



*Real Academia
de Ciencias Económicas y Financieras*

SEMINARIO ANALÍTICO
SOBRE LA CASUÍSTICA ACTUAL
DEL DERECHO CONCURSAL

• CELEBRADO EL 4 DE JUNIO DE 2010 •

La realización de esta publicación ha sido posible gracias
a la colaboración de las siguientes entidades



Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

Seminario analítico sobre la casuística actual del derecho concursal (2010 : Barcelona)

Seminario analítico sobre la casuística actual del derecho concursal : sesión académica del 4 de junio del 2010 / autores, José J. Pintó Ruiz ... [et al.]

ISBN-13 978-84-614-3654-5

I. Título

1. Derecho concursal — España — Congresos 2. Quiebra — Congresos
3. Suspensión de pagos — Congresos

KKT1942

La Academia no se hace responsable de las opiniones expuestas en sus propias publicaciones.

(Art. 41 del Reglamento)

Editora: © Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 2010

ISBN-13: 978-84-614-3654-5

Depósito legal: B-xxxx-2010

Nº registro: 10/91189

Esta publicación no puede ser reproducida, ni total ni parcialmente, sin permiso previo, por escrito de la editora. Reservados todos los derechos.

Imprime: Ediciones Gráficas Rey, S.L.—c/Albert Einstein, 54 C/B, Nave 12-14-15
Cornellà de Llobregat—Barcelona

**SEMINARIO ANALÍTICO
SOBRE LA CASUÍSTICA ACTUAL
DEL DERECHO CONCURSAL**

ÍNDICE

SEMINARIO ANALÍTICO SOBRE LA CASUÍSTICA ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL

CELEBRADO EL 4 DE JUNIO 2010

PRÓLOGO	9
SEMINARIO	
Imo. Sr. D. Fernando Gómez Martín	17
Académico Correspondiente para el País Vasco de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras	
<i>El procedimiento administrativo de apremio en sede concursal</i>	
D. Juan Carlos Noguera de Erquiaga	139
Abogado	
<i>La seccion de calificación. El concurso culpable.</i>	
<i>La realidad de la práctica concursal</i>	
Excmo. Sr. Dr. D. José J. Pintó Ruiz.	179
Académico Numerario de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras	
<i>De la acción pauliana, a la retroacción y tras ella, de nuevo a una remozada pauliana configurada por la ley concursal</i>	
Dr. D. Sebastián Sastre Papiol	231
Profesor Titular de Derecho Mercantil (UB). Abogado	
<i>Luces y sombras del real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de reforma de la ley concursal (un intento de reforma para la crisis)</i>	

SEMINARIO ANALÍTICO SOBRE LA CASUÍSTICA ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL

Excmo. Sr. Dr. D. Luís Usón Duch	263
Académico Numerario de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras	
<i>Los créditos avalados en la ley concursal</i>	

PUBLICACIONES

Relación de las publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras	281
---	-----

PRÓLOGO

En el momento presente las relaciones jurídicas se hallan profundamente afectadas, por el nada despreciable incremento del incumplimiento de las obligaciones en especial las pecuniarias. Y aunque continúa vigente el art. 1.911 del Código civil, que siempre proclamara que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, en la realidad actual como los derechos de crédito abundan y los bienes escasean se provoca en la sociedad una cadena de incumplimientos con recíproca relación entre ellos de causa a efecto que genera a su vez la crítica situación que sufre hoy nuestra sociedad.

Y aunque cada deuda comporta derecho de un acreedor a exigir el pago a un deudor, y ordinariamente la tensión se origina entre ambos sujetos mencionados, cuando el incumplimiento se generaliza, y el patrimonio del deudor se ve afectado no por una sino por varias deudas, y el montante de estas, puede superar el valor del patrimonio responsable, entonces la tensión más que aquella que normalmente existe entre acreedor y deudor, se presenta entre los diversos acreedores quienes, - hablando en términos vulgares - ante la realidad que ya proclamaron los romanos: “*nemo dat quod non habet*” ante la realidad de que no hay bastante para pagar a todos ha de provocarse un tratamiento jurídico unitario o universal al que obedece nuestro nuevo derecho concursal, tomando cabal importancia las relaciones de graduación y preferencia entre acreedores y la verificación de actos que dificultan el cumplimiento, nocivos, frente a actos útiles que pueden facilitarlos.

En este marco las comunicaciones de los Académicos de Número Dr. D. José Juan Pintó Ruiz y Dr. D. Luis Usón Duch, del Académico Correspondiente para el País

Vasco, el profesor D. Fernando Gómez Martín, como los estudios de quienes también han participado el profesor y abogado Dr. D. Sebastián Sastre Papiol y el abogado D. Juan Carlos Noguera de Erquiaga, especializados en el tema, contribuyen a facilitar con singular eficacia, variedad y trascendencia el estudio y la utilización práctica de importantes resortes que la nueva Ley concursal dispone. La temática concursal, es jurídicamente sencilla, pero cuando en trance de particularizar se contemplan determinadas situaciones específicas, el binomio ley- realidad, se torna difícil y agudo, y exige aquella especial atención a la que responden los distintos estudios integrados en esta publicación. Así es de considerar – exponemos por orden alfabético – que el profesor GÓMEZ MARTÍN, en su obra sobre el procedimiento administrativo de apremio en sede concursal, se ocupa de los créditos concursales de las administraciones públicas, que pueden haber providenciado de apremio con anterioridad a la declaración de concurso, y expresa su opinión contraria a que puedan continuar, pese a la literalidad del art. 55.1 de la Ley concursal, con algunos matices, así como contra que las administraciones públicas puedan iniciar el procedimiento de apremio después de declarado el concurso, por disposición expresa del art. 55.1 de la Lc. Respecto de los créditos públicos contra la masa, cuyo pago se supedita a lo dispuesto en el art. 154 de la Lc, considera inaceptable que puedan ser objeto de apremio, con el recargo que anuda

El letrado Sr. NOGUERA DE ERQUIAGA realiza un análisis de la sección sexta de calificación del concurso con especial atención a su consideración como culpable y las consecuencias que la misma lleva pareja. Se incide en la separación entre efectos civiles y efectos penales, con valoración de la trascendencia que dicha distinción, introducida por la Ley Concursal, tiene en la realidad de la práctica concursal. Se estudian los supuestos que la Ley prevé que conducirán a una eventual calificación como culpable, con especificación de las personas que podrán verse afectadas por la Sentencia que se dicte en esta pieza sexta. Finalmente, el autor termina realizando una crítica valorativa sobre el escaso provecho que en la praxis se le da a la sección objeto de estudio.

El Dr. PINTÓ RUIZ en torno a la reintegración al patrimonio del concursado de bienes indebidamente exigidos de aquel, analiza los diversos medios concebidos a tal fin, y su respectivo cauce procesal.

El profesor y abogado Dr. SASTRE PAPIOL, comenta con singular precisión y claridad la primera reforma de nuestra vigente Ley Concursal de 2003, el RDL 3/2009, de 27 de marzo, que califica como un intento de reforma para la crisis. Reforma necesaria pero insuficiente, “*ante la evolución de la crisis económica global y su impacto en la economía española*” como reza el preámbulo de la disposición en la

que se señala seguidamente que “*en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los Tribunales como consecuencia de la crisis...*”. El estudio, pese a referirse de forma sistemática y ordenada a los principales hitos de la reforma concursal propiciada por el RDL 3/2009, descansa principalmente en una de ellas, y que es objeto prioritario de la citada disposición: los acuerdos de refinanciación como “*escudo protector*” de las entidades de crédito que facilitan a los deudores en situación de crisis, bien sea nuevas operaciones o modificaciones sustanciales a las primitivas u originarias, bien sea mediante adjudicación en pago de deuda, rebajando así su endeudamiento y propiciando nueva liquidez. Cierra este capítulo con una lacerante crítica a la oportunista reforma en el tratamiento de los créditos públicos en la medida en que se han dotado a los mismos y a los derivados del Fondo de Garantía Salarial de una total inmunidad rescisoria. En este sentido, señala SASTRE PAPIOL, “*el crédito público y el del Fondo de Garantía Salarial han sido los auténticos beneficiarios de la reforma*”.

