

La Administración Concursal en la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio

RICARDO RAMA VILLAVERDE
Abogado

sumario

- I. PREVIO.
- II. CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
- III. DESIGNACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
- IV. COMPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
- V. DILIGENCIA EXIGIDA Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
- VI. CONTENIDO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.
 - VI.1. Funciones de control del patrimonio y actividad de la concursada.
 - VI.2. Elaboración del informe.
 - VI.3. Estructura del informe.
 - VI.4. Documentación complementaria.
 - VI.4.1. *Determinación o Inventario de la masa activa.*
 - VI.4.2. *Formación del inventario de la masa activa.*
 - VI.4.3. *Composición de la masa pasiva: Contenido y estructura.*
 - VI.4.4. *Lista de Acreedores.*
 - VI.4.5. *Comunicación a los acreedores de la cuantía y calificación del crédito.*
 - VI.5. Remuneración de los administradores concursales.

La Administración Concursal en la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio

RICARDO RAMA VILLAVARDE
Abogado

I. PREVIO

Cuando dí mis primeros pasos en el mundo concursal me hicieron unos comentarios de los insignes juristas, muy versados en Derecho Concursal, de innegable relieve en los momentos actuales, en los que acaba de entrar en vigor una nueva Ley Concursal compuesta por 230 artículos y 3 disposiciones adicionales; 2 disposiciones transitorias; 1 disposición derogatoria y 35 disposiciones finales, que difiere mucho de la letra y del espíritu de la legislación derogada.

Por una parte, el que durante tantos años fue Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, D. Antonio Pedrol Rius, allá por el año 1975 me comentó que la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no debía ser tan mala cuando perduró tantos años, estando previsto en el artículo adicional segundo que, pasados cuatro años de vigencia de esta Ley, el Gobierno podrá suspender sus efectos. Porque, a su juicio, lo mejor de la Ley era no lo que decía, sino lo que no decía y el ser tan corta, al estar formada por sólo 24 artículos y dos adicionales, lo que daba un amplio margen de actuación e interpretación a los juristas y a la jurisprudencia, adaptándola al momento y a las circunstancias en la que se aplicaba. Precisamente esta circunstancia permitió una reconversión industrial, sin traumas, allá por los años ochenta.

De otra parte, un Magistrado designado por la Sala del Gobierno del Tribunal Supremo, Juez-Especial de un Grupo de Empresas con jurisdicción sobre todo el territorio nacional,

al nombrarme Administrador Judicial me significó que el procedimiento de suspensión de pagos de las cuatro Empresas que conformaban el Grupo podía estar concluido en diez meses, pero la consecuencia de todo ello serían, al menos, cinco mil pleitos, por lo que era preferible ralentizar el procedimiento y resolver todas las cuestiones relacionadas con el mismo, para evitar ulteriores contenciosos y así se hizo y de esta forma se evitaron, pero la propia Ley permitía esta ralentización, contraria al espíritu de la actual.

Es indudable que estos comentarios no tienen cabida en la nueva Ley Concursal, demasiado extensa, tratando de dar la máxima celeridad al procedimiento y regulándolo de una forma tan minuciosa y casuística que, en múltiples ocasiones, es difícil de interpretar y mucho más de aplicar como tendremos ocasión de constatar a lo largo de la presente exposición y análisis de la labor y funciones de la Administración Concursal en la nueva Ley.

II. CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Dos son las innovaciones más importantes de la nueva Ley Concursal. La primera, es la unidad legal de sistema y disciplina, acabando así con el anacronismo y la dispersión procedimental, provocada por la existencia de hasta cuatro procedimientos diferentes que regulaban, en cuerpos legislativos distintos —como eran la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, los Códigos de Comercio de 1829 y de 1885 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881—, las salidas a una crisis empresarial, por cuanto la Ley 22/2003, de 9 de julio, unifica en un texto legal único todas las situaciones que pueden afectar al patrimonio del concursado. La segunda innovación es la simplificación de la estructura orgánica del concurso, al reducir a dos el número de órganos necesarios en el procedimiento, eliminando el protagonismo que, en la legislación anterior, tenían los acreedores, que sólo intervienen en la fase del Convenio, si no se aprueba por el sistema de adhesiones escritas a una propuesta anticipada y al propio Ministerio Fiscal, cuya participación se limita a la pieza sexta, sobre la calificación del concurso, si procede su apertura.

Los dos únicos órganos que intervienen en el concurso, en su configuración actual, son el Juez de lo Mercantil, al que se le supone especializado en esta materia, que es el órgano rector del procedimiento, al que se le dota de amplias facultades y con jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideren de especial trascendencia para el patrimonio del deudor y una amplia discrecionalidad en el ejercicio de su competencias, si bien sus resoluciones deberán estar motivadas.

El segundo órgano interviniente en el concurso es la Administración Concursal, a la que la Ley concede una especial atención, dedicando un capítulo exclusivamente a esta figura que, juntamente con el Juez de lo Mercantil, se convierte en la pieza angular del nuevo procedimiento de ejecución universal. Se la configura como órgano colegiado en el que se exige ser “profesional no profesionalizado” en aquellas materias de relevancia para todo el concurso, cuales son la económica y la jurídica, con la presencia representativa de un acreedor ordinario que también debe ser un profesional, con la única excepción de concursos de escasa entidad económica, en los que el Juez de lo Mercantil puede acordar la designación de un solo Administrador Concursal.

Tal y como se regula en la nueva Ley Concursal, los Administradores Concursales son algo más que unos simples mandatarios del Juez Mercantil, pues asumen funciones que, en ocasiones, pueden considerarse para-judiciales, como es en el supuesto de rehabilitación de contratos en determinadas condiciones. En este sentido se puede definir a la Administración Concursal como aquella figura jurídica formada por una o tres personas designadas discrecionalmente por el Juez del concurso, entre los profesionales en quienes concurren los requisitos del artículo 21.1, con una función de asistencia, vigilancia, gestión y/o liquidación de determinados bienes o derechos pertenecientes a una persona física o jurídica en situación de insolvencia, una vez declarada, y la obligación de elaborar un informe, en el plazo de dos meses, comprensivo de los extremos contenidos en el artículo 75 de la Ley Concursal.

III. DESIGNACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Como “conditio sine qua non” para que la Administración Concursal pueda ejercer las funciones que la Ley le encomienda es preciso, primero, su nombramiento y, luego, su aceptación.

En orden al primero de los condicionantes y que debiera ser de fácil averiguación, aunque no lo es tanto por la falta de claridad en el texto legal, al disponer el art. 21.1 “El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: 2º. 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”, para, por contra, señalar el artículo 26 “Declarado el concurso ..., el Juez ordenará la formación de la Sección Segunda, que comprenderá todo lo relativo a la Administración Concursal, al nombramiento y al estatuto de los Administradores Concursales, a la determinación de sus facultades ...”. Ante la falta de sintonía entre

ambos preceptos, una parte de la doctrina se ha inclinado por sostener que el momento en que se constituye la Administración Concursal es el de la declaración de concurso, en tanto que otra se muestra partidaria de que la Administración Concursal se constituye al formarse la Sección Segunda, por estar expresamente dispuesto y además con carácter taxativo, por el artículo 26 de la Ley Concursal.

Esta discusión, que tiene una trascendencia no sólo teórica sino también práctica, porque afecta al cómputo de los plazos, por otra parte muy exiguos como tendremos ocasión de comprobar, entendemos que debe ser resuelta en el sentido de que la Administración Concursal se constituye en el instante mismo en que acepta su designación y toma posesión de su cargo, con independencia del momento en que se forme la Sección Segunda, ya que al abrirla no se hace un nuevo nombramiento de la Administración Concursal, sino, simplemente, se ratifica y testimonia lo que se acordó en el auto de declaración de concurso.

Otra cuestión importante para determinar el momento en que debe iniciarse el cómputo de los plazos marcados por la Ley es el concretar si la Administración Concursal se considera legalmente constituida, a todos los efectos, cuando han sido designados y han aceptado los tres miembros o es suficiente con que lo hayan hecho dos. Cuestión trascendente si tenemos en cuenta que el artículo 21.1.2º establece que “El auto de declaración de concurso contendrá ... el nombramiento y las facultades de los administradores” y los Jueces de lo Mercantil, en el supuesto de concurso necesario, e incluso en el voluntario designan sólo a los dos Administradores Concursales, dejando para un momento posterior el nombramiento del tercer Administrador, en la persona de un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado. Se basa, para ello, en lo que dispone el artículo 27.1.3º de la L.C., a cuyo tenor “El Juez procederá al nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurren esas condiciones”. En este supuesto, entendemos que el plazo de los dos meses fijado para la emisión del informe debiera computarse a partir de la fecha en que ha aceptado el Administrador designado en representación de un acreedor ordinario, por cuanto asume las mismas responsabilidades que los otros dos en la emisión y no es justo que se le acorten los plazos legalmente establecidos, pero el art. 71.1, en contra de toda lógica, es terminante al establecer expresamente que el plazo de dos meses para la presentación del informe “se contará a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos”. La designación debe ser puesta en conocimiento del interesado de forma inmediata, al disponer el artículo 29.1 de la Ley Concursal que “El nombramiento de Administrador Concursal será comunicado al designado por el medio más rápido” y la aceptación

debe producirse en los cinco días siguientes, a no ser que manifieste encontrarse incurso en causa de recusación.

La aceptación del designado es obligatoria, por cuanto el artículo 29.2 establece que de no comparecer o de no aceptar el cargo el designado, no se le podrá nombrar Administrador Concursal en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años. No obstante, esta sanción no aparece recogida en la relación de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones indicadas en el artículo 28 de la Ley Concursal, aunque estimamos debe sobreentenderse incluida entre las mismas, máxime al crearse un Registro Público de Resoluciones Judiciales (art. 198), en el que se asentarán todas estas incidencias.

La aceptación obligatoria del cargo de Administrador Concursal, aunque con el nombre de Interventor Judicial, ya venía establecida en la legislación anterior, si bien nos parece más racional el actual sistema de sanciones, por cuanto en la nueva Ley, a diferencia de la derogada, sólo podrán ser designados los que voluntariamente se inscriban en su Colegio Profesional, de ahí que si manifestaron su voluntad, de forma voluntaria, de que estaban dispuestos a formar parte del Organo de Administradores Concursales, no puedan, a su voluntad y conveniencia, rechazar su nombramiento, en perjuicio del propio procedimiento al retrasarse su inicio hasta tanto no se designe y acepte otro Administrador Concursal, al menos en el concurso necesario.

Lo que estimamos no está tan justificada “es la sanción” al acreedor ordinario si no acepta el nombramiento de que ha sido objeto, ya que en ningún momento ha mostrado su voluntad de formar parte del Organo de Administración ni tampoco lo pide, si bien la sanción es muy diferente a la que imponía la legislación anterior, cual era la posible pérdida de su crédito, ya que se limita a no poder ser designado en un periodo de tres años, en el partido judicial, ante la falta de interés en ser Administrador Concursal como acreedor ordinario y en representación de los mismos.

Consecuente con la obligatoriedad del cargo es la no admisión de la renuncia al mismo, establecida en el art. 29.3 de la Ley Concursal, al disponer que “Aceptado el cargo, el designado sólo podrá renunciar por causa grave”. No consideramos muy afortunada la expresión utilizada por el legislador de “causa grave”, pues hubiera sido mucho más atinada la expresión que ya usó para no aceptar el cargo de “justa causa”, pues puede haber múltiples razones, después de haber aceptado el cargo, para renunciar a él sin que exista “causa grave”, aunque sí “justa”, como puede ser que el acreedor haya transmitido su crédito; que el “administrador profesional” traslade su domicilio a un lugar distante del que tiene el concursado, etc.

IV. COMPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El artículo 27 de la Ley Concursal regula el supuesto general de composición de la Administración Concursal y dos excepciones al mismo. El supuesto general está contemplado en el número 1, del precitado artículo 27, estableciendo los requisitos objetivos que deben concurrir en los designados y su composición al establecer que “La Administración Concursal estará integrada por los siguientes miembros:

- 1º. Un Abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio activo.
- 2º. Un Auditor de Cuentas, Economista o Titulado Mercantil colegiado, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio activo.
- 3º. Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado.

Cuando el acreedor designado sea una persona jurídica deberá nombrar en su representación a un profesional económico que cumpla las exigencias legales y cuando sea una persona física, podrá participar directamente en la administración, cualquiera que sea su cualificación, aunque sometido a las mismas incompatibilidades y responsabilidades que el resto de los miembros, pero si quiere delegar su representación en tercero, deberá hacerlo en un profesional económico que cumpla los requisitos del artículo 27.2º, porque el acreedor se limitará a proponerlo y será el Juez del Concurso el que lo designe.

De lo anteriormente expuesto resulta claro que la designación de Administrador Concursal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 30, puede recaer en una persona jurídica, con la particularidad de que, al aceptar el cargo, debe comunicar la identidad de la persona física que vaya a representarla. Con esta concreción se permite que la designación de Administrador Concursal recaiga en firmas de Despachos Jurídicos y de Auditores, circunstancia que ya concurría en la legislación anterior, si bien los jueces son partidarios de nombrar personas físicas, por lo que era y es raro encontrar una designación a favor de un Despacho Jurídico o Económico.

