realizadas por los servicios de la propia Comisión, resulte que se encuentran en estado de insolvencia conforme a lo establecido en la Ley Concursal.»

Disposición final decimonovena. Reforma de la Ley del Mercado Hipotecario y de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

1. Se añaden dos nuevos párrafos al artículo 14 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, como apartado segundo, con la siguiente redacción:

«En caso de concurso, los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios gozarán del privilegio especial establecido en el número 1.º del apartado 1 del artículo 90 de la Ley Concursal.

Sin perjuicio de lo anterior, se atenderán durante el concurso, de acuerdo con lo previsto en el número 7.º del apartado 2 del artículo 84 de la Ley Concursal, y como créditos contra la masa, los pagos que correspondan por amortización de capital e intereses de las cédulas y bonos hipotecarios emitidos y pendientes de amortización en la fecha de solicitud del concurso hasta el importe de los ingresos percibidos por el concursado de los préstamos hipotecarios que respalden las cédulas y bonos hipotecarios.»

2. Se añade un apartado séptimo al artículo 13 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, con la siguiente redacción:

«Séptimo. En caso de concurso, los tenedores de cédulas territoriales gozarán del privilegio especial establecido en el número 1.º del apartado 1 del artículo 90 de la Ley Concursal.

Sin perjuicio de lo anterior, se atenderán durante el concurso, de acuerdo con lo previsto en el número 7.º del apartado 2 del artículo 84 de la Ley Concursal, y como créditos contra la masa, los pagos que correspondan por amortización de capital e intereses de las cédulas territoriales emitidas y pendientes de amortización en la fecha de solicitud del concurso hasta el importe de los ingresos percibidos por el concursado de los préstamos que respalden las cédulas.»

Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas.

El texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, queda modificado en los términos siguientes:

- 1. El artículo 124 quedará redactado de la forma siguiente:

«Artículo 124. Prohibiciones.

 1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.
 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.»
- 2. El apartado 2 del artículo 260 queda redactado de la forma siguiente:

«2. La declaración de concurso no constituirá, por si sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.»

- 3. El número 4.º del apartado 1 del artículo 260 tendrá la siguiente redacción:
 - «4.º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.»

- 4. El apartado 2 del artículo 262 pasa a tener la siguiente redacción:

«2. Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución.

Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.

Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso.»

- 5. El apartado 4 del artículo 262 tendrá la siguiente redacción:

«4. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.»

- 6. El apartado 5 del artículo 262 tendrá la siguiente redacción:

«5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.»

Disposición final vigésima primera. Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. El apartado 3 del artículo 58 queda redactado de la forma siguiente:

«3. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.»

- 2. El párrafo e) del apartado 1 del artículo 104 quedará redactado como sigue:
 - «e) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.»

- 3. El apartado 2 del artículo 104 queda redactado de la forma siguiente:

«2. La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.»

- 4. Los apartados 1 y 5 del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada quedan redactados de la forma siguiente:

«1. En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.»

«5. El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales.»

- 5. El apartado 2 del artículo 128 queda redactado de la forma siguiente:

«2. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley.»

Disposición final vigésima segunda. Reforma de la Ley de Cooperativas.

El párrafo d) del artículo 41 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, queda redactado de la forma siguiente:

- «d) Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, quienes se hallen impedidos para el ejercicio de empleo o cargo público y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer actividades económicas lucrativas.»

Disposición final vigésima tercera. Reforma de la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca.

La Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. El párrafo segundo del apartado 2 del artículo 43 queda redactado de la forma siguiente:

«Concorre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. En todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes tengan antecedentes penales por delitos de blanqueo de capitales relacionados con los delitos contra la salud pública, de falsedad, contra la Hacienda Pública, de infidelidad de la custodia de documentos, de violación de secretos, de malversación de caudales públicos, de descubrimiento y revelación de secretos o contra la propiedad, los inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección en entidades financieras y los inhabilitados conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.»

- 2. El párrafo g) del artículo 59 queda redactado de la forma siguiente:

- «g) Por la apertura de la fase de liquidación, cuando la sociedad se hallare declarada en concurso.»

- 3. Se añade un apartado 3 al artículo 59 con la siguiente redacción:

«3. En el supuesto previsto en el párrafo g) del apartado primero, la sociedad quedará automáticamente disuelta al producirse en el concurso la apertura de la fase de liquidación. El juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.»

Disposición final vigésima cuarta. Reforma de la Ley de entidades de capital riesgo.

La Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. El párrafo c) del apartado 2 del artículo 8 queda redactado de la forma siguiente:
 - «c) Que ninguno de los miembros de su Consejo de Administración, así como ninguno de sus Directores Generales o asimilados, se halle inhabilitado, en España o en el extranjero, como consecuencia de un procedimiento concursal, se encuentre procesado, o, tratándose del procedimiento a que se refiere el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hubiera dictado auto de apertura del juicio oral, o tenga antecedentes penales, por delitos de falsedad, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, de blanqueo de capitales, de receptación y otras conductas afines, de malversación de caudales públicos, contra la propiedad, o esté inhabilitado o suspendido, penal o administrativamente, para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras.»
- 2. El párrafo b) del artículo 13 quedará redactado de la forma siguiente:
 - «b) Por haber sido declarada en concurso.»
- 3. El apartado 2 del artículo 33 queda redactado de la forma siguiente:

«2. En caso de declaración de concurso de la sociedad gestora, la administración concursal deberá solicitar el cambio conforme al procedimiento descrito en el apartado anterior. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá acordar dicha sustitución cuando no sea solicitada por la administración concursal, dando inmediata comunicación de ella al juez del concurso.»

Disposición final vigésima quinta. Reforma de la Ley de agrupaciones de interés económico.

La Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, queda modificada en los términos siguientes:

- 1. El número 3.º del apartado 1 del artículo 18 queda redactado de la forma siguiente:
 - «3.º Por la apertura de la fase de liquidación, cuando la Agrupación se hallare declarada en concurso.»
- 2. Se añade un nuevo apartado al artículo 18 como apartado 2, con la siguiente redacción:

«2. En el supuesto previsto en el número 3.º del apartado anterior, la agrupación quedará automáticamente disuelta al producirse en el concurso la apertura de la fase de liquidación. El juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la agrupación conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal.»
- 3. El apartado 2 del artículo 18 pasará a ser apartado 3 con la siguiente redacción:

«3. En los supuestos contemplados en los números 4.º y 5.º del apartado 1, la disolución precisará acuerdo mayoritario de la asamblea. Si dicho acuerdo no se adoptare dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se produjere la causa de disolución cualquier socio podrá pedir que ésta se declare judicialmente.»
- 4. Los apartados 3 y 4 del artículo 18 pasan a ser apartados 4 y 5, respectivamente, conservando su actual redacción.

Disposición final vigésima sexta. Reforma del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros. [Derogada por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 octubre]

Disposición final vigésima octava. Reforma de la Ley de Contrato de Seguro.

El artículo 37 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, queda redactado de la forma siguiente:

«Las normas de los artículos 34 a 36 se aplicarán en caso de muerte del tomador del seguro o del asegurado y, declarado el concurso de uno de ellos, en caso de apertura de la fase de liquidación.»

Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de Agencia.

El párrafo b) del apartado 1 del artículo 26 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, queda redactado de la forma siguiente:

- «b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso.»

Disposición final trigésima. Reforma de la Ley de Navegación Aérea.

Se añaden dos nuevos párrafos al final del artículo 133 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de navegación aérea, como párrafos tercero y cuarto, con la siguiente redacción:

«Los privilegios y el orden de prelación establecidos en los apartados anteriores regirán únicamente en los supuestos de ejecución singular.

En caso de concurso, el derecho de separación de la aeronave previsto en la Ley Concursal se reconocerá a los titulares de los créditos privilegiados comprendidos en los números 1.º a 5.º del apartado primero. Si no se hubiere ejercitado ese derecho, la clasificación y graduación de créditos en el concurso se regirá por lo establecido en dicha Ley.»

Disposición final trigésima primera. Reforma de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, con la siguiente redacción:

«4. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo.»

Disposición final trigésima segunda. Título competencial.

La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas.

Disposición final trigésima tercera. Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos.

En el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.

Disposición final trigésima cuarta. Arancel de retribuciones.

En un plazo no superior a nueve meses, el Gobierno aprobará, mediante real decreto, el arancel de las retribuciones correspondientes a la administración concursal.