Y el Dr. USON DUCH estudia el tratamiento que da la Ley Concursal a los acreedores que gozan de garantía de terceros, los avales, cosa que no estaba regulada en las leyes anteriores por las leyes de procedimientos universales, sino por los Códigos generales. Hace especial hincapié en el número 6 del art. 87 de la L.C, que, según su literalidad daba lugar a conclusiones que no parecen casar con las leyes generales (Código Civil, Mercantil) y que generarían posiciones injustas para los acreedores que, aunque tengan aval, no lo hayan ejercitado o no puedan hacerlo. Por fin la reforma de 27 de marzo de 2009 por R. Decreto-Ley ha modificado el texto del artículo controvertido, corrigiéndolo de forma que a la doctrina le parece plausible. El autor no está conforme con que la reforma de 2009 acabe con los problemas que suscita el artículo debatido. Y lo razona.

De ahí, la oportunidad de la celebración de este Seminario de la Sección de Legislación y Jurisprudencia de nuestra Real Corporación porque estamos en un momento de reflexión que nos da la oportunidad de mejorar los problemas esenciales que han sido debatidos.

José Juan Pintó Ruiz

Presidente de la Sección Cuarta: Legislación y Jurisprudencia
Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

**SEMINARIO DE LA SECCIÓN DE
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

FERNANDO GÓMEZ MARTÍN

Miembro correspondiente para el País Vasco de la Real Academia de
Ciencias Económicas y Financieras

FERNANDO GÓMEZ MARTÍN

Miembro correspondiente para el País Vasco de la Real
Academia de Ciencias Económicas y Financieras

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO EN SEDE CONCURSAL

Entre los antecedentes prelegislativos de la reforma concursal, en relación con el crédito público, son de obligada referencia los trabajos de la Comisión General de Codificación y del Ministerio de Justicia, que se concretaron en el último borrador finalizado por dicha Comisión Codificadora, en septiembre de 2000, y en el Anteproyecto y Proyecto de Ley concursal presentados por el Ministerio de Justicia, en septiembre de 2001 y julio de 2002, respectivamente.

La Ley concursal¹, que resalta el interés del concurso, sin concretar su alcance, regula el crédito público de manera coherente con dicho principio rector, aunque no satisfaga todas las expectativas. Como aproximación al interés del concurso, conviene destacar su cita en la exposición de motivos² y en diversos preceptos de la nueva Ley. Puede identificarse el interés del concurso con la satisfacción de los acreedores (créditos concursales), la protección del deudor (persona natural o jurídica y la herencia), así como de los trabajadores, y en la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios, en su caso, es decir, se procura la defensa del marco socio-económico nacional, que coincide con la política económica del Gobierno español, para coadyuvar en el mantenimiento de la empresa.

¹ LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, 10 julio 2003), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004.

² *La ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa.*

Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la pérdida o disminución de ciertos privilegios tradicionales³ de los acreedores de Derecho público, particularmente el crédito tributario, de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el laboral, sacrificio que comparten otros acreedores de Derecho privado, especialmente los que gozan de garantía real.

El art. 54 del Anteproyecto, después 55, de Ley concursal llegó al Ministerio de Justicia con el siguiente texto: «Ejecuciones y apremios. 1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni acordarse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real».

1. Efectos de la declaración de concurso sobre el crédito público

Me propongo comentar el procedimiento de apremio de los créditos públicos en sede concursal, identificados como de titularidad de la Administración del Estado, particularmente de la Hacienda Pública y de la Tesorería General de la Seguridad Social, y que se extiende a las Haciendas Autonómicas, Provinciales y Locales⁴, “acreedores profesionales” y cautivos en procesos de ejecución universal, generalmente.

Sobre *dies a quo* de los efectos de la declaración de concurso, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Oviedo, de 7 de junio de 2007, considera que la declaración legal de que «el auto producirá sus efectos de inmediato» (art. 21.2 LC) significa que los efectos se producen el mismo día en que se dicte y, más en concreto, con el comienzo de las horas hábiles, es decir, hacer coincidir el momento de eficacia del auto de declaración de concurso con el comienzo de las horas hábiles, que el artículo 130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en virtud de la disposición final 5ª de la Ley Concursal) fija en las 8.00 horas de la mañana, pues en caso de duda debe estarse a aquella opción que mayor fortaleza de efectos proporcio-

3 Para la Hacienda Pública se concretaban sus privilegios en los arts. 71 a 75 y 129 de la Ley General Tributaria de 1963, éste último según modificación parcial por Ley 25/1995, de 20 de julio (BOE 22.07.1995). Consecuentemente, el crédito tributario ostentaba la calificación jurídica de privilegiado, gozaba del derecho de abstención y, en su caso, de ejecución separada, hasta el 1.09.2004.

4 VALERO LOZANO, Nicolás, El Régimen Jurídico del Crédito Público en la Ley Concursal, LA LEY, septiembre 2007, págs. 39 a 43.

ne a la declaración de concurso, resolución que, recordemos, el legislador pretende sea inmediatamente efectiva (D. Javier Anton Guijarro).

Conviene precisar que no todos los créditos de la titularidad de la Administración Pública gozan de las mismas prerrogativas concursales, como se deduce de la Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, de fecha 25 de enero de 2010, que considera que el Instituto Nacional de Turismo de España no ha justificado que actuase en el ejercicio de potestades administrativas, pues el crédito deriva de la participación de la concursada en dos Ferias, en las que el Instituto le alquiló un mostrador, pero en modo alguno se trata de una actuación investida de potestad administrativa, y ello lleva a entender que el crédito insinuado no es de derecho público y por lo tanto no procede aplicar el privilegio del art. 91.4º de la Ley concursal, confirmando la clasificación efectuada por la administración concursal como ordinario (D. Javier García Marrero).

1.1. Prohibición de pago de créditos concursales

El artículo 49 dispone: «*Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes*». Precepto capital, que pone fin al derecho de ejecución separada de las leyes concursales derogadas, con algunas excepciones: ejecuciones administrativas y laborales, en su caso (art. 55.1.II), buques y aeronaves (art. 76.3), así como las contempladas en la disposición final decimoctava, que reforma la Ley de Mercado de Valores. Concordante con el art. 84.1: “*Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa*”.

En general, los créditos concursales sólo podrán satisfacerse a través del convenio o la liquidación, de modo que su pago fuera de tales cauces será nulo o anulable y dará lugar a responsabilidad del autor (deudor y/o administración concursal, en su caso).

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Cádiz, de fecha quince de diciembre de dos mil siete, sobre retenciones del IRPF devengadas con anterioridad de la declaración de concurso e ingresadas después, sin la conformidad de los administradores concursales, que ejercitan la acciones de reintegración contra la AEAT (art. 71.6), se pronuncia sobre el carácter concursal del crédito tributario en cuestión y que su pago, tras la declaración de concurso, y sin seguir el orden y graduación establecido en los arts. 155 y siguientes de la Ley concursal, ha de reputarse nulo,

por ser contrario a normas imperativas de la Ley concursal. La cuestión que se debate es estrictamente jurídica y se refiere a la calificación que haya de darse al crédito por retenciones tributarias, correspondientes a salarios devengados con anterioridad a la declaración de concurso, y practicadas con anterioridad, y cuyo pago haya de efectuarse con fecha posterior a la citada declaración. La AEAT mantiene que se trata de créditos nacidos de una obligación legal y que han de clasificarse como créditos contra la masa del art. 84.2.10º LC. No es esta la interpretación que se desprende de la Ley concursal y de la propia contestación a la demanda de la citada Administración. La Ley concursal, como se ha expuesto, califica los créditos por cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal, como créditos con privilegio general (art. 91.2 LC). Del mismo precepto se desprende que el nacimiento de la obligación surge con la retención, aunque la obligación de pago sea de fecha posterior. Habrá que atender a la fecha del devengo. Conforme a la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), ha de distinguirse, a estos efectos, entre hecho imponible, devengo y nacimiento de la obligación, y exigibilidad, que se definen en los arts. 20 y 21 LGT (Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano).

1.2. Prohibición de compensación de créditos

El Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao, por Auto de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete, resuelve sobre la pretendida compensación del IVA a devolver anterior a la declaración de concurso con un crédito concursal y considera que la tesis de la Recaudación sobre la compensación de un crédito concursal (deuda tributaria) con un activo en la masa (crédito de devolución del IVA), producido conforme al art. 58 Ley concursal, no puede admitirse como solución de la colisión entre la actuación de la Hacienda Foral y el órgano judicial del concurso, pues la regla general tradicional del procedimiento concursal es la colectivización del universal patrimonio de deudor común de acreedores insatisfechos de cara al tratamiento convencional o liquidatorio derivado de la insolvencia, y consecuente la “vis” atractiva de tal procedimiento respecto de las ejecuciones singulares contra el mismo. En el sistema actual, el principio es que la competencia exclusiva en la ejecución y la tutela cautelar es de los órganos judiciales de lo mercantil (arts. 86.Ter.3º y 4º y 8.3º y 4º LECO), y no cabe duda que el acuerdo de compensación administrativo de Hacienda Foral se produce para deudas tributarias en periodo ejecutivo, que se extinguen por potestad o autotutela de la Administración.

