

La fase común en el procedimiento concursal

FERNANDO SOLER RODRÍGUEZ

Abogado

sumario

**INTRODUCCION. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PROCESO CONCURSAL,
PRESUPUESTOS Y LEGITIMACIÓN**

PRESUPUESTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL CONCURSO

DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DURANTE LA FASE COMÚN

OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

LA VISTA

RESOLUCIÓN DE LA OPOSICIÓN

RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE PONE FIN A LA OPOSICIÓN

PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

SECCIÓN PRIMERA

Auto de declaración de concurso

SECCIÓN SEGUNDA

SECCIÓN TERCERA

SECCIÓN CUARTA

La fase común en el procedimiento concursal

FERNANDO SOLER RODRÍGUEZ
Abogado

INTRODUCCION. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PROCESO CONCURSAL, PRESUPUESTOS Y LEGITIMACIÓN

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tras múltiples intentos, viene a dar solución legislativa, a los muchos defectos que adolecía la anterior ordenación en esta materia, por muy diversos motivos, entre los que podemos enumerar la dispersión normativa, la falta de adecuación a nuestra realidad económica y social, la desigualdad en el tratamiento a los acreedores, etc, dando luz a un nuevo procedimiento que si bien no rompe con lo fundamental, sí propone una profunda modificación del derecho positivo en vigor en esta importante área del derecho

En este sentido, el nuevo procedimiento no pierde su carácter de universalidad, porque en él comparecen todos los acreedores del deudor común y porque incumbe a la totalidad de sus bienes y derechos; pero está inspirado en otros principios que buscan dar solución a los problemas antes enunciados. De esta forma busca, en el principio de unidad, la salida a la dispersión normativa, evitando la dualidad de textos de derecho sustantivo y adjetivo, y recopila en un solo texto legal, la regulación material y procesal que rige esta especial situación de insolvencia del deudor, pero también hace desaparecer los cuatro procedimientos anteriores que atendían a la condición de comerciante o no del deudor o al tipo de insolvencia generada, distinguiendo si era provisional o permanente. Nace, un único procedimiento concursal que atiende tanto al deudor persona

física o jurídica con independencia de su condición de ser comerciante o al grado de insolvencia manifestado.

No menos importante es el principio de flexibilidad que impregna todo el procedimiento y que sirve de instrumento para conseguir su adaptación a las diversas soluciones que propone la ley. De esta forma se estructura una fase común, que se inicia con la declaración del concurso y que será la misma tanto si la solución que se propone al concurso es la de convenio como la de liquidación. También, en base a su flexibilidad, se puede usar un procedimiento que consiste en presentar una propuesta anticipada de convenio que quedará resuelto dentro de esta misma fase común, con un considerable ahorro procesal y también menos oneroso para el deudor. Por último y dentro de este apartado, la Ley Concursal prevé otra solución para aquellos supuestos en que el pasivo no alcanza el millón de euros, al que denomina procedimiento abreviado y que sólo requiere para su presentación que el deudor pueda, conforme a la legislación mercantil, presentar balance abreviado. Aquí nuevamente se hace patente la extraordinaria flexibilidad del procedimiento al permitir el texto legal que en cualquier momento de la tramitación y si se dan los presupuestos antedichos, que el juez del concurso pueda ordenar la conversión del concurso al procedimiento abreviado y como no podía ser de otra forma, admite la solución inversa, es decir, desaparecidos los presupuestos del procedimiento abreviado o simplemente, comprobado que nunca han existido podrá ordenar la tramitación por el trámite ordinario.

En consecuencia, con un solo texto legal, excepción hecha de lo regulado en la ley orgánica 8/2003 de 9 de julio cuyo contenido requiere este rango legislativo y escapa del alcance de este trabajo, se presenta un único procedimiento concursal que, con un solo presupuesto objetivo, vinculado a la imposibilidad del deudor de atender puntual y regularmente a sus compromisos de pago, permite satisfacer las necesidades del deudor y garantiza el cobro de los créditos acreedores. Esto último porque la ley desarrolla unos mecanismos que tienden a impedir el deterioro del estado patrimonial del deudor común, basados en estimular la presentación de solicitud de concurso voluntario, es decir, el presentado por el propio deudor; la sanción al deudor si incumple el deber de solicitarlo en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, identificada en la exposición de motivos de la ley como el presupuesto objetivo del concurso al que antes nos referimos y el otorgamiento al crédito del acreedor instante de privilegio general de hasta la cuarta parte su importe.

PRESUPUESTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL CONCURSO

El principio de unidad de disciplina se advierte también en el presupuesto subjetivo del concurso, de manera que el mismo procedimiento es de aplicación a cualquier persona, sea física o jurídica y con independencia de ser o no comerciante. Por excepción, la ley prevé la posibilidad de declarar el concurso de la herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. Y también como excepción a la capacidad de las personas jurídicas, recoge la imposibilidad de declarar el concurso de las entidades que integran la organización territorial del estado, los órganos públicos y demás entes de derecho público.