Disposición final trigésima quinta. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2004, salvo en lo que se refiere a la modificación de los artículos 463, 472 y 482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada por la disposición final tercera y al mandato contenido en la Disposición final trigésimosegunda, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Licencia



Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España

Licencia

LA OBRA (SEGÚN SE DEFINE MÁS ADELANTE) SE PROPORCIONA BAJO LOS TÉRMINOS DE ESTA LICENCIA PÚBLICA DE CREATIVE COMMONS ("CCPL" O "LICENCIA"). LA OBRA SE ENCUENTRA PROTEGIDA POR LA LEY ESPAÑOLA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y/O CUALESQUIERA OTRAS NORMAS RESULTEN DE APLICACIÓN. QUEDA PROHIBIDO CUALQUIER USO DE LA OBRA DIFERENTE A LO AUTORIZADO BAJO ESTA LICENCIA O LO DISPUESTO EN LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

MEDIANTE EL EJERCICIO DE CUALQUIER DERECHO SOBRE LA OBRA, USTED ACEPTA Y CONSIENTE LAS LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DE ESTA LICENCIA. EL LICENCIADOR LE CEDE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN ESTA LICENCIA, SIEMPRE QUE USTED ACEPTE LOS PRESENTES TÉRMINOS Y CONDICIONES.

1. Definiciones

- a. La "**obra**" es la creación literaria, artística o científica ofrecida bajo los términos de esta licencia.
- b. El "**autor**" es la persona o la entidad que creó la obra.
- c. Se considerará "**obra conjunta**" aquella susceptible de ser incluida en alguna de las siguientes categorías:
 - i. "**Obra en colaboración**", entendiéndose por tal aquella que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores.
 - ii. "**Obra colectiva**", entendiéndose por tal la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre y que esté constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.
 - iii. "**Obra compuesta e independiente**", entendiéndose por tal la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última.
- d. Se considerarán "**obras derivadas**" aquellas que se encuentren basadas en una obra o en una obra y otras preexistentes, tales como: las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y, en general, cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica, salvo que la obra resultante tenga el carácter de obra conjunta en cuyo caso no será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia. Para evitar la duda, si la obra consiste en una composición musical o grabación de sonidos, la sincronización temporal de la obra con una imagen en movimiento ("synching") será considerada como una obra derivada a los efectos de esta licencia.
- e. Tendrán la consideración de "**obras audiovisuales**" las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, así como las composiciones musicales, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.
- f. El "**licenciador**" es la persona o la entidad que ofrece la obra bajo los términos de esta licencia y le cede los derechos de explotación de la misma conforme a lo dispuesto en ella.

- g. **"Usted"** es la persona o la entidad que ejercita los derechos cedidos mediante esta licencia y que no ha violado previamente los términos de la misma con respecto a la obra, o que ha recibido el permiso expreso del licenciador de ejercitar los derechos cedidos mediante esta licencia a pesar de una violación anterior.
- h. La **"transformación"** de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos según se define más adelante, se considerará también transformación la reordenación de la misma. La creación resultante de la transformación de una obra tendrá la consideración de obra derivada.
- i. Se entiende por **"reproducción"** la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.
- j. Se entiende por **"distribución"** la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.
- k. Se entenderá por **"comunicación pública"** todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. A efectos de esta licencia se considerará comunicación pública la puesta a disposición del público de la obra por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de la obra de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija.
- l. La **"explotación"** de la obra comprende su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.
- m. Tendrán la consideración de **"bases de datos"** las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos propiamente dichas que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos.
- n. Los **"elementos de la licencia"** son las características principales de la licencia según la selección efectuada por el licenciador e indicadas en el título de esta licencia: Reconocimiento de autoría (Reconocimiento), Sin uso comercial (NoComercial), Sin obras derivadas (SinObraDerivada).

2. Límites y uso legítimo de los derechos. Nada en esta licencia pretende reducir o restringir cualesquiera límites legales de los derechos exclusivos del titular de los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual o cualesquiera otras leyes aplicables, ya sean derivados de usos legítimos, tales como el derecho de copia privada o el derecho a cita, u otras limitaciones como la derivada de la primera venta de ejemplares.

3. Concesión de licencia. Conforme a los términos y a las condiciones de esta licencia, el licenciador concede (durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual) una licencia de ámbito mundial, sin derecho de remuneración, no exclusiva e indefinida que incluye la cesión de los siguientes derechos:

- a. Derecho de reproducción, distribución y comunicación pública sobre la obra.
- b. Derecho a incorporarla en una o más obras conjuntas o bases de datos y para su reproducción en tanto que incorporada a dichas obras conjuntas o bases de datos.
- c. Derecho de distribución y comunicación pública de copias o grabaciones de la obra, como incorporada a obras conjuntas o bases de datos.