La pérdida de autotutela ejecutiva, en la inteligencia del Juzgado, no se recobra para los créditos iuspúblicos concursales hasta la aprobación del Convenio, enton-

ces sujetándose el cobro de los créditos concursales ordinarios y subordinados a lo pactado, o para los créditos iuspúblicos contra la masa hasta la misma aprobación de Convenio, o hasta transcurrido el año desde la declaración del concurso, sin que se haya abierto la liquidación. Toda otra inteligencia, parte de considerar regla la excepción, esto es, el principio de autotutela la regla y la sujeción a la tutela jurisdiccional la salvedad. Y es cristalino que en el seno del ordenamiento concursal opera un sistema inverso, como también se invierten las ventajas, estas no de exención en primer término de lo jurisdiccional, sino de bonificaciones procesales, de los acreedores con garantía real, o los trabajadores. El principio es de sometimiento a las reglas comunes del concurso, y excepciones las vías de “escapar” con sus ventajas de procedimiento, las cuales lógicamente sólo tienen sentido en una diligencia ejecutiva precedente a la declaración de concurso (a); en una indiferencia para el signo solutorio del mismo, como en cuanto a bienes no afectos o innecesarios -arts. 55.1.pfo.2º y 56.1 LECO- (b); o en una prolongación indebida de tales soluciones -Convenio o Liquidación demorada más allá del año desde la declaración del concurso- (c). Ninguna de estas razones utilizable en nuestro supuesto. Por consiguiente, como el Acuerdo de Compensación supone agredir un derecho de crédito en la masa activa, que se resuelve en la retención de un dinero en las cuentas del acreedor concursal de Derecho Público, se produce una actuación nula de pleno derecho por analogía del art. 55.4 LECO, ya que a pesar de que el procedimiento de apremio es exclusivamente administrativo y que la competencia para entender del mismo y resolver todos sus incidentes es exclusiva de la Administración Tributaria, una vez concursado el deudor, no hay ya competencia de ésta para pagarse por compensación sobre los bienes de éste, aunque se limite a la adopción de medida que no supone una realización de cosas (D. Edorta Josu Etxarandío Herrera).

La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de fecha 25 de junio de dos mil siete, resuelve sobre la competencia del Juzgado de lo Mercantil y que no corresponde a la Administración Tributaria cuanto se refiere a la aplicación –ni en la modalidad argüida de compensación– de los importes de cuya devolución se trata y que pudiera resultar procedente. (Ponente D. Landelino Lavilla Alsina).

La Resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de fecha 15 de marzo de 2010, estima el recurso de reposición contra el acuerdo de compensación adoptado declarando la disconformidad del acto administrativo objeto de impugnación, debido a que los hechos y fundamentos alegados han desvirtuado el acto administrativo que se impugna, toda vez que el artículo 58 de la Ley 22/2003, Concursal, establece que declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado.

Por todo lo anterior, esta Delegación Especial, en uso de las facultades y competencias atribuidas procede a la adopción del siguiente ACUERDO: ESTIMAR el presente recurso de reposición, declarando la disconformidad del acto administrativo objeto de impugnación».

2. Ejecuciones y apremios

Dispone el artículo 55: «1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales [que trata el Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil] o extrajudiciales [notariales], ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

Claramente se observa que el anterior injerto “en negrita”, del segundo inciso del art. 55.1, no ayuda a la comprensión del apartado 2 del art. 55. El citado inciso final del apartado 1 no figuraba en el Anteproyecto de Ley y fue incorporado, en parte, en el Proyecto de Ley. Ahora bien ¿serán competentes para continuar la ejecución las Recaudaciones correspondientes o los Juzgados de lo Social? Si así fuese, se daría una excepción a lo dispuesto en el art. 8.3^{o5}. Además, no se respetaría lo dispuesto en el artículo segundo⁶ de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2.1. Providencia de apremio anterior a la declaración de concurso

El artículo 164 de la Ley General Tributaria de 2003, sobre concurrencia de procedimientos, establece: «2. En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto

5 «Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».

6 Modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda modificada en los términos siguientes: «7. Se añade un nuevo artículo 86 ter, con la siguiente redacción: «1. Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».

en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del período ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso».

El Real decreto 939/2005, de 29 de julio, aprueba el Reglamento general de recaudación y dedica el art. 123 a las actuaciones de la Hacienda pública en procedimientos concursales y en otros procedimientos de ejecución, sin mención alguna a los apremios en sede concursal.

La disposición adicional segunda del mentado Reglamento de recaudación se refiere a los criterios de coordinación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria con la Tesorería General de la Seguridad Social en procesos concursales, sin mención alguna a los apremios en sede concursal.

El Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, dedica el art. 108 a las actuaciones en supuestos de liquidación o concurso y establece: «2. En los supuestos de concurso, las actuaciones administrativas se entenderán con el propio concursado cuando el juez no hubiera acordado la suspensión de sus facultades de administración y disposición y, en cualquier caso, con los administradores concursales como representantes del concursado o en su función de intervención, de acuerdo con lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

El art. 227 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece: «En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal».

El art. 34⁸ del referido Real Decreto Legislativo 1/1994, señala: «1. Transcurrido el plazo reglamentario de ingreso y una vez adquieran firmeza en vía administrativa la reclamación de deuda o el acta de liquidación en los casos en que éstas procedan, sin que se haya satisfecho la deuda, se iniciará el procedimiento de apremio mediante la emisión de providencia de apremio, en la que se identificará

7 Modificado por ley 22/2003, concursal.

8 Modificado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

la deuda pendiente de pago con el recargo correspondiente. 2. La providencia de apremio, emitida por el órgano competente, constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los sujetos obligados al pago de la deuda. En la notificación de la providencia de apremio se advertirá al sujeto responsable de que si la deuda exigida no se ingresa dentro de los 15 días siguientes a su recepción o publicación serán exigibles los intereses de demora devengados y se procederá al embargo de sus bienes...».

El Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, dedica el art. 50 a los Procedimientos de ejecución universal: «1. Si el responsable de la deuda con la Seguridad Social fuera declarado en concurso, la Tesorería General de la Seguridad Social se personará en el procedimiento y comunicará a la administración concursal los créditos de que sea titular mediante la correspondiente certificación administrativa. 2. Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal. 3. Si se hubiese dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el artículo 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. 4. Sólo podrá iniciarse o proseguirse la ejecución administrativa de garantías reales constituidas sobre bienes de quien haya sido declarado en concurso cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: a) Cuando la garantía se haya constituido para asegurar el cobro de deudas ajenas al concursado. b) Cuando los bienes no se hallen afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado. c) Cuando al tiempo de la declaración de concurso ya se hayan publicado los anuncios de subasta del bien objeto de la garantía, y éste no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Si no concurrese ninguna de tales circunstancias, se suspenderán las actuaciones de ejecución administrativa de la garantía real y se instará del órgano judicial lo que conforme a Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, pueda resultar procedente para su ejecución, sin perjuicio de la aplicación, en tanto ésta no proceda, de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, para el cobro de la deuda garantizada. 5. La declaración de concurso suspende el devengo de intereses de las deudas anteriores a dicha declaración, salvo que dichas deudas se hallaran aseguradas con garantía real, en cuyo caso serán exigibles hasta donde alcance dicha garantía...».

El Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Las Palmas, de fecha 3 de enero de 2005, sobre embargos decretados por la Agencia Estatal de la Administración; por la Tesorería General de la Seguridad Social; la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno Canario; la Liga Nacional de Fútbol Profesional; y, la Real Federación Española de Fútbol, acuerda que se dejen sin efecto, desde la fecha de declaración del concurso, los embargos que recaigan sobre bienes y derechos de la Unión Deportiva Las Palmas, S.A.D., consistentes en dinero en efectivo o en derechos directamente transformables en dinero en efectivo, tales como patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, por ser necesarios o afectos a la producción (D. Juan José Cobo Plana).