En cualquiera de los casos señalados, se podrá solicitar la declaración de concurso, siempre y cuando se dé, además, el presupuesto objetivo del concurso, que la propia exposición de motivos de la Ley identifica, bajo la regla de la unidad, con la insolvencia, concibiendo ésta como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones, y que después desarrolla en su artículo dos, diferenciando que ésta, la insolvencia, pueda ser actual o inminente. Ambos grados se encuentran definidos en la Ley, de forma que si el deudor no puede cumplir en el presente con sus obligaciones exigibles, se encontrará en el primer caso y si este estado es, en el presente, sólo previsible, se encontrará en estado de insolvencia inminente. En cualquier caso corresponde al deudor expresar en cual de los dos casos se encuentra y además, deberá justificar, que no probar, su endeudamiento y su estado de insolvencia, lo que hará precisamente y cuando esté obligado a llevar libros de contabilidad, con los documentos que está obligado a presentar junto con la solicitud y que se tratan en el artículo 6 de la Ley. Ante esta situación, la Ley va a imponer la obligación al deudor de solicitar su propio concurso en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia y ello con el fin de impedir el colapso de su patrimonio, a que se vería avocado por el retraso en la decisión de colocarse en situación concursal, lo que inexorablemente perjudicará el derecho al cobro de los créditos que ostentan sus acreedores.

También podrán pedir la declaración de concurso y por tanto estarán legitimados cualquiera de sus acreedores, con tal de que prueben la existencia de su crédito con los requisitos que marca la Ley en su artículo 5

El deudor deberá pues, presentar junto con el escrito de solicitud de concurso los mismos documentos cualquiera que sea el caso, si bien y sin que ello suponga una ruptu-

ra del principio de unidad de disciplina, el deudor obligado a llevar contabilidad, deberá aportar además otros documentos de esta naturaleza como ya antes se ha dicho.

Cuando es el propio deudor el que solicita el concurso deberá acompañar cuatro documentos con su solicitud: un poder especial para solicitar el concurso, que podrá sustituir por un apoderamiento apud acta, una memoria, un inventario de bienes y derechos y una relación de acreedores, todos ellos con el contenido y circunstancias a que se refiere el artículo 6 de la L.C.

DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DURANTE LA FASE COMÚN

El procedimiento concursal principiara por la simple presentación de su solicitud ante el Juzgado de lo Mercantil competente para su conocimiento, y esto es aplicable tanto al concurso voluntario como al necesario, es decir al que solicita el propio deudor con independencia de ser persona física o jurídica en el primer caso o al presentado por sus acreedores o por las demás personas legitimadas, que por disposición del artículo 3 de la Ley resultan ser los socios miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de la persona jurídica, supuesto que solo podrá darse en la sociedad regular colectiva o en las comanditarias.

La Ley no contiene un precepto específico que puntualice cual debe ser el contenido de la solicitud, si bien indudablemente aportara claridad al escrito la manifestación separada de los hechos y de los fundamentos de derecho. Resulta evidente la necesidad de aportar los datos identificativos del promovente, tanto si es el propio deudor el que lo solicita o como si son sus acreedores o las demás personas legitimadas a las que antes nos hemos referido y los de la persona física o jurídica de la que se pide su declaración de concurso necesario. En el caso de concurso necesario el artículo 7 de la Ley impone la obligación de expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fecha de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que, además, acompañara documento acreditativo. El mismo precepto establece que los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter con que la formulan y en todo caso, se expresará en la solicitud los medios de prueba de que intente valerse para acreditar los hechos en las que se fundamenta. Obvio es que la solicitud deberá contener la petición de declaración de concurso. Como vemos, el contenido de la solicitud no será el mismo si lo que se pide es un concurso voluntario o necesario y dentro de este último, dependerá de si el que lo pide es un acreedor o uno de los demás legitimados. A todo ello habrá que añadir otros datos que dependerán del fin último que se persigue, es

decir, implementar una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de liquidación si es el caso.

Junto con la solicitud deberán aportarse obligatoriamente los documentos a que se refiere el artículo 6 de la L.C. a los que antes nos hemos referido y sobre los que sólo nos resta manifestar, que la norma detalla con inusual precisión cual debe ser el contenido de cada uno de estos documentos, por lo que si no se desea sufrir retraso en la admisión de la solicitud, se deberá cumplir escrupulosamente con todos y cada uno de los datos y requisitos exigidos, habida cuenta que el juez de lo mercantil deberá examinar minuciosamente todos ellos antes de proceder a la declaración de concurso en el voluntario. En caso de adolecer solicitud de alguno de los documentos exigidos o de no estar completos, el juez dará al solicitante un plazo de cinco días para su justificación o subsanación (artículo 13-2º de la L.C.).