La postura de la nueva Ley Concursal, en orden a los requisitos que deben concurrir en el Administrador Concursal designado de entre los acreedores no la consideramos muy acertada, según resulta de las siguientes consideraciones:

1º. Porque, según el artículo 27, el acreedor designado ha de ser titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. Esta redacción puede inducir a confusión, pues qué entiende el legislador por crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado. Estimamos que quiere referirse a aquellos créditos que gozan de una garantía de carácter personal prestada por terceros, como puede ser la de un fiador o avalista contemplada en los apartados 6 y 7 del artículo 87, pues si se tratara de una garantía real no se podría hablar de “privilegio general”, sino “especial”. No obstante ello, no consideramos correcta esta exigencia, por cuanto un acreedor puede ser titular de un crédito que, en parte, esté garantizado por tercero y en parte no y entonces la duda que surge es ¿puede ser Administrador Concursal? En la práctica, ante la indeterminación de la Ley, los Jueces de lo Mercantil suelen adoptar la postura positiva y designan al acreedor que tiene sólo una parte de su crédito garantizado por tercero, que es la más lógica y justa.

2º. Porque si el acreedor designado es una persona física, en la que no concurra la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar de una manera directa en la Administración Concursal (art. 27.1), pero, por el contrario, el número 2, del artículo 34, establece una norma que consideramos un verdadero dislate y de dudosa constitucionalidad, cual es que percibirá, como remuneración, la mitad de los administradores profesionales. Y lo consideramos un dislate porque asume las mismas obligaciones y responsabilidades que los dos profesionales, sin embargo se le remunera menos, sin tener en cuenta que su participación en el concurso puede ser muy positiva e intensa. Imaginemos, por un momento, que la Empresa declarada en concurso se dedica a la construcción o es un laboratorio de productos farmacéuticos y el designado Administrador Concursal es un ingeniero, arquitecto, arquitecto técnico o un biólogo, por ejemplo. Es indudable que su participación en las labores de control y de gestión de la sociedad, máxime si continúa con su actividad y se pretende que siga desarrollándola, será muy positiva y lo mismo podemos decir en orden a la elaboración del inventario y a la fijación de la masa activa del concurso, ya que se le suponen unos conocimientos, al menos, tan efectivos en la materia, como los de los otros miembros de la Administración Concursal y sin embargo, por imposición legal, su remuneración sólo alcanzará la mitad de lo que cobre cada uno de los compañeros de Administración. A este respecto y a mayor abundamiento, cabe señalar que el artículo 35.2 establece que “... las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Las decisiones se adoptarán por mayoría, de no alcanzarse ésta, resolverá el Juez”. En suma, pues, al Administrador designado entre los acreedores se le equipara a los dos profesionales que con él forman el Órgano Concursal, pero sólo en cuanto a obligaciones, facultades y responsabilidades, pero no la remuneración, si no delega su representación en

persona que reúna las condiciones requeridas en el artículo 27.1.2º, circunstancia ésta que no es asumible ni legítima.

3º. Porque si el Administrador designado de entre los acreedores es persona física y no quiere ejercer directamente y en todos los supuestos de persona jurídica, la Ley establece que necesariamente la representación ha de recaer en un economista, auditor de cuentas o titulado mercantil colegiado, con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo. En su afán de controlar y regular todos los extremos del procedimiento, el legislador llega a imponer las condiciones que debe reunir la persona en quien se delega la representación y entendemos que no de una manera muy acertada, porque hubiera sido más justo que lo dejase a la discrecionalidad del Juez y no disponer que sea un profesional económico, porque ya existe uno, por lo que, teniendo en cuenta que una de las finalidades perseguidas por la nueva Ley es conseguir la supervivencia de la Empresa y que continúe desarrollando la actividad que constituye su objeto, lo más lógico es que el acreedor nombrado pudiera designar, para representarle, a un profesional relacionado con la actividad de la Empresa concursada, que pudiera complementar los conocimientos de los otros dos profesionales designados.

Las dos excepciones al supuesto general contemplado en el artículo 27 de la Ley Concursal, que se recogen en el propio precepto, en su número 2, son:

a) Cuando la sociedad declarada en concurso tenga por objeto la emisión de valores o instrumentos derivados que se negocien en el mercado secundario oficial o se dedique a la negociación, compensación o liquidación de esos valores; o cuando se trate de una sociedad de crédito o de seguros, el Juez se limitará a designar, como Administradores Concursales, a la terna que propongan la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el Fondo de Garantía al que pertenezca la sociedad declarada en concurso; el Fondo de Garantía de Depósitos o el Consorcio de Compensación de Seguros, según el tipo de Sociedad al que pertenezca la declarada en concurso.

b) Para las Sociedades de escasa entidad económica, a las que se les aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191, la Administración Concursal podrá estar formada por un solo miembro, que reúna los requisitos exigidos en el artículo 27.1.1º y 2º, es decir que sean profesionales de los campos económico o jurídico y que tenga experiencia, al menos de cinco años, de ejercicio efectivo.

V. DILIGENCIA EXIGIDA Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La Ley, en su artículo 35, regula el ejercicio del cargo por parte de los Administradores Concursales e incluso de los Auxiliares Delegados, significando que “desempeñarán su cargo con la **diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal**”.

La invocación que este precepto hace a la diligencia de un ordenado administrador, al tiempo que introduce un nuevo parámetro de conducta exigible a los órganos del Concurso, también da entrada a un término nebuloso, porque no aclara cuál es la diligencia exigible a un ordenado administrador.

Entendemos que el legislador concursal ha querido aplicar a los Administradores Concursales, en este aspecto, la misma normativa que a los Administradores Societarios, pero se encontró con el “handicap” de la improcedencia de aplicar el término utilizado en los artículos 127 de la Ley de Sociedades Anónimas y 60 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que hablan de un “ordenado empresario”, por cuanto los Administradores Concursales no son comerciantes ni empresarios, o al menos no se les nombra en tal sentido, al haberse inclinado el legislador, como se reconoce en la propia Exposición de Motivos, por “profesionales no profesionalizados”, lo que, a nuestro modesto entender, es un craso error, ya que el mundo moderno camina hacia la especialización y tal y como está concebida, en estos momentos, la Administración Concursal o se cambia mucho su configuración o cada vez habrá menos profesionales que deseen integrar este órgano Concursal.

En base a lo expuesto, estimamos que la diligencia exigida a los Administradores Concursales es la misma que a los Administradores de las Sociedades Mercantiles, respecto de los que el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que “desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, cumpliendo con las normas legales y reglamentarias que se imponen a los comerciantes”. Esta interpretación es congruente con las responsabilidades exigidas al Administrador Concursal en el artículo 36, coincidente con las establecidas en los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas para los Administradores.

Por otro lado no debe olvidarse que, al menos, dos de los tres Administradores Concursales son profesionales económicos y jurídicos adscritos a su Colegio respectivo, por lo que la diligencia de la actividad a desplegar debe estar acorde con la capacita-

ción técnica que se les supone y estarán sometidos al código deontológico y régimen disciplinario de su Colegio.

En todo caso, la Administración Concursal se encuentra bajo la vigilancia del Juez Mercantil que la designó, que será el que adopte las decisiones que, al respecto, estime más convenientes, en razón a la actuación de los Administradores en el cumplimiento de sus funciones, pudiendo incluso de oficio, cuando concurra justa causa, separar de su cargo a los Administradores Concursales o a alguno de ellos, mediante resolución razonada y legalmente fundamentada, que no podrá ser objeto de recurso ni de un planteamiento de incidente concursal.

En cuando a la otra exigencia del artículo 35, relativa al comportamiento de los Administradores Concursales, de que deben actuar como “representantes leales”, tampoco define la Ley en que debe consistir, aunque, entendemos, que se les está exigiendo un deber de fidelidad al cargo que se les ha concedido, que les obliga a anteponer los intereses del concurso a los personales, de ahí el contenido del artículo 43 de la nueva Ley Concursal al indicar que “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**”.

Consecuente, el legislador, con las funciones, deberes y obligaciones impuestas a los Administradores Concursales, estableció un régimen de responsabilidades, regulado en el artículo 36, del Organo Concursal frente a los acreedores y al deudor por los daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia, que está en consonancia con las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, respecto a las responsabilidades que establecen para los Administradores Societarios.

El legislador, al regular la responsabilidad de los Administradores Concursales, sigue el modelo de los societarios hasta el extremo de que existen coincidencias literales en la redacción de los artículos 36.2, de la Ley Concursal, 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La acción de responsabilidad contra los Administradores Concursales prescribe a los cuatro años de su cese o de que se conoce el acto lesivo y puede ejercitarse por el deudor o los acreedores respecto de aquellos actos u omisiones que dañen a la masa o a su propio patrimonio y se sustanciará por los trámites del declarativo que corresponda ante el Juez que conozca o haya conocido del concurso.

En esta dualidad de acciones recogida en el artículo 36 de la Ley Concursal se ve, también, su paralelismo con las Leyes Societarias, pues la acción de responsabilidad por daños y perjuicios causados a la masa se corresponde con la acción social de responsabilidad y la de por daños a los intereses personales del deudor, de los acreedores o de terceros, con la acción individual de responsabilidad.

VI. CONTENIDO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

En la etapa o fase común del procedimiento concursal o primera etapa, la actividad de la Administración Concursal debe dirigirse en una doble dirección y desplegarse desde el momento mismo de su aceptación y toma de posesión, de forma colegiada por los tres Administradores Concursales, salvo la que el Juez del Concurso confíe individualmente a alguno de sus miembros. Nos estamos refiriendo a las funciones de control o gestión patrimonial que conforma la masa activa y a la de elaboración del informe en el plazo y forma regulados en los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal y que pasamos a analizar por separado.

VI.1. Funciones de control del patrimonio y actividad de la concursada

En la legislación concursal vigente hasta el 1 de septiembre de 2004, el comerciante inmerso en un expediente de suspensión de pagos conservaba la administración de su bienes y la gerencia de sus negocios, al disponerlo así el artículo 6, párrafo primero, de la Ley de 26 de julio de 1922, en tanto que el declarado en quiebra “queda de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra” y “Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de su bienes”, por establecerse expresamente en los artículos 1.035 del Código de Comercio de 1829 y 878 del mismo cuerpo legal, pero de 1885.

Por consiguiente, en el expediente de suspensión de pagos la función de la Intervención Judicial era de simple control, vigilando que el comerciante suspenso no realizase actuaciones que perjudicasen al activo social, que era la única garantía que tenían los acreedores para el cobro de sus créditos. Por contra, en el procedimiento de quiebra, el quebrado o el concursado, si se trataba de un concurso, quedaban desapoderados para poder actuar con los bienes que conformaban la masa activa, que pasaban a ser gestionados y

conservados, primero, por el Depositario, a quien se facultaba para administrar los bienes del concurso o de la quiebra, custodiarlos y conservarlos para que no sufran menoscabo (art. 1181 de la L.E.C. de 1881) y, posteriormente, se entregaban a los Síndicos, a quienes se les confiaba la administración y conservación de los bienes y derechos de la quiebra o del concurso, haciéndose cargo de ellos, así como la enajenación de los mismos en las condiciones más ventajosas y en la forma legalmente establecida.

Pues bien, esta dualidad de actuaciones, que en la legislación recientemente derogada era desarrollada por la Intervención Judicial, en el supuesto de suspensión de pagos y por los Síndicos, en caso de quiebra, se mantiene en la nueva Ley Concursal, pero atribuida a un solo órgano, la Administración Concursal, al disponer el artículo 40, sobre las facultades patrimoniales del deudor:

1º. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y de disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los Administradores Concursales, mediante su autorización o conformidad.

Es innegable el paralelismo existente entre esta disposición, complementada en los artículos 43 y 44 y lo normado en los artículos 5 y 6 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, en los que, como decía el profesor Garrigues, a los Interventores Judiciales no se les faculta para administrar directamente los bienes del deudor, sino para inspeccionar esa administración, concurriendo con el deudor a todos los actos de gestión de su patrimonio y esa misma es la misión y facultades que se les otorga a los Administradores Concursales en el concurso voluntario, quienes, además, deberán facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, vigilando, controlando y autorizando las propuestas que se les presenten y sean útiles al buen fin de la Empresa concursada.

Como excepción a lo que se acaba de exponer y esto sí supone una innovación de la Ley Concursal, dispone el artículo 40, número 3, que el Juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención, cuando se trate de concurso necesario, mediante auto motivado, en el que se señalen los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieren obtener. Esta modificación del "status" jurídico y patrimonial del deudor puede ser acordada por el Juez del Concurso, a petición de la Administración Concursal y una vez oído el concursado.

2º. 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. En el supuesto de concurso necesario, salvo que el Juez disponga otra cosa (art. 40.3), se produce un desapoderamiento del deudor, confiando las facultades de gestión y administración de la mercantil concursada a la Administración Concursal, que procurará la conservación del patrimonio del modo más conveniente para los intereses del concurso y adoptará las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 de la Ley.