Respecto a cómo podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio, con anterioridad a la declaración de concurso, el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Cádiz, de fecha 3 de mayo de 2005, resuelve que tanto la Tesorería General de la Seguridad Social como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y los Juzgados en los que se sigan ejecuciones deberán comunicar al Juzgado de lo Mercantil el estado de las mismas, y si se ha procedido a la suspensión o, en caso contrario, si se continúa por concurrir la excepción, y ello sin perjuicio de que por la recurrente, caso de no estar conforme con la decisión en cada caso del Juzgado, se proceda a plantear el conflicto de jurisdicción (Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano).

Especial situación, sobre apremio de la TGSS, anterior a la declaración de concurso, y embargo de saldo adeudado a la concursada, que el deudor consigna en cuentas judiciales, se resuelve por Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao, de fecha doce de septiembre de dos mil ocho, que acuerda que el importe de dicha ejecución, consignado en la cuenta judicial, quede a disposición de la masa activa del concurso, de modo que una vez satisfechos los créditos contra la masa, y los créditos con mejor privilegio que el de la Seguridad Social, se entreguen a ésta, si hubiera sobrante, lo que corresponda por su crédito privilegiado, ordinario y subordinado, todo ello conforme a las previsiones de abono que dispone la Ley Concursal (D. Edmundo Rodríguez Achutegui).

El Auto anterior fue confirmado, en parte, por Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 14 de octubre de 2009, que acuerda la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la TGSS, en cuanto se acuerda la puesta a su disposición de la cantidad de 12.727,21 euros, en virtud de derecho que se le reconoce en el art. 55.1.2 LECO, pero sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a su

crédito. Este pronunciamiento está fundado en que, de la resolución recurrida, se desprende que el proceso concursal estaba en la fase común del concurso, sin que se hubiera dictado entonces la apertura de la fase de convenio (ordinario) o de liquidación del concurso -arts. 98 y 142.2-, aunque se señala que la Sociedad está abocada a la liquidación, sin que quedara precisado el momento en que hubiera surgido el más que probable derecho de reintegro a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social de dicho importe (Ponente Doña Reyes Castresana García).

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de dos mil ocho⁹, resuelve que la facultad reconocida por el párrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo. Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros¹⁰.

Por Auto del Juzgado de lo Mercantil N° uno de Alicante, de fecha 6 de mayo de 2008, se formaliza conflicto de jurisdicción respecto de la autoridad administrativa tributaria, por embargo de la cuenta corriente bancaria de la concursada, después de declarado el concurso: «FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La cuestión que se plantea es si el embargo trabado el 11 de abril de 2007 por SUMA Gestión Tributaria Diputación de Alicante (SUMA en adelante) sobre el saldo de una cuenta de la concursada, declarada como tal el 27 de mayo de 2005, puede dar lugar a que dicho efectivo escape de la masa activa del concurso y que con su importe se satisfaga íntegramente una deuda por impago de impuestos del ejercicio 2004 (según certificación de descubierto aportada por SUMA) , y por ende concursal al ser previa a la declaración de concurso

Segundo.- La proliferación de acciones y ejecuciones no es compatible con un proceso universal como el concurso. De ahí que la declaración de un deudor en concurso incida sustancialmente sobre los procedimientos declarativos (art 51) y de ejecución pendientes (art. 55), así como sobre aquellas acciones que se puedan promover con posterioridad (art 50 en fase declarativa y 55.1 en fase de ejecución). Es la conocida *vis attractiva* del concurso

9 SÁNCHEZ PINO, Antonio José, “Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores”, Revista de Derecho Concursal.

10 Vid. Centro de Documentación Judicial, Id. Cendoj: 0819370152008100064.

Centrándonos en la fase de ejecución, el artículo 55 establece dos normas básicas: 1º) Prohibición de nuevas ejecuciones singulares: “Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor” (art. 55.1 párrafo primero) y 2º) La suspensión de la ejecuciones pendientes: “Las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda” (art. 55.2)

La Ley Concursal, pues, se aparta del sistema de la acumulación de las ejecuciones al concurso (sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para el proceso de quiebra (artículos 1.379 y 1.173.3º) y opta por impedir que se inicien nuevas ejecuciones contra el patrimonio del deudor desde la declaración del concurso –en línea con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos- y la suspensión de las ejecuciones pendientes o en tramitación

Las actuaciones que se practiquen (bien iniciándose bien continuándose) en contravención de estas reglas serán nulas de pleno derecho (art. 55.3LC), sanción lógica al ser adoptadas por órgano incompetente objetivamente (art. 238LOPJ y 225 LEC) ,pero a adoptar en cada procedimiento por el órgano que conoce del mismo, por lo que inicial petición de la admón. concursal no pudo ser atendida, ya que este Juzgado carece de competencia en el orden administrativo (art. 86 ter LOPJ y 8LC) para declarar la nulidad de actos dictado en el seno del procedimiento administrativo de apremio seguido

Tercero.-La regla de la suspensión de las ejecuciones pendientes no es absoluta, ya que el artículo 55.1 párrafo segundo permite a unos concretos acreedores salvarla, y les faculta continuar la ejecución extraconcursal de bienes del deudor concursado. Reza este precepto “podrán continuar aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor”...

Los supuestos de continuación de ejecución separada son, pues, dos, y centrándonos en el que aquí interesa – apremio administrativo - se refiere a aquél en el que se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso y que dichos bienes no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor

Dos son los criterios a tener en cuenta para dilucidar si procede o no la continuación de la ejecución separada: temporal y objetivo

En primer lugar, el temporal: que se haya dictado providencia de apremio con embargo por el órgano administrativo anterior al auto de declaración de concurso

El segundo criterio, el objetivo: solo cabe continuar la ejecución al margen del concurso si los bienes objeto de traba no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor

Aunque se reconoce que literalmente el art. 55 LC parece limitar la exigencia de embargo solo a las ejecuciones laborales, por lo que bastaría para permitir la no suspensión del procedimiento administrativo de apremio iniciado el que se haya dictado con anterioridad al auto de declaración de concurso la providencia de apremio, y que es la interpretación seguida por el Tribunal de Conflictos en la sentencia de 22 de diciembre de 2006, consideró que existen motivos para discrepar de esta interpretación, máxime cuando en la consulta de bases de datos realizada no se ha conseguido conocer otras resolución posterior que confirme tal criterio

La tesis mantenida -que solo cabe la continuación del procedimiento de apremio si la Administración ha procedido, además del dictado de la providencia de apremio, al embargo de bienes antes de la declaración de concurso- se sustenta en las siguientes razones: 1º) es factible una interpretación armónica frente a la literalista: la fecha de la providencia de apremio determina si procede la ejecución separada, pero ésta sólo se extenderá a los bienes y derechos embargados con anterioridad a la declaración del concurso; 2º) la limitación objetiva (que no se trate de bienes “necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial”) abarca tanto a los apremios administrativos como a las ejecuciones laborales, como se deduce del adverbio “siempre “ y por la estructura de precepto, al aparecer separado por una coma del requisito temporal (“todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso”). Y este límite objetivo cobra sentido si, efectivamente, como se mantiene, lo relevante es que solo cabe continuar la ejecución sobre bienes y derechos determinados, y ello solo tiene lugar en el caso del apremio administrativo con la diligencia de embargo; 3º) la tesis contraria implicaría reconocer a la Administración un derecho de ejecución separada de carácter general y no sobre bienes y derechos determinados, ya que la providencia de apremio no produce afectación de bienes concretos (artículo 167.1 de la LGT) siendo el acto por el que se inicia el procedimiento de apremio, y en el que solo con la diligencia de embargo (artículo 170 del RGR) se determinan los bienes a trabar. Si se admite que el solo dictado antes de la declaración de concurso

de la providencia de apremio, aun sin notificar, permite después ejecutar cualquier bien de la masa activa, ello supone, de hecho, consagrar un privilegio absoluto a la Administración frente al resto de acreedores, más que una excepción al principio de universalidad del concurso. No se puede obviar que cuando se declara el concurso es habitual que ya se hayan iniciado vías de apremio administrativo (como ocurre con reclamaciones a instancias de particulares) en esa incipiente fase, por impagos inherentes a esa situación de insolvencia que da lugar al concurso; 4º) la ejecución separada se trata de una excepción al principio de universalidad y a la *vis attractiva* del proceso concursal (art 8 y 49 LC), que, como excepción debe ser objeto de interpretación restrictiva; 5º) permitir la ejecución administrativa separada al margen del concurso con el solo requisito de que la providencia de apremio sea anterior al auto de declaración de concurso supone dar una preferencia al acreedor público que parece excesiva y de difícil justificación frente a intereses colectivos de la masa de acreedores y no se explica el fundamento del distinto tratamiento frente al otro supuesto de continuación de la ejecución separada (la de las ejecuciones laborales); 6º) es la respuesta armónica con la solución legal prevista en el art 162.1.a) LGT en caso de colisión de procedimiento de apremio con ejecuciones singulares (“a) Cuando concorra con otros procesos o procedimientos singulares de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente si el embargo efectuado en el curso del procedimiento de apremio sea el más antiguo. A estos efectos se estará a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho)”