Presentada en el registro general la solicitud de concurso, en cualquiera de sus variantes, con sus documentos y copias, se procederá a su reparto entre los distintos juzgados de lo mercantil en el supuesto de existir varios. Baste decir a efectos de este trabajo, que la creación de los juzgados de lo mercantil viene recogida en la LO 8/2003 de 9 de junio y que la competencia para conocer del concurso viene atribuida al juez de mercantil por así disponerlo el artículo 8 de la Ley y que su jurisdicción es exclusiva y excluyente el las distintas materias que recoge el citado precepto. En cuanto a la competencia territorial, vendrá determinada por la del lugar donde tenga el deudor el centro de sus intereses principales que en el caso de las personas jurídicas, se presume coincidente con el de su domicilio social. Por lo tanto y salvo prueba en contrario, en los concursos voluntarios será competente el juez de lo mercantil donde radiquen el domicilio social de la persona jurídica. Si el concurso es necesario la Ley concede la facultad de elección al acreedor instante de elegir entre el juzgado de lo mercantil del lugar donde radique el del domicilio social y el del lugar donde tenga el deudor el centro de sus intereses principales.

Llegados a este punto, una vez turnada la solicitud al juez de lo mercantil y admitida su competencia, éste la examinará en ese mismo día o al siguiente y si la estima completa, dictará auto declarando el concurso, si el que la ha solicitado es el propio deudor, y si es cualquier otro legitimado, dictará auto admitiéndola a trámite. En este caso y conforme determina el artículo 15 de la L.C., emplazará al deudor con traslado de la solicitud para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro de los cuales se pondrán los autos de manifiesto para formular oposición, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

Por lo tanto, presentada la solicitud del concurso, las resoluciones que cabe dictar por el juzgado de lo mercantil son diferentes según que el concurso sea voluntario o necesario, de manera que en el primer caso el juez dictará auto declarando el concurso y en el segundo resolverá con un auto de admisión a trámite con emplazamiento al deudor para formalizar oposición.

En ambos casos, es decir, declarado el concurso, en el voluntario, o admitida a trámite la solicitud, en el necesario, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 16 de la Ley, el juez ordenará la formación de la sección primera, en la que se sustanciará todo lo relativo a la declaración del concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso (artículo 183 de la L.C.).

OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Dentro, pues, de la sección primera, que comprende todo lo relativo a la declaración del concurso, y en el caso de admisión a trámite del concurso, el deudor podrá adoptar distintas soluciones. La primera es allanarse a la pretensión, la segunda no formalizar oposición en el plazo concedido por el juzgado. En ambos casos el juez dictará auto declarando el concurso y también lo hará, si antes del emplazamiento pero después de presentada la solicitud de concurso necesario, el deudor hubiera presentado su propio concurso. Por último, el deudor podrá formalizar oposición a la declaración de concurso por los dos únicos motivos que recoge el artículo 18 de la Ley: inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud de concurso o en que aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En definitiva, atacando el presupuesto objetivo del concurso.

Pero parece evidente que la oposición también se pueda amparar en la falta de legitimación de quien lo solicita, por ejemplo, probando que quien insta el concurso no es acreedor o en que siéndolo, ha adquirido su crédito en los términos previstos en el artículo 3-2º de la Ley, es decir, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, por actos inter vivos y a título singular y después de su vencimiento.

No obstante, en la generalidad de los casos la causa de oposición será una de las contempladas en el citado artículo 18 de la L.C.. El primero es la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, es decir, en la concurrencia de uno o varios de los supuestos recogidos en el artículo 2 párrafo cuarto de la Ley, lo que deberá hacer por vía de excepción ya que la carga de la prueba sobre la existencia de alguno de estos

hechos corresponde al instante del procedimiento. En el segundo caso, lo que ocurre es que el deudor va a reconocer la existencia de la causa alegada pero puede demostrar que, sin embargo, no se encuentra en situación de insolvencia. Observemos que en este segundo supuesto, una vez probada por el instante la causa en la que se funda su solicitud de concurso necesario que además es reconocida por el deudor, corresponderá a éste probar que su situación no es de insolvencia, o lo que es lo mismo, que puede hacer frente puntual y regularmente al pago corriente de sus obligaciones. Así se desprende del contenido del artículo 18-3º de la L.C. que impone al deudor la carga de la prueba de su solvencia. De la lectura de este precepto se desprende la idea de que el deudor que no esté obligado a llevar contabilidad, puede valerse de cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho pero no así en el caso de estar obligado a llevarla, pues en este caso el precepto impone que la prueba sea la que se derive de la contabilidad que presente arreglada conforme a derecho. Se establece así una desigualdad en el trato cuando el deudor que se opone esté obligado a llevar contabilidad.