Como consecuencia de esta suspensión de facultades al deudor concursado, se incrementan las de los Administradores Concursales en orden a la gestión y administración del patrimonio y a la actividad social, a saber:

- a) Administrar los bienes y derechos del concurso con la diligencia de un ordenado administrador, procurando los mejores resultados y su conservación.
- b) Continuar con la actividad empresarial o profesional del concursado.
- c) Ejercitar acciones de impugnación de actos del deudor, si fuera procedente.
- d) Satisfacer alimentos al deudor y a las personas que por resolución judicial esté obligado el concursado por relación de filiación, patrimonio, etc.
- e) Asistir, con voz y voto, a las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica deudora, que se mantendrán subsistentes durante la tramitación del concurso.
- f) Ejercitar acciones de retroacción de los actos perjudiciales a la masa realizados por el deudor en los dos últimos años, aunque no hubiera existido una actuación o intención fraudulenta.
- g) Ejercitar acciones de responsabilidad contra los auditores, administradores y liquidadores.
- h) Solicitar del Juez del Concurso el embargo de bienes y derechos de los administradores, liquidadores y del socio subsidiariamente responsable, existentes en los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de Concurso, si existe duda fundada de que el concurso se califique de culpable y que la masa activa es insuficiente para pagar las deudas.

- i) Reclamar, cuando lo estime oportuno, el desembolso de dividendos pasivos.
- j) Formular las cuentas anuales correspondientes al período en que se tramitó el concurso y los de años anteriores si no las hubiera formulado el concursado.
- k) No vender los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso sin autorización judicial hasta la aprobación del Convenio o hasta la apertura de la Liquidación, siendo esta prohibición una innovación de la Ley Concursal, debido a que, en ésta, una de las finalidades primordiales que se persigue es la de que continúe la actividad profesional o empresarial del concursado, en tanto que en la legislación derogada era la de liquidar los bienes y derechos del quebrado y pagar a los acreedores, por lo que se imponía a los Síndicos la obligación de vender los bienes y derechos de la masa activa o justificar el porqué no lo hacía, estimulando incluso la venta, al asignarle a los Síndicos un porcentaje sobre la misma, como remuneración por el trabajo que realizaban.

VI.2. Elaboración del informe

Aunque las funciones de la Administración Concursal son múltiples y constituyen su contenido, por lo que son inherentes a su cargo, estando su regulación dispersa en el articulado de la nueva Ley Concursal, puede sostenerse que su misión esencial es emitir el informe a que se refieren los artículos 74 y 75 de la Ley de mérito, que toma como modelo, aunque corregido, aumentado y perfeccionado, el Dictamen que debía presentar la Intervención Judicial en el expediente de suspensión de pagos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de 26 de julio de 1922. Una muestra de la importancia que el legislador ha querido darle a esta actividad de los Administradores Concursales es que le ha dedicado un Capítulo, el I, del Título IV, bajo la rúbrica "De la presentación del informe de la Administración Concursal", compuesto por dos artículos dedicados, el primero, al plazo de presentación del informe y, el segundo, a la estructura, desarrollando en los Capítulos II y III todo lo relativo a cómo debe elaborarse el informe y reservando el Capítulo IV, del Título IV, para regular la publicidad que debe darse al informe y a la documentación complementaria y la forma en que puede impugnarse, cómo se sustancia la impugnación y las consecuencias de la falta de impugnación.

La Administración Concursal dispone de un plazo de dos meses para la presentación del informe, a contar de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos y puede ampliarse a tres por el Juez, a petición del Órgano Concursal, presentada antes de su

expiración y fundada en circunstancias extraordinarias (art. 74). Este plazo se reduce a un mes, en el supuesto de procedimiento abreviado regulado en los artículos 190 y 191 de la Ley Concursal, ampliable, por circunstancias extraordinarias, en un plazo no superior a quince días.

Nuestro juicio crítico, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, sobre el plazo concedido a los Administradores Concursales para que presenten el informe, siempre ha sido y sigue siendo desfavorable y el tiempo ha venido a darnos la razón, porque es materialmente imposible, salvo en casos muy especiales, presentar el informe con un margen de tiempo tan escaso y prueba de ello es que los Jueces de lo Mercantil están concediendo una prórroga de un mes, a contar desde la fecha en que se adopta la resolución, de manera continuada y normal, porque son conocedores de la insuficiencia del plazo que la Ley concede.

Consideramos lógico y hasta correcto que el legislador haya querido dar a la tramitación del concurso la máxima celeridad, pero debiera haber ponderado que el plazo que se conceda sea suficiente para que los responsables de elaborar el informe puedan hacerlo con la profesionalidad que se les exige y la responsabilidad que se les imputa y no lo han tenido en cuenta, por lo que es muy dudoso que puedan llevarlo a efecto si tenemos en cuenta el contenido y pilares en que debe apoyarse y que, al tiempo que desarrollan esta labor, deben realizar otras múltiples actividades que se indican en el apartado VI.1.

Para fundamentar esta posición y a manera de ejemplo que la justifica, podemos señalar que, para elaborar la Relación de Acreedores, los Administradores Concursales deben remitir a todos los acreedores, de manera individualizada, una carta circular comunicándoles la declaración del concurso y el deber de comunicar sus créditos, en el plazo de un mes, con expresión de todos los datos de su identidad y del crédito que reclama, como son su concepto, cuantía, fechas de adquisición y de vencimiento, características y calificación que se pretenda. El acreedor tiene un plazo de un mes, a contar desde la última publicación del auto de declaración de concurso, para contestar en los términos que se le ha requerido. Teniendo en cuenta el tiempo que se precisa para elaborar y publicar los edictos, es muy frecuente que haya vencido el plazo para emitir el informe y aún no haya concluido el de los acreedores para comunicar sus créditos, con lo que los Administradores no disponen de los documentos que justifiquen el crédito atribuido al acreedor, para poder contrastarlo con el asentado en la contabilidad de la concursada y, además, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92.1º, de la Ley Concursal, debe ser calificado de subordinado, lo que, en la práctica y a la larga, se convierte en una impug-

nación y, consecuentemente, en un incidente concursal, porque el acreedor está perfectamente legitimado para impugnar la calificación de su crédito, ya que lo comunicó en tiempo correcto, aunque, por las razones expuestas, con posterioridad a la presentación del informe.

Otro ejemplo, para justificar la insuficiencia del plazo concedido para la presentación del informe, es que la valoración del Activo debe realizarse en valores reales o de mercado, lo que obligará a la Administración Concursal, para cuantificar el Inmovilizado, acudir a Peritos expertos en la materia que se valora, que también necesitarán un plazo para emitir su dictamen, en función de la ubicación, dispersión y características de los bienes objeto de avalúo, teniendo en cuenta, además, que la valoración de los bienes y derechos del deudor, integrados en la masa activa, debe hacerse al día anterior al de la emisión del informe. Es decir, que los Administradores Concursales sólo disponen de un día, desde que le entregan el avalúo de los bienes y derechos de la masa del concurso, para integrarlos en el informe y deducir las consecuencias.

En la legislación concursal derogada, el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 concedía un plazo de sesenta días para la emisión del Dictamen, iniciándose el cómputo a partir de la presentación del Balance Definitivo, que solía ser a los treinta días de la aceptación de los Interventores Judiciales. Por consiguiente, los Interventores disponían de noventa días, contados desde su aceptación, para la presentación del Dictamen y se consideraba insuficiente, por cuyo motivo los Juzgados, de manera habitual y previa petición y justificación de los Interventores, concedían prórrogas.

Con estos antecedentes, el legislador debió ser mucho más flexible y conceder unos plazos más amplios, pero no sólo no lo hizo, sino que los redujo a dos meses, permitiendo la concesión de un mes de prórroga, en circunstancias extraordinarias y no conforme con ello dispuso que, como sanción, “perderán los Administradores Concursales el derecho de remuneración fijada por el Juez del concurso y deberán devolver a la masa las cantidades percibidas”, además de la responsabilidad y de la causa de separación en que hubieran podido incurrir conforme a los artículos 36 y 37. Consecuencia lógica de este desconocimiento de la realidad fáctica por parte del legislador, —ya que redujo plazos, cuando la práctica concursal era consciente de que los plazos de la legislación que se deroga eran a todas luces insuficientes y amplió en grado sumo el contenido del informe, especialmente en la forma de presentar el inventario de la masa activa y la lista de acreedores—, ha sido que desde la puesta en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, los Administradores Concursales se ven obligados a solicitar, de manera habitual, la pró-

rroga de un mes, que el Juez, consciente de la insuficiencia del plazo legalmente establecido, concede y aún así la Administración Concursal no tiene la seguridad de que, por ejemplo, los créditos cuya cuantía y calificación propone sea la correcta, al no haber recibido la reclamación por parte de muchos de los acreedores, cuyo plazo de contestación expira con posterioridad al de la emisión del informe. Creemos que el legislador hubiera estado más ajustado a la realidad si el plazo para la emisión del informe se empezase a computar desde la última publicación de los edictos en los que se acordaba la declaración del concurso y, desde luego, de la aceptación de los tres administradores concursales y no sólo de dos como dispone el artículo 74 de la Ley Concursal.

Si nuestro criterio es desfavorable a la emisión del informe en un plazo de dos meses, no digamos en el supuesto del procedimiento abreviado, en el que el plazo se reduce a la mitad, por lo que lo estimamos más incumplible y desafortunado.

VI.3. Estructura del informe

El informe que se exige a los Administradores Concursales elaboren, en el plazo de dos meses, a contar desde su aceptación del cargo, se caracteriza por su complejidad y extensión, aunque estas características están estrechamente vinculadas con la importancia y entidad del deudor, el volumen del negocio, litigiosidad de sus bienes y derechos, vinculaciones societarias, etc. La estructura y el contenido del informe viene regulado por el artículo 75 de la Ley Concursal que pasamos a analizar, punto por punto, para así poder tener un conocimiento de cómo debe ser elaborado.

Dispone el artículo 75: “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.

Con el objeto de cumplimentar lo dispuesto en este precepto, la Administración Concursal deberá exponer, como primer punto de su informe, un análisis sobre los datos aportados por el deudor en el momento de solicitar el concurso, esto es 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 encuentra y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Obsérvese que el artículo 75 habla de “análisis” y no de “opinión” que es lo que requería el artículo 8 de la Ley

de Suspensión de Pagos de 1922 y, por consiguiente, los Administradores deberán realizar un examen de los datos aportados por la concursada en su solicitud, pero no emitir una opinión sobre los mismos.

Esta parte primera del informe es de gran trascendencia, por cuanto los Administradores Concursales deben analizar los hechos que se exponen en la Memoria y así concretar si las razones expuestas son correctas y, por consiguiente, el grado de veracidad expuesto por el deudor para describir su realidad económica y el estado real de la insolvencia con el que se enfrentan los acreedores del deudor común. En suma, pues, lo que debe contener esta parte del informe, una vez realizado el análisis de la Memoria presentada por el deudor, es pronunciarse si advera lo expresado en el mismo o difiere, porque no es lo mismo discrepar en la interpretación de algunos parámetros contables que demostrar que las diferencias entre lo que se expone y lo que se constata lo que realmente esconden es una clara intención de ocultar la verdadera situación del patrimonio.

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.

El apartado 3, del artículo 6, de la Ley Concursal establece una serie de exigencias a los deudores concursados que por Ley estén obligados a llevar contabilidad, que son todos los comerciantes —al disponer el artículo 2 del Plan General de Contabilidad, en su redacción aprobada por RD 1643/1990, de 20 de diciembre, que “El Plan General de Contabilidad será de aplicación obligatoria para todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria”—, al establecer que, con el escrito de solicitud del concurso el deudor acompañará, además:

1º. Cuentas Anuales y, en su caso, informes de gestión y de auditorías de los 3 últimos años.

2º. Memoria de los cambios significativos en el patrimonio o que excedan del giro o tráfico ordinario, producidos después de las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas.

3º. Estados financieros intermedios elaborados después de las últimas cuentas anuales presentadas, si el deudor hubiera de remitirlas a autoridades supervisoras.

4º. Si el deudor pertenece a un Grupo de Empresas, como sociedad dominante o dominada, acompañará las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, así como

el informe de auditoría y la memoria de las operaciones realizadas con sociedades del Grupo y todo ello referido a los 3 últimos ejercicios.

La misión de los Administradores en esta parte del informe se circunscribe a manifestar su opinión sobre la llevanza de la contabilidad por parte del deudor concursado, mostrando su opinión si se ajusta o no al Plan General de Contabilidad y a los Principios de Contabilidad generalmente aceptados; el procedimiento seguido en cuanto a la tenencia de Libros; los Libros Oficiales que se llevan en la Compañía y si se ajustan a lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes del vigente Código de Comercio; el estado de la contabilidad de ejercicios anteriores; las cuentas anuales; los informes de gestión y de las auditorías, en su caso, correspondientes a los tres últimos ejercicios, con un especial énfasis en el último ejercicio; juicio sobre las cuentas; los estados financieros y los informes contenidos en la Memoria y, asimismo, sobre los cambios patrimoniales significativos operados con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y presentadas y sobre aquellas operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía, excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

En suma, pues, lo que la Ley Concursal exige en este apartado del informe es que los Administradores Concursales expongan su opinión sobre el criterio que les merecen los comentarios que el concursado hace al presentar la solicitud que se le declare en concurso y que resulten de la documentación aportada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3.

Este aspecto del Informe ya estaba contemplado en la legislación anterior y concretamente en el artículo 8, apartado segundo, de la Ley de 1922, pero a diferencia de ésta, en la nueva Ley se concretan las materias que deben ser objeto de análisis por parte de la Administración Concursal y que son mucho más amplias, ya que abarca materias no contempladas, como son los juicios sobre las cuentas anuales y los informes de gestión; los estados financieros; los cambios patrimoniales significativos producidos desde las últimas cuentas anuales y las operaciones que excedan del giro o tráfico ordinario y análisis de los estados intermedios, si los hubiera.