Los anteriores derechos se pueden ejercitar en todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer. Los derechos mencionados incluyen el derecho a efectuar las modificaciones que sean precisas técnicamente para el ejercicio de los derechos en otros medios y formatos. Todos los derechos no cedidos expresamente por el licenciador quedan reservados, incluyendo, a título enunciativo pero no limitativo, los derechos establecidos en la sección 4d.

4. Restricciones. La cesión de derechos que supone esta licencia se encuentra sujeta y limitada a las restricciones siguientes:

- a. Usted puede reproducir, distribuir o comunicar públicamente la obra solamente bajo los términos de esta licencia y debe incluir una copia de la misma, o su Identificador Uniforme de Recurso (URI), con cada copia o grabación de la obra que usted reproduzca, distribuya o comunique públicamente. Usted no puede ofrecer o imponer ningún término sobre la obra que altere o restrinja los términos de esta licencia o el ejercicio de sus derechos por parte de los cesionarios de la misma. Usted no puede sublicenciar la obra. Usted debe mantener intactos todos los avisos que se refieran a esta licencia y a la ausencia de garantías. Usted no puede reproducir, distribuir o comunicar públicamente la obra con medidas tecnológicas que controlen el acceso o uso de la obra de una manera contraria a los términos de esta licencia. Lo anterior se aplica a una obra en tanto que incorporada a una obra conjunta o base de datos, pero no implica que éstas, al margen de la obra objeto de esta licencia, tengan que estar sujetas a los términos de la misma. Si usted crea una obra conjunta o base de datos, previa comunicación del licenciador, usted deberá quitar de la obra conjunta o base de datos cualquier crédito requerido en el apartado 4c, según lo que se le requiera y en la medida de lo posible.
- b. Usted no puede ejercitar ninguno de los derechos cedidos en la sección 3 anterior de manera que pretenda principalmente o se encuentre dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada. El intercambio de la obra por otras obras protegidas por la propiedad intelectual mediante sistemas de compartir archivos no se considerará como una manera que pretenda principalmente o se encuentre dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada, siempre que no haya ningún pago de cualquier remuneración monetaria en relación con el intercambio de las obras protegidas.
- c. Si usted reproduce, distribuye o comunica públicamente la obra o cualquier obra conjunta o base de datos que la incorpore, usted debe mantener intactos todos los avisos sobre la propiedad intelectual de la obra y reconocer al autor original, de manera razonable conforme al medio o a los medios que usted esté utilizando, indicando el nombre (o el seudónimo, en su caso) del autor original si es facilitado, y/o reconocer a aquellas partes (por ejemplo: institución, publicación, revista) que el autor original y/o el licenciador designen para ser reconocidos en el aviso legal, las condiciones de uso, o de cualquier otra manera razonable; el título de la obra si es facilitado; de manera razonable, el Identificador Uniforme de Recurso (URI), si existe, que el licenciador especifica para ser vinculado a la obra, a menos que tal URI no se refiera al aviso sobre propiedad intelectual o a la información sobre la licencia de la obra. Tal aviso se puede desarrollar de cualquier manera razonable; con tal de que, sin embargo, en el caso de una obra conjunta o base de datos, aparezca como mínimo este aviso allá donde aparezcan los avisos correspondientes a otros autores y de forma comparable a los mismos.
- d. Para evitar la duda, sin perjuicio de la preceptiva autorización del licenciador, y especialmente cuando la obra se trate de una obra audiovisual, el licenciador se reserva el derecho exclusivo a percibir, tanto individualmente como mediante una entidad de gestión de derechos, o varias, (por ejemplo: SGAE, Dama, VEGAP), los derechos de explotación de la obra, así como los derivados de obras conjuntas o bases de datos, si dicha explotación pretende principalmente o se encuentra dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada.
- e. En el caso de la inclusión de la obra en alguna base de datos o recopilación, el propietario o el gestor de la base de datos deberá renunciar a cualquier derecho relacionado con esta inclusión y concerniente a los usos de la obra una vez extraída de las bases de datos, ya sea de manera individual o conjuntamente con otros materiales.

5. Exoneración de responsabilidad

A MENOS QUE SE ACUERDE MUTUAMENTE ENTRE LAS PARTES, EL LICENCIADOR OFRECE LA OBRA TAL CUAL (ON AN "AS-IS" BASIS) Y NO CONFIERE NINGUNA GARANTÍA DE CUALQUIER TIPO RESPECTO DE LA OBRA O DE LA PRESENCIA O AUSENCIA DE ERRORES QUE PUEDAN O NO SER DESCUBIERTOS. ALGUNAS JURISDICCIONES NO PERMITEN LA EXCLUSIÓN DE TALES GARANTÍAS, POR LO QUE TAL EXCLUSIÓN PUEDE NO SER DE APLICACIÓN A USTED.