El citado artículo 18 de la L.C., ni cualquier otro del texto legal, se refiere a la forma que deba observarse en la oposición, pero desde luego nada impide, y además es lo recomendable, que se haga por escrito, separando hechos y fundamentos de derecho. El plazo de que dispone es de cinco días desde que se le dio traslado de la solicitud y es común para instruirse de los autos, formular la oposición y proponer prueba. Ya sabemos que si deja transcurrir este plazo sin hacer valer su derecho, el juez de lo mercantil dictará auto declarando el concurso. La posibilidad de aportar documentos y proponer prueba que tiene el deudor al presentar su oposición se ve reproducida en el acto de la vista por lo que este corto plazo de cinco días concedido por la Ley no deberá ser obstáculo para preparar correctamente la oposición a la declaración de concurso necesario.

LA VISTA

El artículo 18-2º determina que, una vez presentada la oposición, el juez, al siguiente día, citará a las partes a una vista a la que deberán comparecer con todos los medios de prueba de que intenten valerse y que puedan practicarse en el acto. Además, si el deudor es de los obligados a llevar libros, deberá comparecer con los que sean de obligada llevanza. El trámite de la vista se recoge en el artículo 16 de la Ley, y en lo no comprendido en este precepto, será de aplicación lo previsto en los artículos 182 y ss. de la LEC. El plazo previsto para la celebración de la vista es el de 10 días desde que formuló la oposición y a él deberán acudir las partes a través de su representación legal y dirigidas por letrado. En este estado puede suceder que ambas partes comparezcan o

no al acto de la vista y sus consecuencias son muy distintas. La incomparecencia del deudor a este acto determina la declaración de concurso por el juez de lo mercantil, pero si el incompareciente es el promotor del expediente, o si haciéndolo, no ratifica su solicitud, el juez deberá acordar la conclusión del procedimiento, salvo que de oficio se aprecie la existencia del presupuesto objetivo y además, la existencia de otros varios acreedores, en cuyo caso el juez los llamará concediéndoles un plazo de cinco días para formular alegaciones antes de decidir sobre la solicitud. La comparecencia produce también efectos distintos, de forma que si el deudor comparece y el crédito del acreedor instante esta vencido, deberá consignar su importe en el acto de la vista, aunque también tiene la posibilidad de haberlo hecho antes de este acto, y por último, si decide no efectuarlo, deberá indicar las causas de la falta de consignación. La misma obligación tendrá el deudor respecto de los créditos de los demás acreedores personados que hayan acumulado su solicitud de concurso. De la propia dicción del párrafo tercero del artículo 19 de la L.C. se desprende que en el caso de ser aceptada la consignación por el acreedor instante y si no existen otros acreedores conocidos el juez del concurso deberá acordar su conclusión. Lógicamente, si la consignación es aceptada, no cabe la posibilidad del instante de ratificar la solicitud de concurso. Si hay otros acreedores, estaremos ante el supuesto visto anteriormente en que el juez llama a éstos para formular alegaciones en el plazo de cinco días antes de resolver sobre el archivo o la continuación de la vista.

Otras posibilidades que se pueden dar en el acto de la vista: que el deudor no haya consignado el crédito del o los instantes, o que habiéndolo hecho, él o los acreedores no lo hayan aceptado, ratificándose en la solicitud; que el crédito que sirvió para legitimar la solicitud no estuviera vencido o que en realidad el promotor no fuera acreedor. En todos estos casos continuará la vista con la práctica de la prueba propuesta en la solicitud o en la propia vista y que haya sido declarada pertinente por el órgano jurisdiccional, practicándose las que se puedan realizar en el mismo acto y concediendo un plazo, que no podrá superar los veinte días, para las que no.

El artículo 20 de la L.C. establece que una vez practicadas las pruebas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso. Esto plantea la cuestión de si es posible emitir el informe final a que se refiere el artículo 185-4º de la LEC, para rectificar hechos o conceptos, y en su caso, formular concisamente las alegaciones que a su derecho convengan sobre el resultado de las pruebas practicadas. Es en definitiva una norma de aplicación supletoria en lo no previsto sobre el desarrollo de la vista en el proceso concursal, por lo que habrá que entender que, a pesar de que la dicción literal del citado artículo 20 de la Ley

no ofrece este trámite, el juez deberá conceder esta posibilidad a las partes. Advertimos que en la práctica y en un Juzgado de lo Mercantil de Madrid, al menos, esta oportunidad no fue concedida a las partes.