Otra innovación importante de la nueva Ley es la formulación de las cuentas anuales, por parte de los Administradores Concursales, en el supuesto que no lo hubiera hecho el deudor concursado, al exigirlo el párrafo segundo, del número 1.2º, del artículo 75. La objeción que le ponemos a esta obligación impuesta a los Administradores Concursales es la falta de tiempo para realizar una labor tan ingente en la primera fase del procedimiento, hasta que se presenta el informe. Consideramos que hubiera sido más lógi-

co que esta obligación se le impusiese al deudor concursado por su incumplimiento, como dispone el artículo 1.060 del viejo Código de Comercio de 1829 o se facultase a los Administradores Concursales que se lo pudiesen encargar a expertos contables, con cargo a la masa activa del concurso.

3º. Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la Administración Concursal.

El extremo tercero del informe tiene por objeto explicar las principales decisiones que ha tomado la Administración Concursal y de que manera las ha adoptado; cuantas de ellas han sido ejecutadas o están a punto de ello y los resultados obtenidos. Se inicia la Memoria con la exposición de la fecha en que los Administradores Concursales aceptaron el cargo y tomaron posesión del mismo, trasladándose a la Empresa para iniciar su labor; aperturar las cuentas; circularizar a los acreedores para que comuniquen sus créditos; dar las instrucciones a la entidad concursada en orden a su funcionamiento, a fin de que se ajusten a las normas del concurso, en su actuación; principales decisiones adoptadas, etc. En suma, pues, se deben transcribir en esta Memoria todos los hechos recogidos en el Libro de Actas, legalizado por el Secretario del Juzgado, en el que se asentarán las decisiones individuales, mancomunadas o colegiadas de la Administración Concursal que no sean de trámite o gestión ordinaria, por exigirlo así el artículo 35.4 de la Ley Concursal.

La importancia de esta Memoria está en que, mediante ella, se puede conocer la actividad desplegada por la Administración Concursal tanto en la propia administración como en la gestión del patrimonio; problemas que han debido solventar; decisiones importantes adoptadas y si éstas se han tomado de forma unánime por los Administradores o ha habido disidencias, lo que puede tener trascendencia a la hora de asumir responsabilidades. En esta Memoria se expondrá lo que la Administración Concursal ha hecho, lo que está haciendo y las medidas adoptadas y acciones realizadas para procurar la continuidad en la Empresa concursada, si ello es posible.

4. Conclusiones y Exposición Motivada.

Expuestos los tres extremos que se han reseñado como componentes del informe, la Administración Concursal cerrará esta parte del informe con unas conclusiones, mediante exposición motivada, relativas a la Memoria aportada; a la situación patrimonial del deudor; a las propuestas sobre viabilidad patrimonial y, en su caso, al Convenio y a los datos y circunstancias que pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

En síntesis, el informe de la Administración Concursal debe comprender los siguientes extremos:

- 1º. Análisis de la Memoria presentada por el deudor, con la solicitud del concurso.
- 2º. Análisis de las Cuentas Anuales de los tres últimos ejercicios y de los estados financieros, así como del estado de la contabilidad.
- 3º. Formulación de las cuentas anuales si no lo hubiera hecho el deudor.
- 4º. Memoria de la Administración Concursal sobre actuaciones y decisiones adoptadas.
- 5º. Exposición motivada de la Administración Concursal sobre situación patrimonial, continuidad y, en su caso, convenio, así como datos y circunstancias relevantes.
- 6º. Documentación complementaria: Inventario del Activo y Lista de Acreedores.

VI.4. Documentación complementaria

Dispone el art. 75.2 de la Ley Concursal que "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 hubieran presentado".

La documentación complementaria que deberá acompañarse al informe que la Administración Concursal deberá presentar al Juzgado de lo Mercantil que tramita el concurso estimamos que es la de mayor valor y peso específico del informe para los acreedores, ya que les permitirá conocer las expectativas de cobro de su crédito, porque en ella se comprenden todas las partidas que conforman el activo societario, así como la composición del pasivo, con expresión de la preferencia de cada uno de ellos. En efecto, esta documentación estará formada por el inventario de la masa activa, comprensivo de los bienes y derechos de la concursada al día de la presentación del informe, orde-

nado en la forma establecida por el Plan General de Contabilidad, pero con valores reales o de mercado y por la Relación o Lista de Acreedores, que será elaborada en base a la presentada por el deudor, pero con los ajustes que los Administradores Concursales hayan considerado conveniente realizar, en base a la documentación aportada por los acreedores y después de verificarla con la asentada en la contabilidad de la concursada. Finalmente, en documento aparte, un informe sobre el juicio que les merecen las propuestas de convenio que hayan sido presentadas, pronunciándose sobre su viabilidad y sobre la conveniencia de aceptarlas o rechazarlas, debiendo evaluarse cada propuesta de convenio de forma independiente y en documento aparte.

Pasamos, seguidamente, a examinar la forma en que se debe elaborar la documentación complementaria que acompaña al informe.

VI.4.1. Determinación o Inventario de la masa activa

La masa activa es la expresión patrimonial de la situación en la que se encuentra el deudor al momento de solicitar la declaración del concurso y recibe esa denominación porque es el respaldo con el que cuenta el deudor para satisfacer las sumas adeudadas a sus acreedores, al ser su único activo y que no puede ser considerada como el patrimonio del concursado, porque éste se obtiene por la diferencia entre el Activo y el Pasivo.

La masa activa que debe reflejarse en el inventario estará formada por los bienes y derechos que correspondan al concursado al momento de ser declarado en tal estado, los que se reintegren al mismo y los adquiridos durante el procedimiento, al disponer el artículo 76.1 de la Ley Concursal que "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".

La Ley Concursal, al concretar el concepto de masa activa, adopta un criterio más estricto que el regulado en nuestro Código Civil, que admite un concepto amplio de patrimonio, incluyendo o permitiendo incluir en él todos los bienes presentes y futuros, en tanto el artículo 76, en su número 2, establece que no forman parte de la masa activa "aque- llos bienes y derechos, que aún teniendo contenido patrimonial, sean legalmente inembargables" y el art. 588 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es taxativo al sancionar con nulidad el embargo de bienes futuros. Se consideran inembargables y, por consiguiente, no forman parte de la masa activa, los bienes "extrapatrimoniales", como los que son inherentes a una persona (ex artículo 1111 del CC), respecto de los que no es posible la

ejecución forzosa y aquellos derechos considerados subjetivamente patrimoniales, como el uso, la habitación, el derecho a alimentos o los usufructos legales. No obstante, la configuración de bienes legalmente inembargables, de carácter patrimonial, a que se refiere el art. 76.2, puede llevarnos a confusiones. Estimamos que deben formar parte de la masa activa aquellos bienes que teniendo un contenido patrimonial sean alienables, salvo que, a tenor del artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sean absolutamente inembargables, como pueden ser los derechos accesorios que no pueden transmitirse con independencia de su principal y los bienes expresamente declarados inembargables por disposición legal, como son los créditos con privilegios sobre buques y aeronaves, a que se refiere el apartado 3, del artículo 76. Por el contrario, se pueden incluir en la masa activa, las expectativas ciertas y fundadas de adquisición de un bien, pero sujetas a la condición suspensiva de que ese bien ingrese en el patrimonio del concursado.

VI.4.1.1. Bienes y derechos que integran la masa activa

En suma, pues, la masa activa estará integrada por los siguientes bienes y derechos:

1º. Bienes y derechos de los que sea titular el deudor al momento de la declaración del concurso, siempre que en los mismos concurra el doble requisito de ser embargables y alienables.

2º. El segundo grupo estará compuesto por los bienes y derechos que se reintegren al patrimonio del concursado en virtud de ejercicio de acciones rescisorias con resultado positivo y por aquellos otros bienes y derechos que, teniendo un valor económico, se adquieran hasta la conclusión del procedimiento.

3º. El tercer grupo se formará con el sobrante que resulte del ejercicio de acciones por parte de los titulares de créditos privilegiados sobre buques y aeronaves, a los que el número 3, del artículo 73, de la Ley Concursal, les reconoce el derecho a separar estos bienes de la masa activa, mediante el ejercicio de acciones reconocidas en su legislación específica, que no es otro que el embargo y la venta de los buques, tal y como establece el artículo 43 de la Ley de Hipoteca Naval.

4º. El cuarto grupo se compone del patrimonio común del matrimonio, si el concursado es una persona física y está casado bajo el régimen de gananciales o cualquier otra comunidad de bienes y deba responder de las obligaciones del concursado. Dentro de este grupo se incluirán la mitad de todos los bienes adquiridos por ambos cónyuges

durante el matrimonio, con pacto de sobrevivencia, ya que se consideran divisibles en el concurso de cualquiera de ellos. No obstante, el cónyuge del concursado podrá quedarse con cada uno de ellos satisfaciendo a la masa activa la mitad del precio en que se tase, que si es la vivienda se fijará actualizando el precio de adquisición con el índice de precios al consumo y de los demás bienes, por acuerdo entre los cónyuges y los Administradores Concursales o, en su defecto, por decisión judicial, oídas las partes y previo informe de un experto, si lo estimase oportuno.

5º. El quinto grupo se formará con los saldos acreedores existentes en las entidades de crédito en las que el concursado figure como titular indistinto, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por los Administradores Concursales, pudiendo plantearse, en contra de la decisión que se adopte, incidente concursal. En este supuesto la Ley presupone que el saldo acreedor es propiedad del concursado, lo que nos parece exagerado, pues estimamos más adecuado que se considerase como propio la mitad o la parte que correspondiese en función de los titulares que tuviese la cuenta, sin perjuicio que pudiera justificarse su participación en el todo, en una parte o en nada. La carga de la prueba, para acreditar a quién corresponde el saldo de una cuenta indistinta, es para los otros titulares y serán los Administradores Concursales los que aprecien esas pruebas y, en caso de disconformidad, por el Juez del concurso, a través del correspondiente procedimiento incidental-concursal.

VI.4.1.2. Bienes y derechos reintegrables a la masa

Por su trascendencia y por ser una de las innovaciones más significativas de la nueva Ley Concursal, vamos a analizar con mayor detalle el segundo grupo, formado por los bienes y derechos que se reintegran al patrimonio del concursado, en virtud de acciones rescisorias con resultado positivo, señalando los trámites a seguir para que se restituyan a la masa activa del concurso los bienes que salieron del patrimonio del deudor antes de la declaración formal del concurso, pero cuando se encontraba realmente ya en situación de insolvencia. En suma, pues, se trata de retrotraer los efectos de la declaración del concurso al momento en que el deudor se encontraba en tal estado, pero con una importante limitación en el tiempo, como tendremos ocasión de comprobar.

En la legislación de quiebras, aún vigente para todas aquellas entidades declaradas en tal estado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal, hay dos sistemas de reintegración: La reintegración absoluta, proclamada en el artículo 878.2, del vigente Código de Comercio y asumida por la doctrina tradicional y la jurisprudencia de forma

casi unánime, a virtud de la cual son nulos de pleno derecho los actos de dominio y de administración realizados por el quebrado durante el período al que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra, sin limitación temporal, pues se fijaba como fecha de retroacción aquella en que se acreditaba que el deudor había sobreesido con carácter general en los pagos y carecía de bienes suficientes para hacer frente a sus deudas; se trataba, en suma, de hacer coincidir la quiebra de hecho y la de derecho y los actos de disposición realizados en ese período eran nulos, sin necesidad de declaración judicial, salvo que se formulase oposición por el adquirente, que se sustanciaba dentro del propio procedimiento de quiebra como un incidente del mismo. Frente a esta reintegración absoluta, está la relativa, regulada en los artículos 879 y siguientes del vigente Código de Comercio y que comprende las acciones de impugnación de determinados actos de dominio y administración realizados por el quebrado durante el período sospechoso, así llamado por su cercanía temporal a la fecha en que se fija la retroacción.

La nueva Ley Concursal da un giro importante en la regulación de la retroacción, tratando de mitigar la inseguridad jurídica que provoca la aplicación del artículo 878.2 del vigente Código de Comercio, por su carácter absoluto y categórico, que provoca la nulidad de muchas hipotecas ejecutadas muchos años antes y que imposibilita la devolución del bien que ha pasado a poder de tercero, por lo que la entidad ejecutante se ve obligada a restituir el valor que tiene en el mercado el bien ejecutado el día de la restitución, muy superior al que percibió con la ejecución.

En la nueva Ley se mantiene la retroacción, pero de una manera menos rigurosa, estableciendo unas normas de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero concediendo a los terceros adquirentes la protección que se derive de la buena fe, de las normas sobre la irreivindicabilidad y del Registro, al disponer el art. 71 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 la declaración, aunque no hubiera existido declaración fraudulenta”.