En el sentido apuntado se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Barcelona de 24/5/2006, el Auto del Juzgado de Vitoria de 20/11/2005 o el del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Bilbao de 14/2/2008, con cita del AJM de La Coruña de 19/5/2006

Cuarto.- En el caso que nos ocupa resulta de la documental obrante en autos:

i) que se declara el concurso de PLASTICOS ILLIMAR SL por auto de 27/05/2005

ii) que SUMA GESTION TRIBUTARIA en el procedimiento de apremio administrativo seguido contra la misma con num. 2005/22/008730 embarga los saldos de la cuenta de Plásticos ILLIMAR SL en fecha 11/4/2007.

En cambio, y a pesar de ser requerido expresamente, se desconoce en qué fecha se dictó la providencia de apremio que da lugar al inicio de la vía de apremio en el que se traba los saldos de la concursada.

Ello es así porque lo único que se aporta es una “certificación del descubierto colectiva” en la que figura impresa “fecha certificación: 06/04/2005”, en la que se deja constancia de la deuda tributaria correspondiente al período 31/12/2003 y 31/12/2004 por concepto “inspección actividades económicas” y una “certificación del descubierto colectiva” con “fecha certificación: 10/04/2005” en el que figura (al margen de otros extremos) bajo la rubrica “providencia de apremio” un texto estampillado en el que se dice que se dicta providencia de apremio contra los deudores comprendidos en la relación, sin que conste fecha alguna de dicha providencia. Aun admitiendo en vía de hipótesis (por la falta de claridad) que se refiere como deudor a PLÁSTICOS ILLIMAR y que la fecha es la de 10/04/2005, no hay dato alguno en dicha “certificación” que permita afirmar que se refiere al procedimiento de apremio No. 2005/22/008730, por lo que hay que concluir que tal documento no adviera cuándo se inició la vía de apremio N° 2005/22/008730, en cuya mantenimiento se ampara la Administración para trabar los saldos tras la declaración de concurso.

No puede dejarse de mencionar, y refuerza la anterior conclusión, el que en la propia documentación que SUMA remite a la entidad bancaria consta un recuadro en el que se identifica el n° de expediente de apremio (2005/22/008730) y en el destinado al “Dictado prov. Apremio” figura la fecha 06/04/2007.

Quinto.- Con arreglo a lo antes expuesto procede entender que el embargo administrativo invade las competencias jurisdiccionales.

En primer lugar, porque el embargo se practica con posterioridad al auto de declaración de concurso, según la tesis mantenida.

En segundo lugar, y aun admitiendo la tesis de que la sola providencia de apremio es la que fija la preferencia entre la ejecución administrativa y la concursal, tampoco hay constancia de que la fecha de la providencia de apremio que da lugar al procedimiento de apremio en el que se practica el embargo sea anterior al 27 de mayo 2005.

En tercer lugar, y aun en la hipótesis de que fuese anterior al 27 de mayo 2005, tampoco la Administración en su procedimiento de apremio ha seguido el criterio establecido por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 según la cual “Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano judicial a fin de que éste decida si los bienes o derecho específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración

judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado 3º para las hipótesis de contravención “ por lo que concluye que al no dirigirse la Administración al Juez del concurso es improcedente la traba de bienes del patrimonio del deudor, supuesto idéntico al presente en el que ninguna noticia da SUMA a este Juzgado de la vía de apremio seguida.

Sexto.- Con arreglo a las anteriores consideraciones, y observadas las formalidades prevista en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 mayo 1987 de Conflictos de Jurisdicción, corresponde, conforme al informe del Ministerio Fiscal, formalizar el conflicto de jurisdicción, requiriendo de inhibición al órgano administrativo a fin de que no continúe con la ejecución, al tratarse de una ejecución cuyo conocimiento corresponde a este Juzgado Concursal (art. 9). Al figurar la Diputación Provincial de Alicante como administración pública en las comunicaciones remitidas por SUMA GESTION TRIBUTARIA a este Juzgado, se dirigirá a su Presidente, que en el plazo previsto en el art. 9.2 se deberá pronunciar si mantiene su jurisdicción o si acepta la solicitud de inhibición.

El órgano administrativo, tan pronto como reciba el oficio de inhibición, suspenderá el procedimiento en lo que se refiere al asunto cuestionado, hasta la resolución del conflicto, adoptando, en todo caso, con carácter provisional, aquellas medidas imprescindibles para evitar que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves e irreparables (art. 11.1).

En caso de mostrar su conformidad con el oficio de inhibición lo hará saber, en el plazo de cinco días, a este órgano y si decide mantener su jurisdicción, deberá oficiar inmediatamente a este tribunal requirente, anunciándole que queda así formalmente planteado el conflicto de jurisdicción, y que envía en el mismo día las actuaciones al Presidente del Tribunal de Conflictos, para que éste Juzgado haga lo propio (art. 12).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, PARTE DISPOSITIVA:

1º- Que procede formalizar el conflicto de jurisdicción respecto de la autoridad administrativa competente para conocer del procedimiento administrativo nº 2005-22-8730 seguido contra PLASTICOS ILLIMAR SL por SUMA Gestión Tributaria Diputación de Alicante por el embargo de la cuenta nº 0093-0775-13-0000287784-aperturada en el Banco de Valencia SA en fecha 11/04/2007

2º- Se acuerda requerir a dicha autoridad administrativa para que deje sin efecto el embargo practicado por créditos concursales y transfiera a la cuenta de consignaciones de este Juzgado (nº ...) la suma de 20.286,51€, reclamando la competencia de este Juzgado para su aplicación

Remítase al Presidente de la Diputación de Alicante requerimiento de inhibición, sirviendo a tal efecto testimonio de la presente resolución, haciéndole saber que en el plazo previsto en el art. 9.2 LO 2/1987 deberá pronunciar si mantiene su jurisdicción o si acepta la solicitud de inhibición y que deberá suspender el procedimiento en lo que se refiere al asunto cuestionado, hasta la resolución del conflicto, adoptando, en todo caso, con carácter provisional, aquellas medidas imprescindibles para evitar que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves e irreparables .

Notifíquese a SUMA GESTION TRIBUTARIA a efectos de constancia en su expediente de apremio 22/2005/008730». D. Rafael Fuentes Devesa.

La Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, de fecha diecinueve de Diciembre de dos mil ocho, resuelve: «FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Sobre el planteamiento del conflicto de jurisdicción.

El presente conflicto de jurisdicción que enjuiciamos, planteado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco, se suscita entre el Juzgado número 2 de lo Mercantil de Bilbao, con jurisdicción y competencia en el procedimiento concursal seguido contra la empresa PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A., y la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, como consecuencia de lo acordado en el Auto del referido órgano judicial de 14 de marzo de 2008, por el que se requiere de inhibición a la Tesorería General de la Seguridad Social y que suspenda de forma inmediata el procedimiento de apremio en que se han trabado los embargos sobre derechos patrimoniales de la concursada.

Constituyen antecedentes fácticos del presente conflicto de jurisdicción, los siguientes:

1.- Por Auto de 8 de mayo de 2007 se declaró por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao el concurso voluntario de PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A.

2.- La Unidad de Recaudación Ejecutiva, URE 48/08 de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya, expidió providencia de apremio el 29 de marzo de 2007 frente a la concursada por importe de 60.724,81 euros, de los que 10.120,80 euros son recargos.

3.- El Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social, solicitó autorización al Juzgado para continuar el procedimiento recaudatorio mediante el embargo de los créditos de la empresa PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A., respecto de seis clientes, y los saldos de ocho cuentas bancarias.