RESOLUCIÓN DE LA OPOSICIÓN

Finalizada la vista y trascurrido el plazo de 20 días para la práctica de aquellas pruebas que no pudieron serlo en el acto, el juez dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el mismo auto se pronunciará el juez del concurso sobre las costas, que en el caso de ser vencido el deudor y declarado el concurso, tendrán la consideración de crédito contra la masa, es decir, que habrán de ser satisfechas antes de comenzar con el pago de los créditos que conforman la masa pasiva del concurso. Si por el contrario la pretensión resulta desestimada, las costas serán impuestas al solicitante, aunque el juez podrá no decretar esta imposición si razonadamente considera que el asunto presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

La firmeza de la resolución que desestima la declaración de concurso, lleva implícita, por así disponerlo el artículo 20 de la Ley, la reclamación de daños y perjuicios causados al deudor por la sola presentación de la solicitud y deberá tramitarse por las normas del artículo 712 y ss de la LEC ante el mismo juez del concurso, quien una vez determinados, requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose a su exacción forzosa si no lo verificare.

RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE PONE FIN A LA OPOSICIÓN

El auto resolutorio admite la presentación de recurso de apelación, tanto si lo decretado ha sido la declaración de concurso como la desestimación de la solicitud, que como regla general no tendrá efectos suspensivos salvo que el juez, de forma excepcional, acuerde lo contrario (en este caso, deberá haber un pronunciamiento sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que hubieran podido adoptarse).

Otra posibilidad alternativa de recurso, es el de reposición, cuando lo que se quiere impugnar no es la cuestión principal, es decir, la declaración de concurso o la desestimación de la solicitud, sino cualquiera de los otros pronunciamientos contenidos en el auto, como por ejemplo, el de las costas.

Para recurrir el auto de declaración de concurso, no sólo estará legitimado el deudor que no lo hubiere solicitado, sino también cualquiera que muestre un interés legítimo y aunque no hubiera comparecido con anterioridad. En el caso de ser el auto desestimatorio de la solicitud, sólo estará legitimado el acreedor instante.

En materia de costas, le serán impuestas al recurrente si se produce la desestimación del recurso.

PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

Dentro de la fase común del procedimiento concursal, se abre la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio evitando la apertura de la sección quinta, que es la prevista por el artículo 183 de la Ley para lo relativo al convenio.

Esta solución es una manifestación del principio de flexibilidad rector del procedimiento y permite al deudor proponer anticipadamente un convenio a sus acreedores como solución al concurso, sin ni siquiera esperar a la apertura de la fase de convenio en la sección quinta del procedimiento, lo que, en palabras de la exposición de motivos de la Ley Concursal, se traduce en “una notoria economía de tiempo y gastos respecto de los actuales procedimientos concursales”.

Esta posibilidad se abre tanto en la modalidad de concurso voluntario como en el necesario, pudiendo el deudor presentar la propuesta anticipada de convenio con la solicitud de concurso en el primer caso o desde el momento de la declaración de concurso en el segundo, agotándose el plazo, en ambos casos, con la expiración del plazo para la comunicación de créditos por los acreedores, que recordemos, es de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso.

Advertimos que a diferencia de lo que ocurre en la tramitación del convenio dentro de la sección quinta, en la que tanto el deudor como los acreedores están legitimados para presentar propuestas de convenio, en el supuesto de propuesta anticipada, ésta sólo corresponde al deudor, y que también, como diferencia con aquel, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones que representen la quinta parte del total pasivo presentado por el deudor. Pero las adhesiones no lo pueden ser de cualquier acreedor, sino sólo de aquellos que lo sean con carácter privilegiado o bien ordinario, no sirviendo las de los créditos subordinados. Esto se refleja en la práctica como la imposibilidad de presentar adhesiones de acreedores que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93

de la Ley, sean personas especialmente relacionadas con el deudor puesto que sus créditos serán considerados dentro del concurso como subordinados por disposición del artículo 92 del mismo texto legal.

Con la anterior normativa, en no pocos casos se han aprobado convenios con el único y exclusivo apoyo de sociedades que resultaban ser titulares de una parte, normalmente importante, del accionariado de la sociedad deudora. Esto resulta ya imposible, pues los créditos de estas sociedades son considerados como subordinados, al tratarse de personas especialmente relacionadas con el concursado si su participación supera el 10% del capital social.

Así pues, la Ley Concursal, concibe como requisito de procedibilidad para la presentación de la propuesta anticipada de convenio, las adhesiones de acreedores ordinarios y privilegiados que representen el quinto del pasivo total presentado por el deudor. Es una condición necesaria pero no suficiente, ya que junto a esta, el deudor deberá reunir otros dos requisitos de carácter subjetivo: no estar incurso en ninguna de las prohibiciones que enumera el artículo 105 de la L.C. y no haber solicitado la liquidación, todo ello de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo 104 de la L.C.

Presentada la propuesta anticipada dentro de los plazos ya analizados, es decir, con la misma solicitud de concurso o desde la declaración del concurso necesario y en ambos casos hasta la expiración del plazo para la comunicación de los créditos, el juez de lo mercantil la examinará, y si se cumplen los requisitos relativos a las adhesiones, a la ausencia de prohibiciones en que pueda estar incurso el deudor y por último, de la no solicitud de liquidación, resolverá sobre su admisión, en el mismo auto de declaración de concurso si hubiera sido presentada con la solicitud de concurso, o mediante auto motivado en el plazo de tres días desde la presentación de la propuesta, en el supuesto de concurso necesario.