Las consecuencias que se derivan de este artículo y que modifican sustancialmente las reglas establecidas en el vigente Código de Comercio, se pueden subsumir en:

a) Que declarado el concurso “serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa”, a diferencia de la legislación anterior que disponía “serán nulos todos los actos de dominio y administración”. Por consiguiente, se deja un amplio margen al acreedor afectado para defender sus intereses ante la Administración Concursal y los acreedores

que la soliciten, ya que no gozan de una patente de corso como la que les concedía la legislación anterior. Al propio tiempo, también concede un amplio margen al Juez para que pueda constatar la existencia de un acto perjudicial para la masa activa o no, cuando se plantee la acción de reintegración.

b) La retroacción se establece por un período fijo de dos años, sin que pueda incrementarse por más tiempo, a diferencia de la legislación anterior, que en el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829 disponía que el Juzgado, al declarar la quiebra, fijará “con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a que deben retrotraerse los efectos de la misma”, lo que permitía a la Sindicatura, que era la legitimada para el ejercicio de estas acciones a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitar, hasta que ganase firmeza la Junta de Examen y Reconocimiento de Créditos, la ampliación de la fecha de retroacción, sin limitación temporal, con tal que acreditase que en la fecha que solicita se retrotraigan los efectos de la quiebra, la quebrada se encontraba en situación de insolvencia y que había cesado en el pago corriente de sus obligaciones y el afectado por la retroacción sólo tenía como medio de defensa el oponerse a esa ampliación de fechas, pues una vez fijada y firme, eran nulos los actos de dominio y administración realizados por el deudor durante el período de retroacción.

c) Se exige que el acto “rescindible”, que no “nulo”, sea perjudicial para la masa y se pruebe por el que solicita la rescisión. Es ésta otra de las innovaciones más importantes de la nueva Ley, ya que el acto no se considera “per se” nulo de pleno derecho, por lo que no es necesaria la resolución judicial que lo declare, sino que simplemente es rescindible, por lo que es preciso ejercitar la acción de rescisión y acreditar que se cumplen las exigencias de la Ley para que se tenga derecho a la reintegración.

d) Tres son los tipos de acciones de reintegración, de naturaleza rescisoria, ejercitables por los Administradores Concursales y por los acreedores:

- Son rescindibles, con presunción “*iuris et de iure*”, los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos y otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea de fecha posterior a la declaración de concurso. En este supuesto, a la Administración Concursal, le será suficiente, para pedir la nulidad del acto, justificar que éste se encuentra en alguno de los supuestos contemplados por la Ley y que se realizó dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

- Con presunción “*iuris tantum*” y, consecuentemente, con la carga de la prueba para el que resulte afectado y ejercite la acción, son rescindibles los actos de disposición a

título oneroso realizados a favor de personas vinculadas con el concursado; la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas garantías en sustitución de aquellas y las contraprestaciones realizadas para la adquisición de un bien a título oneroso, si no se puede probar que la contraprestación procede del otro cónyuge, ya que se presume la existencia de una donación entre cónyuges.

- Sin presunción alguna, los demás actos y contratos no comprendidos en los supuestos anteriores y para poder ejercitar la acción rescisoria es preciso probar la existencia de un perjuicio patrimonial.

e) La acción rescisoria sólo podrá ser ejercitada por los Administradores Concursales y, subsidiariamente, por los acreedores y deberá dirigirse contra el concursado y contra quien haya sido parte en el acto cuya rescisión se solicita. En el supuesto que el bien a reintegrar haya sido transmitido a tercero, la demanda también se dirigirá contra éste, si el actor pone en duda su buena fe, ataca la irreivindicabilidad de que goza o la publicidad de la fe pública registral.

f) La sentencia que recaiga en el procedimiento rescisorio, si es estimatoria, condenará a la restitución del bien, con sus frutos y rentas, si estuviera en poder del que haya sido parte en el acto rescindido. Si hubiera sido transmitido a tercero, no demandado, que hubiese procedido de buena fe o que gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, como prestación sustitutoria abonará el valor del bien en el momento de salir del patrimonio del deudor, incrementado en los intereses legales. Supone una innovación muy importante el que la prestación sustitutoria consista en reintegrar el valor que el bien tenga al momento en que salga del patrimonio del deudor, ya que en la legislación anterior esa valoración debía hacerse al momento del pago. El derecho de reintegración a favor de cualquiera de los demandados, afectados por la acción de rescisión, se considera crédito contra la masa y se satisfará al tiempo en que se reintegren los bienes y derechos objetos del acto rescindido, salvo si existiera mala fe apreciada por el Juez, en cuyo caso se considerará crédito subordinado. La sentencia que resuelva las acciones de rescisión entabladas por los Administradores Concursales o, en su caso, por acreedores, será recurrible hasta casación.

VI.4.1.3. *Bienes excluidos de la masa activa*

En la masa activa de la entidad concursada o del concursado, si de una persona física se trata, no deben ser incluidos aquellos bienes y derechos que pertenecen a terceros y

no están afectos a la actividad profesional o empresarial de la concursada. Corresponde a los Administradores Concursales separar aquellos bienes que, estando en poder de la concursada, no le pertenecen ni a título de dueño, ni de usuario, ni por derecho de actuación o de cualquiera otra garantía real, debiendo entregarlos a sus legítimos titulares, previa solicitud de éstos, quienes deberán acreditar si siguen ostentando los mismos derechos sobre ellos. Consideramos oportuno llamar la atención sobre las dos últimas salvedades, por cuanto, a pesar de figurar en la Empresa concursada como titular de un bien una persona física o jurídica, puede que, con el transcurso del tiempo, lo haya transmitido a un tercero o perdido la titularidad por cualquier circunstancia, de ahí que, al solicitar la entrega, deba acreditar a los Administradores Concursales que continúa siendo titular del bien, del derecho o del crédito.

Esta normativa supone una innovación en relación con la legislación anterior, que en los artículos 908 y 909 del vigente Código de Comercio exigía, para que se pudiesen devolver los bienes ocupados a sus legítimos propietarios, que se encontrasen en poder del quebrado y que lo acordasen los acreedores en Junta o el Juez, en el juicio ordinario planteado por el propietario reclamando la devolución.

Si los bienes o derechos susceptibles de separación hubieran sido transmitidos a tercero, por el deudor, antes de ser declarado en concurso, no pueden ser restituidos, pero el titular perjudicado podrá optar entre exigir se le ceda el derecho a percibir la parte de precio no pagado o a solicitar de los Administradores Concursales se le reconozca un crédito por el valor que tuviera el bien o derecho transmitido en el momento de la venta, incrementado en el interés legal, a elección del solicitante, si bien el crédito tendrá la calificación de ordinario. Dentro de este grupo se incluyeron, en el Anteproyecto de Ley Concursal, las cantidades retenidas y repercutidas por las Empresas en concepto de IVA o IRPF a la Hacienda Pública y de Cuota Obrera a la Seguridad Social y que debían entregar al Organismo Público correspondiente. Sin embargo esta propuesta no prosperó, por fortuna, para los acreedores y para la concursada y decimos por fortuna, porque se pretendía que estas cantidades retenidas tuviesen la consideración de "ex iure domini" y, por consiguiente, prededucibles, por lo que debían ser entregadas a la entidad pública tan pronto como el concurso tuviera efectivo para hacerlo, con lo que se bloqueaba la tesorería de la concursada y se sustituyó esta pretensión por la del reconocimiento del crédito con la calificación de privilegio general sobre los bienes del concursado, en el artículo 91.2 de la Ley Concursal.

VI.4.2. Formación del inventario de la masa activa

Para la elaboración del inventario de la masa activa no hay que ajustarse a la normativa fijada en el Plan General de Contabilidad, ya que en el mismo sólo se recoge la parte activa del patrimonio del concursado; esto es, comprende todo lo que tiene y puede ofrecer el deudor a sus acreedores para el pago de sus créditos. Se compone de los bienes que tiene y de los que potencialmente puede tener, por lo que se deben incluir los bienes, derechos de crédito contra terceros, incluso los litigiosos y los que pueden llegar a formar parte del patrimonio, pero haciendo constar estas salvedades que se tendrán en cuenta a la hora de valorarlos.

Es innegable la trascendencia que tiene la formación del inventario, al ser la pieza básica para la determinación de la masa activa del concurso y el ulterior desenvolvimiento del procedimiento, pues permite conocer la solvencia del deudor; ponderar la viabilidad de la Compañía y, en su caso, facilitar la liquidación individualizada de los bienes y derechos incluidos en el mismo, sirviendo, al mismo tiempo, de referencia para decidir sobre las propuestas de Convenio que se sometan a la consideración de los acreedores y, en su caso, para elaborar un plan de liquidación, si la Empresa no es viable y no se llega a un Convenio.

La elaboración del inventario es otra de las tareas encomendadas a los Administradores Concursales, al disponer el artículo 82.1 de la Ley Concursal que “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” y del que se deducen las siguientes consecuencias:

- La formación del inventario compete a los Administradores Concursales, quienes pueden instar la colaboración del concursado que deberá prestarla, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley.
- El inventario deberá hacerse a la mayor brevedad posible, pero su valoración no podrá cerrarse hasta el día anterior al que se presente el informe.

Al elaborar el inventario debe darse cabida en el mismo a todos los bienes y derechos del concursado y clasificarse según su especie y naturaleza, siguiendo los dictados del Plan General de Contabilidad, por ser el que mejor puede orientar, pero ajustándolo a las características de cada caso concreto.

En la formación del inventario se deberán, asimismo, observar las directrices marcadas por el artículo 82 de la Ley Concursal, es decir:

1º. Contendrá la relación y el avalúo de todos los bienes y derechos del concursado, integrados en la masa activa a la fecha del cierre, que será la del día anterior a la emisión del informe.

2º. En caso de concurso de persona física casada, en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán y evaluarán los bienes privativos del deudor y los bienes y derechos gananciales, pero con expresión de su carácter.

3º. De todos los bienes incluidos en el inventario se expresarán las máximas características de identificación física y registral. Se trata, pues, que el inventario se haga con el máximo detalle posible para que sea fiel reflejo de la masa activa.

4º. Se relacionarán los litigios y las acciones promovidas o que deban promoverse para la reintegración a la masa activa de los bienes y derechos que hayan salido indebidamente de la misma, con expresión de su viabilidad, riesgos, costas y posibilidades de financiar las actuaciones judiciales.

Otro aspecto importante del inventario, una vez realizado, es el de su valoración, que según el artículo 82.3 de la Ley Concursal deberá hacerse con arreglo a su valor en venta o valor de mercado, teniendo en cuenta las cargas, trabas y gravámenes que pesen sobre los mismos, con lo que el legislador, al establecer esta norma, estaba pensando en la liquidación de la Sociedad, ya que de no ser así se asignaría a los bienes el valor contable y no se debe olvidar que, en el concurso, la prioridad que se quiere dar al mismo es el de la continuidad en la actividad profesional o empresarial del concursado y no la liquidación individualizada de los bienes que forman la masa activa y sólo en el supuesto de que no sea posible se procederá a la liquidación, pero transmitiendo las unidades productivas antes que los bienes individuales.

Estimamos de trascendencia esta especificación a la hora de elaborar el inventario de la masa activa y de valorar cada uno de los bienes y derechos que lo conforman, porque será de gran utilidad, a la hora de la liquidación, que se valorasen conjunta e individualmente, los que compongan una unidad productiva, tomando como base los criterios fijados en el artículo 149 de la Ley Concursal, si se desea que el inventario facilite a los acreedores la información suficiente para conocer la solvencia del deudor, para que puedan decidir sobre la idoneidad o no de la propuesta de Convenio que se somete a su

consideración o, en su caso, para elaborar un plan de liquidación debidamente fundamentado.

Teniendo en cuenta que el avalúo de los bienes se realizará de manera individualizada o por unidades productivas por su valor de mercado y respecto de las acciones que se interpongan para la reintegración de bienes y derechos debe fundamentarse su viabilidad y medios económicos de que se dispone para las actuaciones judiciales, los Administradores Concursales podrán valerse del asesoramiento de expertos independientes, para lo que, previamente, deberán solicitar del Juez su autorización, proponiendo al experto, los términos del encargo, así como los honorarios, que serán a cargo de la masa, siendo la decisión del Juez, cualquiera que sea su contenido, irrecurrible.

De todo lo expuesto se deduce que el inventario debe realizarse sujetándose a los siguientes principios marcados por la propia Ley Concursal:

1º. La valoración de los bienes y derechos debe ser real o de mercado, referida al día anterior a la presentación del informe. Las salvedades que ponemos a esta norma son que sólo está pensando en la liquidación de la Compañía, si no exigiría el valor contable y lo lógico, en todo caso, es que se pusiesen los dos; que la valoración debe realizarse al día anterior a la presentación del informe, dando con ello muy poco tiempo a la Administración Concursal para proceder a su cierre y sacar las conclusiones pertinentes; porque estimamos que la valoración debía hacerse al día de la declaración del concurso para determinar la solvencia o insolvencia del deudor concursado a esa fecha, porque no estimamos lógico que la valoración del Activo se haga a la fecha de la presentación del informe, en tanto que la cuantificación del Pasivo se refiera a la fecha de la declaración del concurso.

2º.-En caso de comunidad de bienes, sólo deben valorarse los bienes comunes que sean adjudicados al deudor y a resultas del proceso de liquidación.

3º. Los bienes gravados con alguna carga, salvo que sean accesorios de créditos incluidos en la masa pasiva, se cuantificarán por el neto; esto es, se deducirá del valor de mercado el importe de la carga. Estimamos que hubiera sido más correcto que en el Activo se cuantificase el valor en venta del bien, haciendo constar la existencia de la carga, para conocimiento general, y en el Pasivo el acreedor con el crédito garantizado.

4º. Para poder ejercitar la Administración Concursal acciones de retroacción, promover el ejercicio de acciones respecto de determinados bienes o derechos incluidos en el

inventario o mantener las que ya están en curso, deberá comunicarlo al Juzgado del concurso solicitando la oportuna autorización, informando sobre su viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación. Asimismo, necesitará autorización para desistir o allanarse, total o parcialmente o transigir litigios.