4.- La administración concursal compareció en las actuaciones judiciales el 5 de febrero de 2008 manifestando, con aportación de documentos, que a la empresa PROTECCIONES ELÉCTRICAS DE ALTA PRECISIÓN, S.A. se le habían declarado embargados por la URE 48/98 derechos económicos de dicha concursada por cotizaciones del mes de agosto de 2006, en expediente 48/04-0800045219, hasta cuantía de 58.581,41 euros, notificando seis diligencias de embargo y reclamando que se ordenara al Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social la cancelación de los embargos trabados.

5.- Por auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de febrero de 2008, se denegó cualquier pronunciamiento sobre la posibilidad de proseguir el apremio de la recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social con base en la providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, y se requirió a dicho Servicio Común para que dejara sin efecto el embargo practicado sobre derechos de la concursada por créditos concursales, reclamando competencia.

6.- El Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya respondió en escrito de 27 de febrero, que se resiste a la inhibición.

La cuestión sometida a controversia es si, desde la perspectiva del conflicto de jurisdicción entre poderes estatales -Juzgados y Tribunales y la Administración-, puede la Tesorería General de la Seguridad Social continuar el procedimiento de recaudación en vía ejecutiva embargando bienes del deudor, con base en providencias de apremio expedidas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

SEGUNDO.-Sobre la resolución del conflicto de jurisdicción.

El conflicto de jurisdicción suscitado por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco debe resolverse, de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo de Conflictos de Jurisdicción, reconociendo que corresponde la jurisdicción controvertida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, pues, conforme es doctrina reiterada de este Tribunal de Conflictos [Sentencias de 10 de octubre de 2005, 20 de diciembre de 2006, 6 de noviembre de 2007 (CJ 7/2007) y 3 de julio de 2008 (CJ 2/2008)], una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso.

En efecto, en relación con la aplicación del artículo 55.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone que declarado el concurso no podrán seguirse apremios administrativos contra el patrimonio del deudor, y, en consecuencia, reconoce el principio de vis atractiva del proceso concursal respecto de las ejecuciones y apremios, hemos sostenido, en una interpretación sistemática con el artículo 8 del referido cuerpo legal, que corresponde a la jurisdicción mercantil conocer con carácter exclusivo y excluyente de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano –administrativo o judicial- que la hubiere ordenado, lo que promueve la suspensión de los procedimientos administrativos de ejecución en tramitación tras la declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponde dar a los respectivos créditos, lo que delimita el alcance competencial de la cláusula de excepción a que alude el inciso final de la disposición legal analizada, que autoriza a continuar aquellos procedimientos de ejecución en los que se hubieran dictado providencias de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Esta conclusión se revela coherente, según referimos en la sentencia de este Tribunal de Conflictos de 3 de julio de 2008, con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción debida a la Disposición final decimosexta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que en sus párrafos segundo y tercero dicen: «En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Sin perjuicio del orden de prelación para el cobro de los créditos establecido por la ley, cuando el procedimiento de apremio administrativo concorra con otros procedimientos de ejecución singular, de naturaleza administrativa o judicial, será preferente aquel en el que primero se hubiera efectuado el embargo».

Por ello, entendemos que el conflicto debe resolverse en favor del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao.

Debe, en último término, significarse, que según dijimos en la sentencia de este Tribunal de Conflictos de 17 de diciembre de 2004 (Conflicto de Jurisdicción 5/2004): «El proceso de conflictos es una vía jurídicamente regulada para resolver las contiendas que puedan surgir entre jueces o tribunales y cualquier autoridad del orden administrativo. Es ajeno a su ámbito propio todo cuanto se refiere al ejercicio de los poderes o facultades administrativas o de los poderes jurisdiccionales en cuanto no entrañen una invasión competencial que haya de hacerse valer en los términos de los artículos 4o (defensa de una esfera de competencia) y 5º (reclamar el conocimiento de un asunto), ambos de la Ley Orgánica 2/1.987, de Conflictos Jurisdiccionales».

En atención a lo razonado, acogiendo la tesis del Ministerio Fiscal, procede declarar que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto corresponde al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao.

En consecuencia, FALLAMOS: Que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto corresponde al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, debiendo la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Vizcaya paralizar y dejar en suspenso el procedimiento de apremio de la U.R.E. y cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor o que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano jurisdiccional, salvo, en su caso, el embargo cautelar de otros bienes del deudor no trabados hasta la fecha». Ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Al embargo cautelar de la administración pública en sede concursal dedicaré el último epígrafe de este trabajo.

Por Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de A Coruña, de fecha ocho de abril de dos mil nueve, se dispone que la TGSS podrá continuar la ejecución iniciada con la providencia de apremio dictada antes de la declaración de concurso, de modo que las sumas de dinero que obtenga con esa ejecución sólo podrán ser aplicadas al pago del crédito cuyo impago determinó la ejecución, pero no es posible hacer aplicación de las sumas obtenidas para el cobro de otros créditos distintos del concretamente identificado en la providencia de apremio dictada antes de la declaración de concurso: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

I.- Recurso de reposición de---, S.L.- Se basa la recurrente en considerar que la llamada ejecución separada del artículo 55 de la Ley concursal, a favor de las ejecuciones administrativas o tributarias en que se hubiera dictado providencia de apremio y las laborales en que se hubiesen embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial o profesional del deudor, no puede tener otro alcance que el de una simple opción procedimental de la que no puede derivarse preferencia alguna para el cobro de un crédito que es, indiscutiblemente, concursal.

La argumentación de la recurrente ya ha sido, en síntesis, analizada y descartada en el auto recurrido, no sin reconocer que no es en modo alguno ilógica y que cuenta además con el respaldo de algunas resoluciones judiciales de instancia.

No se trata sin embargo de reconocer ningún privilegio o preferencia contra la prohibición del artículo 89.2 LC, sino admitir -como lo hace la sentencia de la A.P. de Barcelona, Sección 15ª de 10 de marzo de 2008, a que alude el escrito de la Abogacía del Estado en la representación de la AEAT-, que el propio ordenamiento jurídico habilita y tolera mecanismos para el cobro extraconcursal de créditos concursales, como ocurre con el pago hecho por un deudor solidario o el que se obtiene mediante una acción judicial de responsabilidad por deudas contra el administrador de una persona jurídica declarada en concurso. Ciertamente es que en estos dos ejemplos no es la masa activa la que soporta el pago, sino un patrimonio distinto, pero si la Ley admite la continuación de los apremios administrativos y de las ejecuciones laborales iniciadas antes de la declaración de concurso ha de ser, lógicamente, para que lo hagan conforme a las reglas procesales y sustantivas que les sean de aplicación hasta lograr el cobro de los créditos por los que se ha despachado o iniciado la ejecución, no tiene sentido alguno convertirlas en meras especialidades u opciones procesales de una liquidación concursal porque, en tal caso, ninguna ventaja reportarían a los ejecutantes, cuando es manifiesto que lo que la Ley quiere es salvaguardar esas dos modalidades de ejecución por razón de la especial protección que asigna, precisamente, a los créditos públicos y a los laborales. Si se tratara de una simple opción procedimental la continuidad de la ejecución ya despachada antes de la declaración de concurso no reportaría ventaja alguna para los ejecutantes, sino más bien costas y gastos que redundarían en beneficio de la masa.

El artículo 24 de la LC, en cuanto dispone que practicada la anotación preventiva no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste,

salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55, viene a respaldar esta línea de interpretación, pues si la administración tributaria o de Seguridad Social puede librar mandamientos tras la declaración de concurso para hacer anotación preventiva de embargos derivados de providencias de apremio y diligencias de embargo acordadas antes de la declaración se está con ello reconociendo que sus facultades ejecutivas -lo mismo que las de los trabajadores que han conseguido antes de la declaración un acto acordando el despacho de la ejecución con embargo de bienes no necesarios- no se ven afectadas por el concurso, sin perjuicio claro está de recabar la conformidad del Juez a propósito del carácter de los bienes embargados (según la doctrina del Tribunal de Conflictos) y de comunicar al concurso cualquier cobro extraconcursal que por esta vía de ejecución separada puedan haber hecho para aplicarlo a la satisfacción de los concretos créditos cuyo impago determinó la ejecución, excluidos los recargos e intereses devengados con posterioridad a la declaración de concurso, por las razones ya expuestas en el auto impugnado.