6. Limitación de responsabilidad.

SALVO QUE LO DISPONGA EXPRESA E IMPERATIVAMENTE LA LEY APLICABLE, EN NINGÚN CASO EL LICENCIADOR SERÁ RESPONSABLE ANTE USTED POR CUALQUIER TEORÍA LEGAL DE CUALESQUIERA DAÑOS RESULTANTES, GENERALES O ESPECIALES (INCLUIDO EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE), FORTUITOS O CAUSALES, DIRECTOS O INDIRECTOS, PRODUCIDOS EN CONEXIÓN CON ESTA LICENCIA O EL USO DE LA OBRA, INCLUSO SI EL LICENCIADOR HUBIERA SIDO INFORMADO DE LA POSIBILIDAD DE TALES DAÑOS.

7. Finalización de la licencia

- a. Esta licencia y la cesión de los derechos que contiene terminarán automáticamente en caso de cualquier incumplimiento de los términos de la misma. Las personas o entidades que hayan recibido obras conjuntas o bases de datos de usted bajo esta licencia, sin embargo, no verán sus licencias finalizadas, siempre que tales personas o entidades se mantengan en el cumplimiento íntegro de esta licencia. Las secciones 1, 2, 5, 6, 7 y 8 permanecerán vigentes pese a cualquier finalización de esta licencia.
- b. Conforme a las condiciones y términos anteriores, la cesión de derechos de esta licencia es perpetua (durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual aplicables a la obra). A pesar de lo anterior, el licenciador se reserva el derecho a divulgar o publicar la obra en condiciones distintas a las presentes, o de retirar la obra en cualquier momento. No obstante, ello no supondrá dar por concluida esta licencia (o cualquier otra licencia que haya sido concedida, o sea necesario ser concedida, bajo los términos de esta licencia), que continuará vigente y con efectos completos a no ser que haya finalizado conforme a lo establecido anteriormente.

8. Miscelánea

- a. Cada vez que usted explote de alguna forma la obra, o una obra conjunta o una base de datos que la incorpore, el licenciador original ofrece a los terceros y sucesivos licenciatarios la cesión de derechos sobre la obra en las mismas condiciones y términos que la licencia concedida a usted.
- b. Si alguna disposición de esta licencia resulta inválida o inaplicable según la Ley vigente, ello no afectará la validez o aplicabilidad del resto de los términos de esta licencia y, sin ninguna acción adicional por cualquiera de las partes de este acuerdo, tal disposición se entenderá reformada en lo estrictamente necesario para hacer que tal disposición sea válida y ejecutiva.
- c. No se entenderá que existe renuncia respecto de algún término o disposición de esta licencia, ni que se consiente violación alguna de la misma, a menos que tal renuncia o consentimiento figure por escrito y lleve la firma de la parte que renuncie o consienta.
- d. Esta licencia constituye el acuerdo pleno entre las partes con respecto a la obra objeto de la licencia. No caben interpretaciones, acuerdos o términos con respecto a la obra que no se encuentren expresamente especificados en la presente licencia. El licenciador no estará obligado por ninguna disposición complementaria que pueda aparecer en cualquier comunicación de usted. Esta licencia no se puede modificar sin el mutuo acuerdo por escrito entre el licenciador y usted.

Creative Commons no es parte de esta licencia, y no ofrece ninguna garantía en relación con la obra. Creative Commons no será responsable frente a usted o a cualquier parte, por cualquier teoría legal de cualesquiera daños resultantes, incluyendo, pero no limitado, daños generales o especiales (incluido el daño emergente y el lucro cesante), fortuitos o causales, en conexión con esta licencia. A pesar de las dos (2) oraciones anteriores, si Creative Commons se ha identificado expresamente como el licenciador, tendrá todos los derechos y obligaciones del licenciador.

Salvo para el propósito limitado de indicar al público que la obra está licenciada bajo la CCPL, ninguna parte utilizará la marca registrada "Creative Commons" o cualquier marca registrada o insignia relacionada con "Creative Commons" sin su consentimiento por escrito. Cualquier uso permitido se hará de conformidad con las pautas vigentes en cada momento sobre el uso de la marca registrada por "Creative Commons", en tanto que sean publicadas su sitio web (website) o sean proporcionadas a petición previa.