5º. El inventario y correspondiente avalúo abarca todos y cada uno de los bienes incluidos por el deudor en la relación que deberá presentar con la solicitud del concurso, si fuese voluntario y en el mismo se hará constar la naturaleza de los bienes y derechos, características, lugar en que se encuentran y, en su caso, datos de identificación registral, gravámenes, trabas y cargas. En cuanto a los derechos, se expresará su naturaleza y datos identificativos.

6º. Encontramos una aparente contradicción en el artículo 82 al disponer que por la Administración Concursal se 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 la emisión de su informe” y hablamos de aparente contradicción porque, de una parte, está pidiendo que el inventario se haga “en el plazo más breve posible” y, de otra, que contenga el avalúo de los bienes al día anterior a la emisión del informe; es decir, que la elaboración del inventario durará, al menos, dos meses y lo normal es que se amplíe a tres y se está pidiendo rapidez. Acorde con esta disposición, lo lógico es que inventario y avalúo se hicieran de forma independiente, máxime si éste debe hacerse por peritos expertos, externos y la relación de bienes por los Administradores Concursales. Con esta redacción se consigue descargar a los Administradores Concursales de realizar esta labor que, por otra parte, buena falta les hace.

VI.4.3. Composición de la masa pasiva: Contenido y estructura

El segundo componente de la documentación complementaria que se deberá acompañar al informe, por así disponerlo el artículo 75.2, como hemos puesto de manifiesto en el apartado VI.4, del presente estudio, es la Lista o Relación de Acreedores, que conforma la segunda parte del informe de la Administración Concursal, comprensiva de los criterios generales que se han seguido para la elaboración de la Lista de Acreedores, los créditos no reconocidos o excluidos y los créditos contra la masa.

La nueva Ley Concursal regula en el Capítulo III, del Título IV, compuesto por once artículos (84 a 94, ambos inclusive), agrupados en cuatro Secciones, la composición de la masa pasiva, según la siguiente distribución:

- a) Composición la masa pasiva: créditos concursales y contra la masa (art. 84).
- b) Comunicación y Reconocimiento de Créditos (art. 85 a 88, ambos inclusive).
- c) Clasificación de los créditos (art. 89 a 93, ambos inclusive).
- d) Lista de Acreedores: Estructura y Contenido (art. 94 L.C.).

Todos los extremos contemplados en los cuatro apartados que se acaban de reseñar tienen una finalidad común: desarrollar la actividad necesaria para la elaboración de la Lista de Acreedores, siguiendo las pautas marcadas por la legislación concursal, que trata de defender los intereses de todos los acreedores, confiriéndoles una tutela judicial efectiva, a cuyo fin se les comunica la existencia del concurso; la obligación de informar a los Administradores Concursales de la cuantía y calificación de su crédito; sus datos identificativos y la justificación de su pedimento, aportando los originales de los documentos en que se soporten o testimonios, en su caso.

La actividad de la Administración Concursal, para conseguir estos objetivos se despliega en las siguientes direcciones:

VI.4.3.1. Comunicación y Reconocimiento de los Créditos que forman la masa pasiva

La masa pasiva es un todo que se constituye con todos los acreedores del deudor concursado, que ostenten créditos sometidos al principio de la comunidad de pérdidas, al no poder exigir su pago con cargo a la masa, sin sujeción al concurso. A este respecto dispone el artículo 84 de la Ley Concursal "Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa".

Los trámites a seguir para la formación de la masa pasiva se inician con el escrito que la Administración Concursal debe dirigir a cada uno de los acreedores que figuren en la relación presentada con la solicitud de concurso o resulten de la contabilidad de la concursada y que debe hacerlo nada más aceptar el cargo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.4, comunicándoles la existencia del concurso y el deber de comunicar sus créditos en la forma establecida en el artículo 85 de la Ley. La redacción de la comunicación puede hacerse en los siguientes términos:

ACREEDOR

DIRECCION

CIUDAD

CONCURSADO

DIRECCION

POBLACION

Estimados Señores:

Con fecha de de 2005, el juez titular del Juzgado de lo Mercantil N° de Madrid dictó auto por el que se declaró en concurso necesario al deudor , suspendiéndose el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, siendo sustituido por los Administradores Concursales D. y D. que aceptaron el cargo el pasado de de 2005.

Nos dirigimos a ustedes como Administradores Concursales de , en concurso necesario. Según indica el artículo 21.4, es obligación de la administración realizar 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 85LC, al de de 2005.

Con objeto de facilitarles la comunicación de créditos, que reiteramos se debe realizar en la forma establecida en el artículo 85 LC, adjuntamos un modelo de escrito en comunicación de créditos por parte del acreedor que esperamos les sea de utilidad. La información solicitada, para surtir efectos, deberá efectuarse ante el Registro General de escritos civiles sito en la calle Capitán Haya, 66 de Madrid a nombre del Juzgado de lo Mercantil N° de Madrid y a la atención de la Administración Concursal, indicando la referencia "Concurso /2005", bien personalmente o bien por correo certificado o mensajería.

Les advertimos que los créditos de los acreedores que no cursen la referida comunicación o que lo hagan el forma tardía o defectuosa, pueden quedar perjudicados en su clasificación según lo dispuesto en el Art. 92.1º de la Ley Concursal.

Asimismo, les informamos que, de acuerdo con la Ley Concursal, dispone de un mes para comunicar sus créditos a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración del Concurso.

Sin otro particular, atentamente, le saludan.

Los acreedores deberán comunicar a los Administradores Concursales, mediante escrito dirigido al Juzgado, en el plazo de un mes, a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso, el nombre, domicilio y demás datos de identidad, cuantía del crédito, concepto, fecha de origen o adquisición y de vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se expresará el bien o derecho a que afecte y, en su caso, los datos registrales. Esta comunicación deberá complementarse acompañando los originales, testimonios o copias autenticadas del título o de los documentos que sirven de fundamento al crédito que se reclama. Es fundamental que la contestación del acreedor se realice en el plazo de un mes, ya que de no atenderse este requerimiento en el plazo indicado, el crédito será calificado de subordinado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92. Pueden ser modelo para la contestación del acreedor:

ESCRITO DE COMUNICACIÓN DE CREDITOS POR PARTE DEL ACREEDOR

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º DE MADRID

D _____ CON DNI _____, en nombre y representación de la entidad _____, con domicilio social en _____ y N.I.F. _____, ante el mismo comparece y como mejor proceda, expone:

Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Concursal (comunicación de créditos) comparece comunicando la existencia de crédito a favor de la anterior entidad contra _____, cuyas características son¹:

Concepto: _____

Cuantía: _____

Fecha de Adquisición: _____

Fecha de Vencimiento: _____

Características del crédito: _____

Calificación pretendida²: _____

¿Condición resolutoria³: _____

Garantías, bienes y derechos afectados y datos registrales⁴: _____

¿Fianza de tercero³: _____

Datos del Fiador: _____

Que se adjuntan originales/copias autenticadas de los documentos acreditativos del crédito.

Por todo lo expuesto, ante el Juzgado acude en

SUPLICA de que habiendo pro presentado este escrito y documentación adjunta, se sirvan admitirlos, para información del Juzgado y de cuantos se hayan personado en los Autos de su razón, y cuanto estime procedente, por ser de justicia que se pide

En _____ a _____ de _____ de _____

El principal defecto que encontramos en esta exigencia es que, normalmente, cuando la Administración Concursal dirige la circular a los acreedores desconoce la fecha en que se publicó el auto de declaración de concurso, si se publicó, y, por consiguiente, no puede informar sobre la fecha en que precluye el plazo para contestar la circular y no se le puede exigir a los acreedores que estén pendientes de la publicación en el B.O.E. o en un diario de mayor circulación y las consecuencias de no cumplir los plazos, como hemos señalado, son muy graves por afectar a la calificación del crédito. Desde la óptica de los Administradores Concursales también tiene un inconveniente grave la exigencia, por cuanto, normalmente, la publicación de los edictos en que se recoja el auto de declaración de concurso se suele demorar demasiado, de forma que cuando la Administración Concursal tenga que presentar su informe, todavía no ha vencido el plazo de contestación de los acreedores, lo que, en la práctica, se traducirá en clasificar los créditos como subordinados, por no comunicación o comunicación tardía del crédito y, posteriormente, en impugnaciones y tramitación de los correspondientes incidentes concursales. Consideramos que hubiera sido más lógico que el plazo de un mes, para comunicar los créditos a la Administración Concursal, se computara desde que el acreedor recibiera la circular de los Administradores Concursales, pues de esta forma sabría a ciencia cierta cuándo vencía el plazo y los Administradores recibirían las respuestas antes de que tuviesen que presentar su informe, evitándose de esta manera una elaboración incorrecta de la masa pasiva y muchos incidentes concursales, consecuencia obligada de la incorrecta calificación del crédito e incluso de la cuantificación, no imputable a los Administradores Concursales y sí a la falta de previsión de estas circunstancias por parte del legislador.

En base a las contestaciones recibidas, los Administradores Concursales van abriendo una ficha individualizada a cada acreedor en la que asientan todos los datos que les fue-

ron comunicados por el acreedor; relacionan cada uno de los documentos aportados; el criterio de los administradores en cuanto al importe del crédito y su calificación y si hay diferencias entre la cantidad reclamada y la reconocida, debiendo pronunciarse sobre la inclusión o la exclusión de cada crédito insinuado, tras verificar la documentación aportada por el acreedor y la asentada en la contabilidad de la concursada, o en esta última, solamente, y en los documentos del deudor, que constaren en el concurso, si el acreedor no hubiera atendido el requerimiento de los Administradores Concursales para que reclamase y justificase el crédito que ostente frente a la concursada.

La ficha abierta a cada acreedor podría contener los siguientes conceptos:

CONCURSO DE ACREEDORES DE LA MERCANTIL:**Autos: Negociado:**

ACREEDOR N°:

NUMERO CONTABILIDAD:

NOMBRE O RAZON SOCIAL:

DOMICILIO:

CIUDAD:.N.I. O N.I.F.:

FECHA RECEPCION INFORMACION:

IMPORTE EN LA LISTA DE ACREEDORES:

IMPORTE RECLAMADO:

CREDITO RECONOCIDO:

CONCEPTO:

JUSTIFICACION DOCUMENTAL DEL CREDITO:

OPINION DE LA ADMINISTRACION CONCURSAL:

CIFRAS QUE QUEDAN EN CONTROVERSIA:

VI.4.3.2. Clasificación de los créditos

Los créditos que forman la masa pasiva, según el artículo 89 de la Ley Concursal, se clasifican en privilegiados, con privilegio especial sobre determinados bienes o derechos o con privilegio general sobre el patrimonio del deudor concursado; ordinarios y subordinados, incluyéndose en cada grupo los siguientes créditos:

VI.4.3.2.1. Créditos con privilegio especial según el artículo 90 de la Ley

Ostentan esta condición los siguientes créditos y así habrán de ser calificados expresamente por la Administración Concursal, una vez cuantificados:

- Los garantizados con hipoteca o con prenda, legalmente constituídos.
- Los garantizados con anticresis sobre los frutos del bien gravado, que deberán aplicarse al pago de los intereses, primero y del principal, después.
- Los refaccionarios sobre los bienes refaccionados, inscritos en el Registro de la Propiedad y los de los trabajadores sobre los bienes por ellos elaborados mientras estén en poder del concursado.
- Los provenientes de arrendamientos financieros o de compraventa de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado, a favor de los arrendadores y vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio y prohibición de vender o condición resolutoria en caso de impago.
- Los garantizados con valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

Para que se les pueda reconocer a estos créditos privilegio especial sobre determinados bienes y derechos del concursado es imprescindible que la garantía se haya constituido con todas las formalidades requeridas por la legislación específica que la regula, a fin de que pueda ser oponible a terceros, excepto que se trate de hipoteca legal o de los refaccionarios atribuidos a los trabajadores.

La ventaja de los créditos con privilegio especial sobre determinados bienes y derechos es que tienen muchas posibilidades de ser satisfechos en su totalidad, pero, al mismo tiempo, existe el inconveniente de que si la garantía recae sobre bienes afectos a la actividad del empresario o a una unidad productiva de su titularidad, no podrá ejecutarse hasta que se apruebe el Convenio o transcurra un año desde que se declare el concurso, sin que se haya abierto la liquidación y en el supuesto de existir créditos contra la masa se cobrarán primero.

VI.4.3.2.2. Créditos con privilegio general según el artículo 91 de la Ley

Tienen la consideración de créditos con privilegio general los que están garantizados con todo el patrimonio del concursado, pero que se cobran una vez satisfechos los que gozan de garantía real sobre determinados bienes y con el sobrante que resulte. Se encuadran dentro de este segundo grupo, por orden de preferencia:

1º. Los créditos por salarios, que no tengan reconocido privilegio especial; las indemnizaciones por rescisión del vínculo laboral, hasta el triple del salario mínimo interprofesional; los derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y los recargos por incumplimiento de las obligaciones de salud laboral, devengados antes de la declaración de concurso.

2º. Los créditos por retenciones tributarias o cuotas de la Seguridad Social no ingresados por el concursado en el ente público correspondiente.