En cuanto al contenido del convenio en su modo de propuesta anticipada, la L.C. no marca diferencias entre éste y el propuesto en la tramitación ordinaria dentro de la sección quinta. Así pues, resulta íntegramente de aplicación lo dispuesto en el artículo 100 del texto legal para el contenido del convenio y por tanto: la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita y espera o ambas a la vez siempre que, en lo que se refiere a los créditos ordinarios, la quita no supere la mitad del importe del crédito, ni una espera superior a cinco años. No obstante esta limitación legal, si para el cumplimiento del convenio que pretenda la continuidad empresarial, total o parcial,

basándose en los recursos que genere para atender a su cumplimiento, podrán proponerse quitas o esperas con superación de estas limitaciones, siendo único requisito que la propuesta vaya acompañada de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y en su caso, los compromisos de su presentación por terceros. La legitimación para la solicitud de ampliación de los límites legales corresponde únicamente al deudor y será el juez de lo mercantil quien mediante auto motivado podrá autorizar discrecionalmente la superación solicitada.

Siguiendo con el contenido del artículo 100 de la L.C., el convenio podrá contener propuestas alternativas para todos los deudores o para los de una o varias clases, y se podrán convertir créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales e incluso en créditos participativos. Se permite la enajenación de conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, siempre que el que adquiera, asuma la continuidad y el pago de los créditos en la forma convenida.

Lo que en ningún caso permite el precepto analizado, son las propuestas de convenios de liquidación, tan comunes en la anterior etapa normativa, es decir, la cesión de los bienes y derechos del concursado a sus acreedores en pago o para pago de sus créditos.

La propuesta deberá ir siempre acompañada de un plan de pagos que detalle los recursos con los que se cuenta para su cumplimiento incluidos los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado.

SECCIÓN PRIMERA

Auto de declaración de concurso

Hasta el momento hemos visto y analizado, más o menos con detalle, el contenido que debe tener la solicitud de concurso, tanto si es voluntario como necesario y hemos visto que si se cumplen con detalle y escrupulosamente los requisitos previstos en la L.C., conseguiremos la declaración judicial de concurso voluntario, siempre en forma de auto.

Por su parte y en cuanto al concurso necesario, presentada la solicitud y justificados los presupuestos objetivos y subjetivos del concurso, el juez de lo mercantil dictará auto de admisión a trámite del concurso y previos los trámites oportunos ya estudiados, llegará a dictar auto declarando el concurso.

Por lo tanto, desde este momento del procedimiento, la L.C. regula el contenido del auto de declaración de concurso en el artículo 21 de la L.C., con mínimas distinciones para el caso de haber sido promovido el concurso por el deudor o por cualquiera de los demás legitimados.

El primer pronunciamiento será precisamente la calificación del concurso como voluntario o necesario y para ello hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 22 de la ley, que define en sentido positivo el concurso voluntario como aquel en que la primera de las solicitudes, en caso de existir varias, es presentada por el deudor, y ya con una definición negativa, entiende como concurso necesario aquél que se da en los demás casos, es decir el que no es voluntario. Por excepción, será necesario cuando cualquiera de los otros legitimados para instar el concurso, hubiera obtenido providencia de admisión a trámite dentro de los tres meses anteriores a la fecha de solicitud del deudor.

Dentro de las especialidades en cuanto a los pronunciamientos que debe contener el auto de declaración de concurso, cuando éste sea declarado necesario, está la del requerimiento al deudor para que presente los documentos enumerados en el artículo 6 de la ley, en el plazo de diez días a contar desde que le haya sido notificado el auto de declaración de concurso, que son precisamente los que hubiera debido aportar con la solicitud de concurso voluntario. El incumplimiento de este mandato podría dar lugar a la calificación del concurso como culpable al establecer el artículo 165 de la L.C. la presunción "*iuris tantum*" de la existencia de dolo o culpa grave cuando el deudor, o en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de colaboración con el Juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso.

Con carácter imperativo, el auto de declaración de concurso deberá pronunciarse sobre los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y facultades de los administradores concursales (artículo 21-2º de la L.C. El fin último perseguido con el procedimiento concursal, no es otro que la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores, lo que hace imprescindible fijar los efectos del concurso sobre las facultades del deudor. Las limitaciones sobre sus facultades están fijadas por la L.C. en su artículo 40 y se establecen sobre la consideración de ser el concurso voluntario o necesario.

En el primer caso, concurso voluntario, las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio se conservan, pero quedando sometidas en cuanto a su ejercicio, a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización

o conformidad. Pero si el concurso es declarado necesario, las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio quedaran suspendidas y serán sustituidas por los administradores concursales.