II.- Recurso de reposición de la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la TGSS,- El primer motivo de recurso debe ser desestimado. La TGSS sólo podrá continuar la ejecución iniciada con la providencia de apremio dictada antes de la declaración de concurso, de modo que las sumas de dinero que obtenga con esa ejecución sólo podrán ser aplicadas al pago del crédito cuyo impago determinó la ejecución. No es posible, por lo tanto, hacer aplicación de las sumas obtenidas para el cobro de otros créditos distintos del concretamente identificado en la providencia de apremio dictada antes de la declaración de concurso. Lo que el auto le impone es, en coherencia con lo expuesto, la restitución del sobrante que obtenga en ejecuciones que, por hallarse pendientes al tiempo de la declaración - las únicas que “podrán continuarse”- exceda del importe de los créditos identificados en la providencia de apremio, con exclusión de cualquier recargo devengado con posterioridad a la declaración de concurso.

El segundo motivo, que se refiere a la aplicación de las sumas de dinero que se obtengan como consecuencia de la ejecución separada, sí debe ser en cambio estimada, y no tanto por las razones de orden práctico o interno en que principalmente se apoya la recurrente, sino por razones de legalidad que este Juzgado ya ha tenido la oportunidad de reconocer en otros supuestos análogos con los argumentos que a continuación se resumen.

El primero y fundamental es que no hay razón para realizar una interpretación integradora sino donde existe laguna legal (Artículo 4,1 del Código civil), y tratándose de una Administración Pública, que tiene legalmente regulada su actuación ejecutiva,

los Tribunales de cualquier orden Jurisdiccional deben atenerse a las leyes que la disciplinan, por más que el efecto que ello produzca pueda parecer o resultar contradictorio con la finalidad del procedimiento judicial en el seno del cual se dicta la resolución.

En consecuencia, puesto que el artículo 29 del RD Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ya contiene una regla sobre imputación de pagos, a tenor de la cual el cobro se aplicará primero a las costas y luego a los títulos más antiguos, distribuyéndose proporcionalmente el importe entre principal, recargo e intereses, a ella habrán de ajustar su actuación los órganos ejecutivos de la TGSS, y no a principios o criterios concursales. Lo que no cabrá, de nuevo se ha de recordar, es aplicar el cobro a créditos no incluidos en la providencia o providencias de apremio dictadas antes de la declaración de concurso ni a recargos o intereses sobre los mismos devengados con posterioridad a la declaración de concurso.

La solución intermedia del auto impugnado -con la que se trataba de hacer aplicación de normas concursales a una ejecución extraconcursal- carece de base legal, o más bien, contradice preceptos legales de directa aplicación a los apremios administrativos que cumple obedecer por más que estén en contradicción con los principios concursales- vistos los artículos citados y demás de general aplicación

DISPONGO: Desestimo el recurso de reposición interpuesto por---, S.L, representada por el procurador don Francisco-Javier Amador Pardo, contra el auto de fecha 7 de julio de 2008.

Estimo en parte el recurso de reposición interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la TGSS contra el referido auto de cuya parte dispositiva se ha de eliminar la expresión “por el orden establecido en la Ley concursal”; en su lugar, y manteniendo el resto de la parte dispositiva del auto recurrido, la TGSS hará aplicación de las sumas que obtenga al pago de los créditos concursales concretamente identificados en la providencia de apremio, de conformidad con lo prevenido en el artículo 29 de la LGSS, excluyendo recargos e intereses devengados tras la declaración de concurso.

En ningún caso se hará aplicación de las sumas obtenidas al pago de créditos distintos de los identificados en lo providencia de apremio que inició el procedimiento ejecutivo a que se refiere el auto de fecha 7 de julio de 2008». D. Pablo González-Carrero Fojón.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de fecha 22 de junio de 2009, establece un *prius*, en el sentido de que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor y ello porque, en las situaciones de concurso, el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor: «FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiéndose tramitado correctamente el presente procedimiento, debe en primer lugar recordarse que, como reiteradamente ha señalado este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (sentencia 10/2006 y más recientemente, sentencias 2/2008 y 3/2008) “las facultades de este Tribunal, se limitan a decidir acerca de la competencia sobre el conocimiento de la cuestión planteada entre los órganos que la reclaman, o, alternativamente, la declinan. Le está vedado, por lamo, el examen de una cuestión de fondo, que habrá de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte. Si se trata de un procedimiento de apremio administrativo, tal pronunciamiento habrá de ser combatido por las vías de impugnación establecidas para esa clase de procedimiento; si, por el contrario, se trata de un concurso, mediante los mecanismos impugnatorios previstos en la legislación concursal”.

SEGUNDO.- Determina el artículo 55 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, relativo a las ejecuciones y apremios, lo siguiente:...

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la Disposición Final Decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, señala, en su artículo 22, sobre Prelación de Créditos, en sus párrafos segundo y tercero, lo siguiente:...

A su vez, el artículo 50 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, dedicado a los procedimientos de ejecución universal, establece lo siguiente:...

De todo ello se deriva que, con independencia de cuál sea el alcance la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso, sobre lo que se volverá posteriormente, es necesario primero delimitar si se está o no ante un supuesto de los previstos en el artículo 55.1 párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y en el artículo 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, para lo cual es necesario determinar si se ha dictado providencia de apremio antes de la declaración del con-

curso, dado que la providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social, que es la que inicia la vía ejecutiva, es realmente lo esencial para determinar la aplicación de aquellos artículos, y no el embargo del apremiado que se decretará cuando no se hubiese efectuado el pago en el plazo establecido.

Pues bien, en el actual conflicto, ha quedado acreditado que las dos providencias de apremio, dictadas en el procedimiento de apremio nº 31.04.06.001102523 seguido contra J S.L. y que dieron lugar al embargo de la finca, son previas a la declaración del concurso ya que ambas, números 3/5 016773396 y 31 06 010294280, se dictaron por la Delegación de Navarra de la Tesorería General de la Seguridad Social el 25 de abril y el Auto del Juzgado de/lo Mercantil nº 1 de Pamplona en el que se declara a S.A. en situación de concurso. (Procedimiento Concursal nº 169/06) 7 de junio de 2006 (publicado en el BOE de i 1 de julio de 2006). Cuestión distinta es que el embargo de la finca el Recaudador ejecutivo de la Tesorería General fuera posterior (de 14 de junio de 2006 comunicado a la empresa el 19 de junio de 2006) a dicha declaración de concurso.

En este sentido las leyes son claras en lo que se refiere al acto que determina la aplicación de los citados artículos 55.1, párrafo segundo, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y 50.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio: es la providencia de apremio el acto de la Tesorería General de la Seguridad Social que debe tomarse en cuenta. Por ello, no es aplicable la doctrina sentada por este Tribunal en sentencias tales como la nº 9/2007, de 6 de noviembre de 2007 (BOE de 22 de diciembre), o nº 3/2008, de 4 de julio de 2008 (BOE de 23 de septiembre de 2008), en las que se trata de supuestos en que la providencia de apremio es posterior a la declaración del concurso.

TERCERO.- Sin embargo, sí ha tenido ocasión este Tribunal enjuiciar una situación similar en la Sentencia nº 10/2006, de 22 de diciembre, y en la Sentencia nº 2/2008, de 3 de julio de 2008, en las que las diversas providencias de apremio de la Agencia Estatal Tributaria, en el primer caso, de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el segundo, fueron anteriores al Auto de declaración del concurso.

En la Sentencia 10/2006 se hizo una primera interpretación acerca del alcance del artículo 55.1, párrafo segundo, llegándose a la conclusión de que la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de de-

claración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1º) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado; 2º) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor y ello porque, en las situaciones de concurso, el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela administrativa en la que consiste la ejecución paralela de la providencia de apremio.

Continúa dicha Sentencia 10/2006: “Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención”.

Por ello, “producida la declaración concursal la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del “patrimonio” del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Es por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento Judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la y continuidad de la actividad del deudor. Como en el asunto resuelto la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él una declaración en el sentido expresado el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial”.

En este mismo sentido se expresa la Sentencia 2/2008, donde se hizo la exégesis del alcance de la situación especial que en la Ley Concursal tienen las providencias de apremio de la Seguridad Social en virtud del citado artículo 55.1, párrafo segundo de la misma, a partir del reconocimiento de la dificultad de interpretación tanto de la voluntad del legislador como de su propio tenor.

Como señala el párrafo segundo del artículo 55.1 de la Ley Concursal, si bien “podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que

se hubiera dictado providencia de apremio (...) con anterioridad a la fecha de declaración del concurso”, ello sólo puede hacerse, “siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor

Por ello, en la citada Sentencia 2/2008 de este Tribunal, recordando la sentencia previa, también de este Tribunal 10/2006, dictada en el ámbito tributario, se volvió a señalar que “producida la declaración concursal, la Administración debió dirigirse al Juez del Concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del “patrimonio “ del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor (...) [siendo], por tanto, impropcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la SA continuidad de la actividad del deudor”.