3º. Los créditos por trabajo personal no dependiente y la cesión de los derechos de explotación de una obra de la propiedad intelectual, devengados en los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

4º. Los créditos tributarios y demás de derecho público y los de la Seguridad Social, que no gocen de privilegio especial (art. 90-1) ni general (art. 91-2º), si bien el privilegio, en este caso, se limitará al cincuenta por ciento del total importe del crédito de Hacienda y de la Seguridad Social.

5º. Los créditos por responsabilidad civil contractual, pero si los daños no estuvieran asegurados, se les dará el mismo trato que a los tributarios o de la Seguridad Social.

6º. Los créditos del que instó la declaración de concurso necesario, hasta una cuarta parte de su importe, siempre que no tuvieran la calificación de subordinados.

Cuando no hubiera efectivo para pagar todos los créditos, se amortizarán por el orden que acabamos de indicar y si hay más de un acreedor dentro del grupo se dará preferencia al que esté situado en primer lugar, luego al segundo y así sucesivamente hasta concluir ese grado, para luego pasar al siguiente.

Para facilitar la labor de identificación y pago, éste debe realizarse por el orden que, seguidamente, se indica:

GRADO 1

- 1.1. Salarios que no gocen de privilegio especial.
- 1.2. Indemnización por despido, en los límites marcados por el Estatuto de los Trabajadores.
- 1.3. Indemnización por accidente laboral o enfermedad profesional.
- 1.4. Indemnización por incumplimiento de obligaciones de salud laboral.

GRADO 2

- 2.1. Retenciones tributarias
- 2.2. Retenciones cuotas Seguridad Social.

GRADO 3

- 3.1. Créditos por trabajo personal no dependiente.
- 3.2. Créditos por cesión de derechos de autor.

GRADO 4

- 4.1. Créditos tributarios sin privilegio especial.
- 4.2. Otros créditos de derecho público.

GRADO 5

- 5.1. Créditos por responsabilidad civil extracontractual.
- 5.2. Crédito del instante del concurso necesario, hasta el 25%.

La Hacienda Pública aparece en el presente apartado en dos grupos o grados diferentes, a saber, en el grado 2, relativo a retenciones tributarias y concretamente al IVA y al IRPF, que fueron percibidos por el concursado y no abonados a la Hacienda Pública y en el grado 4, que se refiere a los créditos tributarios sin privilegio especial pero sólo en un 50% del total importe del crédito de la precitada entidad pública, debiendo calificarse el 50% restante como ordinario. La interpretación de este precepto dio lugar a muchas discusiones e impugnaciones e incluso sigue dándolas, por cuanto la represen-

tación legal de la Agencia Estatal de Administración Tributaria considera, con una interpretación literal del artículo 91.4 de la Ley Concursal, que debe incluirse en este grupo el 50% del total crédito de Hacienda; es decir que si tiene un crédito global de 100 y , de éstos, 20 corresponden a retenciones (art. 91.2º), se deben calificar como con privilegio general del art. 91.4 a 50 y los restantes 30 como ordinarios, por cuanto, además, considera que los recargos y apremios forman parte de la deuda principal y, por consiguiente, no pueden ser calificados como subordinados, ya que sólo, estima, tienen tal consideración los intereses. Nuestro criterio es muy diferente al sustentado por el Abogado de los Servicios Jurídicos del Estado, pues estimamos que el privilegio general del artículo 91.4 debe calcularse una vez deducido, de la deuda total que la concursada tiene para con la Hacienda Pública, el importe de los créditos que se encuadran dentro del artículo 91.2 y los subordinados y dentro de éstos están los recargos, sanciones e intereses, que tienen tal consideración en base a lo dispuesto en el artículo 92.4 de la Ley Concursal. Siguiendo con el ejemplo ya indicado para exponer el criterio de la representación de la Hacienda Pública al calcular el importe de los créditos a imputar a uno u otro grado, consideramos que si el crédito de la Hacienda Pública es de 100, de los que 20 corresponden a retenciones; 10 a sanciones o similares y 5 a intereses, la calificación del crédito de la Hacienda debe hacerse de la siguiente manera:

• Importe total del crédito de Hacienda Pública.....	100,00 €
– Crédito por retenciones (art. 91.2)	20,00 €
– Crédito subordinado (10+5) (art. 92)	15,00 €
• Total deducciones (arts. 91.2 y 92.4)	35,00 €
Total Neto.....	65,00 €

Del total neto resultante, 32,50 € deberán ser calificados como crédito con el privilegio general del artículo 91.4 y los otros 35,20 € como crédito ordinario.

VI.4.3.2.3. Créditos Ordinarios

La nueva Ley Concursal no determina cuáles son los créditos ordinarios, limitándose a establecer en el artículo 89.3 que “se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados”. Por consiguiente, corresponderá a la Administración Concursal determinar cuál

les son los créditos ordinarios de una manera negativa o por exclusión, incluyendo dentro de este grupo a todos aquellos créditos que no se encuentren especificados como con privilegio especial en el artículo 90, con privilegio general en el artículo 91 o como subordinado en el artículo 92.

VI.4.3.2.4. Créditos Subordinados según el artículo 92 de la Ley

Tienen la consideración de créditos subordinados aquellos que serán satisfechos después de los ordinarios, por disponerlo así la Ley o por voluntad de las partes y los titulares de estos créditos carecen del derecho al voto en la Junta de Acreedores y en caso de liquidación no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos privilegiados y los ordinarios.

La Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en su apartado V, significa 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 siempre muy contadas y justificadas y como excepciones negativas establece las de los créditos subordinados, comprensivos de 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.

Todos estos principios se desarrollan por el artículo 92 de la Ley al señalar específicamente que tendrán la consideración de créditos subordinados:

1º. Los que se hayan insinuado y aportado la justificación documental de su crédito tardíamente o que no habiéndose insinuado hayan sido incluidos por el Juez, al resolver la impugnación, en la Lista, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren en el concurso o en otro procedimiento concursal o que para su determinación sea precisa una actuación inspectora de las Administraciones Públicas, teniendo en estos casos el carácter que les corresponde según su naturaleza”.

La interpretación del primer apartado del artículo 92 ha dado lugar a muchas dudas, discusiones e interpretaciones, por cuanto la salvedad que hace de que la existencia del crédito resultare de la documentación del deudor, parece dejar sin efecto la proclamación general que hace este artículo de que es subordinado el crédito comunicado tardíamente. Desde nuestra óptica, estimamos que la calificación de un crédito como

subordinado, por su tardía comunicación y justificación, es una sanción que se impone al acreedor que no ha querido colaborar con la Administración Concursal aportando los datos y documentos que le han sido requeridos y esa conducta no debe quedar amnistiada por el hecho de que exista documentación en la Empresa, ya que ello no se debe a la colaboración del acreedor, sino a circunstancias ajenas al mismo y sería injusto que a un acreedor, por existir documentación en la Empresa debido a la antigüedad de la deuda, por ejemplo, su crédito no se clasificase como subordinado y otro acreedor, con deuda reciente o cuya documentación se hubiese perdido o desaparecido, hallándose en las mismas circunstancias, se califique su crédito de subordinado. "Item" mas, consideramos muy conveniente, para cuantificar y graduar un crédito, conocer la documentación y la opinión del acreedor y esto no se consigue con la documentación existente en la Empresa. Por ello, entendemos, que el crédito no insinuado ni justificado por el acreedor debe ser sancionado con la calificación de subordinado, salvo que la documentación obrante en las dependencias de la concursada contenga la existencia de garantías reales, resoluciones judiciales o laudos arbitrales cuyo contenido no puede ser objeto de discusión, en cuantía y calificación, por lo que los Administradores Concursales se limitan a incluirlos en la Lista de Acreedores, sin más comentarios.

2º. Los que se hayan acordado por pacto contractual.

3º. Los que tengan carácter accesorio, como los intereses, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la garantía.

4º. Los créditos de naturaleza sancionadora, como las multas y demás sanciones.

La aplicación de esta norma ha sido objeto de controversias, por cuanto uno de los afectados es la Hacienda Pública, que a través de su Abogado del Estado se ha opuesto a que se consideren subordinados los créditos provenientes de recargos, al sostener que éstos no tienen una naturaleza sancionadora, sino que forman parte del principal, por lo que deben tener la misma consideración y calificación que éste. Sin embargo los Juzgados de lo Mercantil han sido tajantes y así los números 3 y 5 de Madrid, en sentencias de 4 y 29 de marzo de 2005 y 2 y 4 de Barcelona, en sentencias de 29 de marzo y 4 de abril de 2005, tras un análisis pormenorizado de las alegaciones de los Abogados del Estado, han decidido considerar los créditos nacidos de recargos, por no haber atendido el concursado su pago en el plazo legalmente establecido, como subordinados, al igual que los provenientes de sanciones e intereses.

5º. Los créditos cuyos titulares mantienen vinculación con el concursado, como pueden ser el cónyuge o el que lo haya sido en los dos años anteriores; los que conviven con él

con igual afectividad o lo hubieran hecho en los dos años anteriores; los ascendientes, descendientes o hermanos. Si el concursado es una persona jurídica esa vinculación se refiere al socio personal e ilimitadamente responsable de las deudas sociales o detente el 5% del Capital Social; los administradores de hecho o de derecho; los liquidadores y apoderados de la Empresa o que lo hubieran sido en los dos años anteriores; las sociedades que formen parte del mismo Grupo que la declarada en concurso y los cesionarios de créditos o adjudicatarios pertenecientes a personas de las anteriormente relacionadas.

VI.4.3.2.5. Créditos Contra la masa, según el artículo 84.2 de la Ley

Tienen la consideración de créditos contra la masa los nacidos con posterioridad a la declaración de concurso e incluso algunos que, teniendo una iniciación anterior, su desenvolvimiento es posterior, como ocurre en el supuesto contemplado en el artículo 81.1 de la Ley Concursal, si el bien del tercero no puede ser devuelto por haberse transmitido a un tercero y queda pendiente de pago una parte del precio fijado por la transmisión.

Todos los créditos contra la masa se satisfarán previamente a los demás y tienen esta consideración, según el artículo 84.

— Los créditos por salarios de los treinta últimos días anteriores al concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

— Los créditos por gastos de administración y justicia del concurso; la retribución de los Administradores Concursales y de los expertos independientes.

— Los créditos por alimentos al deudor y a las personas a las que éste debe facilitarlos.

— Los devengados con posterioridad a la declaración del concurso, en el desarrollo de la actividad profesional o empresarial del concursado; los laborales y los recargos por incumplimiento de obligaciones sobre salud laboral y las obligaciones contraídas por la Administración Concursal durante el procedimiento o por el deudor con la autorización de aquella.

— Los derivados de pactos con obligaciones recíprocas contraídas con anterioridad a la declaración de concurso, pendientes de ejecución, asumidos por el concursado y los Administradores, así como las obligaciones de restitución e indemnización por rescisión voluntaria de un contrato o por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el mismo.

En base a este precepto y al artículo 84.6, las entidades de créditos defienden que en los contratos sinalagmáticos y con obligaciones recíprocas, como es una cuenta de crédito o una cuenta corriente de préstamo, en la que la entidad bancaria ha cumplido con sus obligaciones, si los Administradores Concursales quieren seguir haciendo uso de la cuenta de crédito, el saldo existente al momento de la declaración de concurso debe ser considerado como una deuda contra la masa. Discrepamos de esta interpretación, en base al principio de la “pars conductio creditorum”, consustancial al procedimiento concursal y a la manifestación V de la Exposición de Motivos, de que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y los privilegios, la excepción y entendemos que el saldo que arroje la cuenta corriente al momento de la declaración del concurso debe ser calificado de concursal y sólo si se mantiene en funcionamiento la cuenta de crédito durante el concurso, las obligaciones que se generen tendrán la consideración de créditos contra la masa.

— Las cantidades adeudadas, con vencimiento futuro, a cargo de la concursada, en el caso de pago de créditos con privilegio especial, para evitar la venta del bien que los garantiza.

— Los créditos originados por las contraprestaciones recibidas por el concursado en caso de reintegración a la masa de bienes transmitidos o ejecutados, salvo que el Juez apreciara mala fe en el titular del crédito.

VI. 4.4. Lista de Acreedores

La estructura y contenido de la Lista de Acreedores debe hacerse con la misma meticulosidad que la masa activa, con la diferencia de que, en vez de referirse a bienes y derechos, ganan protagonismo los créditos, aunque sin dejar de mencionar a sus titulares.

Ante la cantidad de datos que deben consignarse por cada acreedor, estimamos oportuno, como ya se ha indicado, abrir una ficha individual a cada acreedor en la que se haga constar el nombre de la mercantil concursada y el número de autos; el número que el acreedor tiene en la Relación de Acreedores presentada por la concursada; nombre o razón social del acreedor; su domicilio, ciudad y NIF; fecha en que se recibe la documentación en el Juzgado de lo Mercantil y si se presenta en plazo o fuera de plazo; importe del crédito en la Lista de Acreedores; importe reclamado y reconocido; concepto; justificación documental, relacionando individualmente cada documento, con expresión de los datos identificativos, origen, vencimiento; garantías personales o reales, si

las hubiera; si es litigioso, condicional o está pendiente de exclusión del patrimonio del deudor principal; opinión de la Administración Concursal sobre la documentación aportada y sobre la cuantía del crédito que debe reconocerse y la calificación del crédito y las cifras que quedan en controversia (ver ficha página 49).