La flexibilidad inherente al procedimiento concursal, permitirá, no obstante lo dicho, que el Juez del concurso altere estos efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, de forma que podrá decretar la suspensión de las facultades en caso de concurso voluntario y la mera intervención en el supuesto de concurso necesario, siempre y en todo caso motivando esta decisión con fundamento en los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener con esta alteración.

Pero los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor común establecidos con carácter necesario en el auto de declaración de concurso, tampoco son necesariamente las que deban perdurar a lo largo del procedimiento, habida cuenta que el Juez de lo mercantil podrá dictar nueva resolución en forma de auto acordando en cualquier momento del procedimiento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión, previa solicitud sobre este extremo de la administración concursal y oído el concursado.

En caso de concurso de la herencia, corresponderá siempre a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que en este caso pueda acordarse la modificación de esta situación.

Evidentemente cabe la posibilidad de que el deudor incumpla con las limitaciones impuestas sobre sus facultades patrimoniales sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso. En estos casos dispone el párrafo 7º del apartado artículo 40 de la L.C., la anulabilidad de los actos realizados por el deudor, correspondiendo el ejercicio de esta acción a la administración concursal y siempre que lógicamente no hubiera convalidado o confirmado tales actos. El trámite previsto para su ejercicio es el del incidente concursal. La acción caducará con el cumplimiento del convenio o por finalización de la liquidación en su caso. También esta prevista la posibilidad de que los acreedores o los afectados por la relación contractual puedan formular requerimiento a la administración concursal para que manifieste si pretende ejercitar la acción de anulabilidad o si por el contrario, confirma el acto. En este caso la caducidad de la acción se producirá al mes de cumplirse la fecha de éste.

El segundo pronunciamiento del párrafo segundo del artículo 21 es corolario del anterior. Es lógico que una vez limitadas las facultades de disposición y administración del deudor, se nombre inmediatamente y se determinen las facultades de los administrado-

res concursales, por ser el órgano que intervendrá o entrará en el ejercicio de éstas cuando se produzca la suspensión.

En el trámite ordinario se designaran tres administradores judiciales, con las condiciones subjetivas que impone el artículo 27 de la ley. Por excepción, en el procedimiento abreviado previsto en el artículo 190 de la L.C., que se da cuando el pasivo inicialmente estimado no exceda del millón de euros y el deudor este autorizado por la legislación mercantil a la presentación de balance abreviado, la administración concursal estará integrada por un solo miembro.

Las condiciones subjetivas para el ejercicio del cargo se recogen en el artículo 27 de la ley, y así, la administración concursal deberá estar compuesta por un abogado con experiencia profesional de al menos cinco años de ejercicio efectivo, por un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados con el mismo tiempo de ejercicio profesional efectivo y por último por un acreedor que ostente un crédito ordinario o con privilegio general, que no éste garantizado. Éste último, si es persona jurídica, deberá designar para el ejercicio del cargo a un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que acredite una experiencia profesional efectiva de al menos, cinco años de experiencia, pero si es persona física, podrá, bien participar directamente en la administración concursal, aunque no reúna la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil o bien designar a un profesional como en el caso de ser persona jurídica. En todo caso, estos profesionales quedaran sometidos al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal.

En caso de ser un solo administrador concursal por estar en un procedimiento abreviado, la administración concursal estará compuesta como hemos visto por un solo administrador concursal, que deberá ser de los que reúnan las condiciones del apartado 2º del número 3 del artículo 27 de la L.C., es decir, deberá ser abogado, economista, auditor de cuentas o titular mercantil, e igualmente, con los requisitos ya vistos.

La Ley Concursal recoge en el artículo 28 del texto legal, una casuística en el sistema de nombramiento, incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, que impedirán el ejercicio del cargo a aquellos administradores concursales, ya sean abogados, economistas, auditores de cuentas o titulados mercantiles, que aun figurando en las listas que deben confeccionar anualmente los respectivos colegios profesionales o el Registro Oficial de Auditores de Cuentas para su remisión al Decanato de los juzgados competentes, se vean inmersos en alguna de ellas.

Otro pronunciamiento, en este caso no de carácter obligatorio, que puede recoger el auto es la fijación de medidas cautelares. El párrafo 4º del artículo 21 de la ley, recoge la posibilidad, no la obligatoriedad, de fijación de medidas cautelares por el juez en el auto de declaración de concurso, cuando éste comprenda, que son necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor. Si existieran mediadas cautelares anteriores adoptadas ex artículo 17 de la L.C., el auto deberá pronunciarse sobre su extinción, si las circunstancias que las motivaron han desaparecido o sobre su mantenimiento si estas persisten.

Por último, el auto deberá necesariamente contener un llamamiento a todos los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, es decir, para que los insinúen en el procedimiento. El plazo es de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordada en el auto.

Posteriormente, la administración concursal, una vez aceptados los cargos de sus componentes, dirigirá una comunicación a todos los acreedores conocidos en la que además de informarles personalmente de la declaración de concurso del deudor común, les advertirá de su deber de comunicar sus créditos en la forma establecida por el artículo 85 de la ley.

El auto de declaración de concurso puede no ser firme porque haya sido recurrido, pero en todo caso será ejecutivo y producirá sus efectos de inmediato, abriendo la fase común del procedimiento. Se le deberá dar la publicidad que se haya determinado en el propio auto que como mínimo será la fijada en el artículo 23 de la ley.

Una vez declarado el concurso, el Juez del concurso ordenará la formación de las restantes secciones de la fase común, es decir de las secciones segunda, tercera y cuarta, que se encabezarán, bien por el auto de declaración de concurso, bien por la sentencia que haya ordenado su formación. Recordemos que el artículo 16 de la ley manda la formación de la Sección primera también desde la declaración del concurso o en su caso, desde la solicitud de concurso necesario, debiendo ir encabezada con la solicitud de concurso.

SECCIÓN SEGUNDA

La Sección segunda comprende todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la res-

ponsabilidad de los administradores concursales. Respecto de esta sección, baste lo ya dicho a efectos de este trabajo respecto al nombramiento y facultades de los administradores concursales

El Título IV de la L.C. recoge todo lo relativo a determinación de la masa activa y la masa pasiva del concurso, junto con lo relativo al informe de la administración concursal, materia que constituye objeto de otra parte de este Boletín, por lo que a los efectos de este trabajo y como quiera que tanto la determinación de la masa activa como de la pasiva se corresponden con la formación de las Secciones tercera y cuarta y por tanto de la Fase Común del procedimiento, nos limitaremos a realizar un análisis somero de estas dos Secciones.

SECCIÓN TERCERA

La Sección tercera comprende todo lo relativo a la formación de la masa activa, a las acciones de reintegración, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa y al pago de las deudas de la masa y contra la masa.

La masa activa del concurso no es mas que la formación de un conjunto de bienes y derechos, propiedad del deudor, con contenido patrimonial, es decir, realizables y no embargables, que quedan afectados a los fines del concurso, o lo que es lo mismo, a la satisfacción de los créditos del concurso.

Estará formada, pues, por todos los bienes y derechos presentes y futuros del deudor por aplicación del principio de responsabilidad universal (artículo 1911 del Código Civil), y por tanto se integrará no solo por los bienes que existan al momento de su declaración sino por todos aquellos que se adquieran durante la sustanciación del procedimiento, tanto sean los derivados de las acciones de reintegración (artículo 71 y ss) como los propios de la actividad empresarial de la entidad concursada.

No obstante, la correcta formación de la masa activa del concurso, exige la separación de aquellos bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención que serán entregados a sus legítimos titulares, a solicitud de estos (artículo 80 L.C.)

Dentro de esta sección tercera, se comprende también todo lo relacionado con las acciones de reintegración, es decir, de todos aquellos actos realizados por el concursado den-

tro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, siempre que tales actos hayan resultado perjudiciales para la masa activa, y aunque no haya existido intención fraudulenta. Son actos rescindibles, a diferencia de lo que sucedía en la anterior regulación de la quiebra en la que se trataban como actos nulos de pleno derecho que no necesitaban siquiera de declaración judicial (siempre que no hubiera oposición). El ejercicio de estas acciones corresponde a la administración concursal aunque también podrán ejercitar la acción rescisoria aquellos acreedores que habiendo instado por escrito a la administración concursal para ello, ésta no lo hiciera en el plazo de dos meses a contar del momento en que se practicó el requerimiento. El trámite previsto para su ejercicio es el incidente concursal, y el éxito de la acción lleva a la declaración de ineficacia del acto impugnado con restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses.

SECCIÓN CUARTA

La sección cuarta comprende todo lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos. También recogerá, en pieza separada, los juicios declarativos que se hayan dirigido contra el concursado y que se hubieran acumulado al concurso y las ejecuciones que se inicien o reanuden.

La L.C. proporciona una definición negativa de lo que debe entenderse por masa pasiva, de forma que ésta queda integrada por todos aquellos créditos que no sean créditos contra la masa, conteniendo el artículo 84 una casuística de que créditos son los que tienen esta última consideración. Por su parte el artículo 49 del texto legal establece que declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso. Estamos pues ante dos tipos de créditos, unos denominados por la L.C. créditos contra el deudor o más propiamente créditos concursales, que son los que verdaderamente integran la masa pasiva del concurso y otros llamados créditos contra la masa, que son créditos extraconcursales y viene establecidos por ley como ya hemos dicho.

La comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos se estudian y analizan en la parte relativa al informe de la administración concursal objeto de estudio en otro lugar de este trabajo remitiéndonos a lo allí dicho.