La Lista de Acreedores no es más que el resumen de estas fichas individualizadas, en la que se relacionan, por orden alfabético, todos los acreedores con el crédito que se les reconoce, con separación de los incluidos y de los excluidos. En relación separada se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago. En suma, pues, la Lista de Acreedores comprenderá estas tres relaciones y la de los excluidos expresará la identidad de éstos y los motivos de la exclusión. Con carácter general dispone la nueva Ley Concursal que no podrán ser objeto de exclusión los créditos reconocidos por laudo o por sentencia, aunque estén pendientes de recurso, sin perjuicio del derecho que se les reconoce a los Administradores Concursales para impugnar, en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir el informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude y la validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como los actos administrativos a través del procedimiento establecido en la legislación específica.

El artículo 87 de la Ley Concursal contempla los supuestos especiales de reconocimiento, referidos a los siguientes créditos:

1º. Los créditos sometidos a condición resolutoria y los de entidades públicas recurridos se reconocerán como condicionales y gozarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Si se cumple, a petición de parte, se anularán los actos en que su voto fuera decisivo y devolverá las cantidades cobradas, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir.

Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos se reconocerán como contingentes, sin cuantía y con la calificación que corresponda, sin derecho de adhesión, de voto ni de cobro, hasta que se confirme el crédito, se reconozca en sentencia firme o con ejecución provisional.

2º. Se reconocerán como contingentes los que no se pueden hacer efectivos sin la previa exclusión del patrimonio del deudor, hasta que se acredite a la Administración Concursal haber agotado la exclusión sin haber percibido el total importe del crédito, reconociendo entonces el saldo subsistente.

3º. Los créditos garantizados por tercero se reconocerán por su total importe, sin perjuicio de la sustitución del titular por el garante, una vez éste lo haya satisfecho.

4º. Los créditos en parte pagados por los avalistas, fiadores o deudores solidarios, se reconocerán por el importe no cobrado, pudiendo reconocer el resto a favor del que lo ha satisfecho.

5º. Los créditos asentados en moneda distinta al euro, se reconocerán por la de curso legal, según el tipo de cambio oficial al día de la declaración de concurso.

6º. Los créditos consistentes en prestaciones no dinerarias o dinerarias, determinados por referencia distinta del dinero, se computarán por el valor de la prestación o del bien en la fecha de la declaración del concurso.

7º. Los créditos consistentes en prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de declaración del concurso, actualizándose conforme al interés legal vigente en ese momento.

Realizadas todas las labores que se acaban de indicar, esto es, el análisis de los datos del deudor expresados en la memoria; el estado de la contabilidad; la Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la Administración Concursal, complementadas con el Inventario de la masa activa; la Lista de Acreedores y en su caso, la evaluación de las propuestas de Convenio que se hubieran presentado, por la Administración Concursal se procederá al Cierre del Informe y a su presentación al Juzgado de lo Mercantil, que deberá hacerse en el plazo de dos meses a contar de la aceptación de, al menos, dos de los Administradores Concursales, a no ser que, en atención a circunstancias extraordinarias, se hubiera concedido un mes más.

VI.4.5. Comunicación a los acreedores de la cuantía y calificación del crédito

La Administración Concursal, al tiempo que presenta el informe, está obligada a dirigir una comunicación a cada uno de los acreedores que hayan sido excluidos de la Lista de Acreedores, incluidos sin comunicación previa o por cuantía inferior o calificación distinta a la reclamada, indicándoles esta circunstancia e informándoles que pueden formular reclamación en el término de diez días. Por su parte, el Juez puede acordar, por

sí o a instancia de parte, cualquier publicidad complementaria que estime oportuna. Esta comunicación puede redactarse en los siguientes términos:

*ADMINISTRACION CONCURSAL DE
Domicilio a efectos de notificaciones:*

28000 MADRID

*AGENCIA ESTATAL DE ADM. TRIBUTARIA
C/ Guzmán el Bueno,139
28071 MADRID*

Muy Sres. Nuestros:

Les comunicamos que con fecha de hoy ha sido presentado al Juzgado de lo Mercantil N° de Madrid, el Informe correspondiente al Concurso de Acreedores de

Según establece el art. 95.1 de la Ley Concursal:

“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 lo que, en cumplimiento del citado artículo, les comunicamos que figura esa entidad y/o Uds. en la Lista de Acreedores con los siguientes datos:

Crédito contra la masa:

Crédito con Privilegio Especial:

Crédito con Privilegio General:

Crédito Ordinario:

Crédito Subordinado:

Crédito Excluido:

Atentamente,

POR LA ADMINISTRACION CONCURSAL

El acreedor disconforme con el crédito que le han reconocido los Administradores Concursales, tanto en cuantía como en su calificación, puede impugnarlo en el plazo de diez días, siendo el procedimiento adecuado para tramitar la impugnación el del incidente concursal y el Juez puede acumular todas la impugnaciones y resolverlas en un solo auto. Si estima la impugnación, el Juez ordenará que se modifique la Lista de Acreedores, que deberá realizarse en los cinco días siguientes a la notificación de la última resolución, si no se hubieran acumulado. Esta notificación se hará a los impugnantes y a la Administración Concursal.

Los acreedores disconformes con la cuantía o calificación del crédito que les ha sido reconocido, si no lo impugnan en plazo y forma, no podrán plantear su modificación, aunque sí recurrir modificaciones acordadas por el Juez al resolver otras impugnaciones.

Dos son los principales inconvenientes que encontramos a la forma dispuesta por el legislador para impugnar los créditos, cuando su titular no está conforme con su cuantía y su calificación, nos referimos a su encarecimiento y al incremento de trabajo para el Juez del concurso, lo que puede llegar a colapsar el funcionamiento del propio Juzgado. Se ha encarecido el procedimiento porque el titular de un crédito si quiere impugnar la cuantía o calificación que le ha reconocido la Administración Concursal deberá comparecer representado por un Procurador de los Tribunales y asistido de una Dirección Letrada. Por su parte, el Juez tendrá que analizar las demandas que se promuevan y las contestaciones del Letrado de la Administración Concursal y presidir las vistas que se celebren con las partes personadas. Respecto de esto último, partiendo de un concurso en el que el número de acreedores alcance los 200 y las impugnaciones sean sólo de un 15%, nos encontramos con que el Juez tendrá que celebrar 30 vistas y por lo que respecta al encarecimiento del procedimiento de impugnación es obvio, al tener que acudir, el titular de un crédito, a un abogado y a un procurador, lo que puede servir de efecto disuasorio a muchos acreedores, ante el hecho de los gastos a pagar y la incertidumbre de cuánto y cuándo se va a cobrar. Estimamos que los legítimos intereses de los acreedores tendrían la misma tutela judicial efectiva si se le permitiese al acreedor presentar, personalmente, la impugnación, aportando la justificación de su pedimento, e informada por la Administración Concursal, se resolviese, sin más trámites, por el Juez del Concurso. De esta forma, el trámite sería más rápido y económico y los acreedores no se encontrarían con el problema que supone tener que hacer un desembolso económico, para impugnar la cuantía o calificación de un crédito, que incrementaría el perjuicio que la insolvencia del deudor concursado le ha ocasionado, lo que, en la práctica, se traducirá en que no formula la impugnación, al tener que poner dinero bueno sobre malo y desconocer cuál va a ser el resultado final.

VI.5. Remuneración de los Administradores Concursales

Hemos dejado, conscientemente, para el final del presente trabajo los comentarios sobre la opinión que nos merece la remuneración de los Administradores Concursales, a fin de que se pueda apreciar la falta de correlación entre el trabajo a realizar por éstos y la remuneración que se les asigna.

El cargo de Administrador Concursal es retribuido, salvo cuando sea ejercido por personal designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el Fondo de Garantía de Depósitos y por el Consorcio de Compensación de Seguros, por disponerlo así el artículo 34 de la Ley Concursal, al señalar que "Los Administradores Concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate de personal de las entidades a que se refieren los párrafos 1º y 2º, del apartado 2, del artículo 27" y para complementar esta disposición fija las bases sobre las que descansa esta remuneración y que, en concreto, son las siguientes:

1º. El Juez, previo informe de la Administración Concursal, fijará por auto, que será recurrible, la cuantía de la retribución y los plazos en que debe percibirla.

2º. La cuantía será determinada por el Juez en base al arancel aprobado y teniendo en cuenta la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del Concurso.

3º. La remuneración que por el Juzgado se asigne a los tres Administradores Concursales será idéntica, salvo que el designado de entre los acreedores no elija a un economista, auditor de cuentas o titular mercantil para que le represente, en cuyo caso su remuneración será la mitad de lo que perciban cada uno de los otros dos miembros.

4º. En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a instancia del deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, siempre que concurriera una justa causa.

El nuevo sistema retributivo elegido por el legislador para remunerar la labor profesional de los "Administradores Concursales" es el de arancel que, según la Disposición Final 34, debería ser aprobado por el Gobierno en un plazo máximo de nueve meses, a contar de la entrada en vigor de la Ley. Esta disposición fue cumplimentada por el Gobierno mediante Real-Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que aprobó los aranceles, en los que debe basarse el Juez del concurso para fijar la remuneración a percibir por los

Administradores Concursales, teniendo en cuenta el importe del activo, la cuantía del pasivo y la previsible complejidad del concurso.

Nuestro juicio crítico no puede ser favorable al sistema adoptado por el legislador para remunerar la labor que la propia Ley les impone a los Administradores Concursales, que es ingente, como se acaba de constatar en el estudio que acabamos de realizar, y, precisamente por eso, hemos preferido dejar este apartado para el final, después de exponer algunas de las funciones que tienen encomendadas; las responsabilidades en que pueden incurrir; las limitaciones que se imponen al ejercicio del cargo: tres actuaciones en dos años y por Juzgado, lo que no acabamos de comprender, pues una Ley tan complicada, como la actual, requiere un alto grado de profesionalidad y especialización, y desde luego no se puede conseguir con las actuales limitaciones, precisamente en unos momentos en los que prima la especialidad. Mucho nos tememos que las consecuencias de estas limitaciones, a la larga, se convertirán en que las personas con un alto grado de especialización y profesionalidad no querrán formar parte del Cuerpo u Organo de Administradores Concursales, por no estimar ajustada la actual tarifa de aranceles, a las obligaciones que se le imponen y a las responsabilidades que asumen, según resulta de las siguientes consideraciones:

1ª. Porque se les obliga a aceptar el cargo de Administrador Concursal sin conocer el trabajo a realizar y la remuneración que va a percibir y si no acepta, en consideración a la falta de activo y escasez del pasivo, teniendo en cuenta además que el número máximo de designaciones que puede recibir en dos años por Juzgado es de tres, se le inhabilita para el cargo en todo el partido judicial por un período de tres años.

2ª. Porque la remuneración se fija por el Juez, en base a un informe no vinculante de los Administradores, una vez que han aceptado el cargo y, en estos primeros momentos, las cifras de Activo y de Pasivo no están demasiado determinadas y pueden sufrir profundas modificaciones, pudiéndose dar el caso, como ya ha ocurrido, de que se asignen unos honorarios a los Administradores Concursales, en base a las cifras que se han presentado en el balance que se acompaña a la solicitud del concurso y se perciban en los plazos señalados por el Jugado y al emitir el informe resulten muy inferiores, por lo que se ven obligados a devolver parte de los honorarios percibidos.

3ª. Porque los honorarios fijados para remunerar a los Administradores Concursales, en la mayoría de los casos, serán manifiestamente insuficientes, a nuestro juicio, debido a que se les exige una profesionalidad y que la ejerzan, pero la remuneración no es acorde con ello, ya que el abogado, por ejemplo, como norma general, llevará la dirección

técnica de los recursos que se planteen, incidentes, etc. (art. 184), sin percibir compensación alguna por esta labor, aunque haya condena en costas y lo mismo cabe decir del auditor o del economista, que pueden verse compelidos a formular las cuentas o el plan de viabilidad, sin remuneración complementaria. En suma, se les está exigiendo que ejerzan su profesión, pero sin aplicación de normas de honorarios del Colegio.

4ª. El sistema de arancel tiene grandes inconvenientes, como puede ser su fijeza, que obliga a una constante actualización y la práctica nos demuestra que ésta no se lleva a efecto y una prueba la tenemos en el artículo 7 de la Ley de Suspensión de Pagos, o en los artículos 1.184 y 1.219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que nunca fueron actualizados en orden a los honorarios de los Interventores Judiciales, del Depositario y de la Sindicatura y lo mismo pasó con el artículo 1.056 del Código de Comercio de 1.829, que no modificaron los honorarios en un período de 82, 123 y 175 años, respectivamente. Creemos que los antecedentes son elocuentes, por lo que consideramos que hubiera sido más lógico que se aplicasen los del Colegio Profesional al que pertenecen los Administradores Concursales, aunque con preferencia, por ejemplo, el de menor valor, porque no se debe olvidar que se designa a unos profesionales, del área económica y jurídica, para que actúen como tales.

5ª. ¿Quién les garantiza a los Administradores Concursales el cobro de sus honorarios? Si los aranceles se fijan y aprueban por el Gobierno de la nación; si la cuantificación se realiza por el Juez del Concurso y si la aceptación del cargo es obligatoria, hasta el punto de que el que se niegue queda inhabilitado por un período de tres años en todo el partido judicial, es lógico que se le garantice el cobro de sus emolumentos, pues la práctica nos demuestra que, además de insuficientes, en muchos casos son incobrables. Sin embargo esa garantía no existe, si la concursada carece de bienes para hacerlos efectivos.