Concluía, pues, dicha Sentencia 2/2008 que “como en el asunto resuelto la y Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él una declaración en el sentido expresado, el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial”.

Esta interpretación abundaría en otra jurisprudencia expresada en numerosas sentencias en las que el apremio de la Administración tendría carácter cautelar, pero la decisión material acerca del destino de los bienes embargados correspondería al juez de la quiebra, o, después de la Ley Concursal, al Juez del concurso.

En el caso de autos, pues, en principio, no habiéndose dirigido la Tesorería General de la Seguridad Social al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona para interesar del mismo el pronunciamiento acerca de la necesidad o no de que los bienes no sean embargados para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la situación sería la misma que la enjuiciada en aquellas sentencias 10/2006 y 2/2008 y procedería declarar la competencia del citado Juzgado.

CUARTO.- Sin embargo, en el presente supuesto, parece claramente acreditado no sólo que la providencia de apremio es anterior a la declaración del concurso sino que los bienes no eran necesarios para la continuidad de la empresa, o al menos aparentemente ello es así puesto que ni el Juzgado ni el Ministerio Fiscal lo discuten. Así pues, en el supuesto de autos ello podría entenderse que se deriva de la propia naturaleza de los hechos dada la baja en la Seguridad Social de todos los trabajadores de la empresa desde mayo de 2006, aunque ello no obsta para que, según lo sentado

en las sentencias de este Tribunal anteriormente citadas, ello tuviera que haber sido decidido por el Juzgado.

Sin embargo, aún así, la continuidad de la empresa no depende por entero de esta cuestión fáctica resaltada por la Abogacía del Estado, sino que también podría lograrse con una nueva contratación de trabajadores siempre y cuando los bienes afectos a su funcionamiento siguieran intactos y con posibilidades de uso. La razón principal, pues, para afirmar la competencia del Juzgado no reside en el mero hecho no haberse continuado la ejecución por la Tesorería General de la Seguridad Social, como dice el Ministerio Fiscal, sino en que dicha ejecución no podría haberse llevado a cabo en ningún caso sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los bienes con la continuidad de la empresa, cuestión que no puede ser decidida unilateralmente por la Tesorería. En suma, difícilmente podrá seguirse la ejecución paralela prevista en la Ley Concursal sin una intervención mínima del Juzgado pronunciándose acerca de este extremo, por mucho que la situación de Hecho aparentemente, pero sin la intervención judicial, lleve a otra conclusión.

Así pues, con ello bastaría para afirmar que la competencia para decidir los trámites ulteriores a la providencia de apremio (el embargo, u otras vicisitudes, como la cancelación de las anotaciones preventivas) corresponde a la potestad de supervisión y control del Juzgado como Juez universal del concurso.

QUINTO.- Sin embargo, en el supuesto de autos, a su vez, toda la actuación del Juzgado hasta el Auto de 27 de mayo, plasmada en el plan de liquidación y en la autorización de la opción de compra y de la venta de la finca y el resto de los bienes a otra entidad, se basaba en la permanencia de las cargas (y por tanto del embargo y cobro con cargo a la venta de la finca de las deudas contraídas por la concursada con la Tesorería General, cuya deuda ahora se satisfará, en su caso, con cargo a los activos líquidos derivados de la venta del conjunto de los bienes). Así pues, todas las actuaciones llevadas hasta el momento de autorizar la venta de la finca embargada a un tercero apuntaban a la innecesariedad de la finca para la continuidad de las actividades empresariales, incluso como transmisión patrimonial a un tercero, ya que la necesidad de que el tercero levantara previamente las cargas y satisficiera la deuda a la que respondían, con motivo de la compra, constaba en todos los actos llevados a cabo por la administración del concurso y por el propio Juzgado hasta el momento mismo de la venta.

Lo que en realidad motivó el requerimiento de la Administración afirmando la competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social es el súbito cambio total

de criterio del Juzgado que, manteniendo como válidos el plan y la autorización del contrato de opción de compra en las condiciones recién señaladas, sin embargo, sin previa audiencia del titular, a cuyo favor estaban inscritas las cargas, es decir, sin previa audiencia a la Tesorería General, cambia totalmente su criterio privando a dicha Tesorería del cobro de su crédito con cargo al precio a pagar por el comprador debido a las nuevas circunstancias derivadas de la necesidad (apreciada y solicitada por la administración del concurso y autorizada por el Juez) de proceder a una venta a un tercero de todos los bienes muebles e inmuebles conjuntamente transmisibles como explotación y no aisladamente y totalmente libre de cargas.

Se trata esta decisión, precisamente, de un acto judicial para el que es plenamente competente el Juzgado a quien, en ejercicio de su función de control de las actividades de la ejecución separada prevista en el artículo 55.1, párrafo cuarto, de la Ley Concursal, le corresponde tomar este tipo de decisiones y que, sin duda alguna puede alcanzar a la supresión de las cargas.

Cuestión totalmente distinta es si esa actuación del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, cambiando de criterio sin dar previa audiencia a quien tiene un interés obvio en la cuestión, frente a la petición de una de las partes del proceso concursal, es o no legal o inconstitucional (por-violación de los derechos de defensa del artículo 24 de la Constitución de la Tesorería General de la Seguridad Social, al no haber podido alegar en tiempo y forma contra el mayor riesgo que el levantamiento del embargo podría suponer para el cobro de su crédito, pese a la aparente ventaja del mayor rédito que supone la venta de bienes libre de cargas a un tercero.). Esta es una cuestión que es ajena al presente conflicto jurisdiccional de competencias que debe resolverse, en su caso, en el seno del procedimiento judicial mediante los oportunos recursos procesales que ofrece el Ordenamiento (en forma de recursos contra los actos judiciales, nulidad de, actuaciones, recursos de amparo y otros) para hacer valer los derechos frente al Auto recién citado, de 27 de mayo de 2008, y contra su desestimación por Auto de 15 de julio de 2008.

En consecuencia: FALLAMOS: Que la jurisdicción sobre la que versa el presente conflicto suscitado entre la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Navarra y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona».

No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 12 de febrero de 2009, anterior a la citada Sentencia del Tribunal de conflictos de Jurisdicción, de 22 de junio de 2009, que declara la competencia exclusiva y excluyente de

los Juzgados de lo Mercantil para decidir si los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, confirma la Sentencia de instancia sobre la procedente continuidad del procedimiento administrativo de apremio de la TGSS, iniciado antes de la declaración del concurso, y el posterior embargo de bienes de la masa activa: «FUNDAMENTOS DE DERECHOS

PRIMERO.- Por Don Carlos Galán Vioque, Doña María de los Ángeles Fernández Luna y Don Juan Seco Gordillo, Administradores Concursales de la entidad Dina Obras, S.L., se presentó demanda contra la Tesorería General de la Seguridad Social interesando que se declarase la obligación de la demandada de paralizar su procedimiento administrativo incoado contra la concursada y que procediera a la cancelación y levantamiento del embargo trabado respecto de la finca registral 54.259 del Registro de la Propiedad núm. 1 de El Puerto de Santa María, al acordarse con posterioridad a la declaración del concurso. La parte demandada se opuso, ya que estimaba que el requisito exigido por el legislador para continuar el procedimiento administrativo, era exclusivamente que se hubiese dictado con anterioridad la providencia de apremio. La Sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, contra la que interpusieron recurso de apelación los actores que reiteraron sus pretensiones.

SEGUNDO.- La cuestión que se toma esencial en la presente litis, que centró el objeto del debate en primera instancia, cuya decisión judicial se combate en esta alzada, es concretar qué requisitos son necesarios e indispensables, de los que establece el artículo 55 de la Ley Concursal, para que el procedimiento administrativo de ejecución, iniciado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la entidad Dina Obras, S.L., pueda continuar, pese a la existencia del procedimiento concursal. De la lectura del párrafo segundo del apartado primero de la citada norma, se deduce meridianamente que, siempre, ha de concurrir un requisito de naturaleza temporal, como es que se haya incoado el procedimiento administrativo con anterioridad a la declaración de concurso. Sobre esta cuestión no existe la menor duda, ya que el concurso voluntario fue declarado por Auto de 25 de febrero de 2.005, mientras que la providencia de apremio en el expediente núm. 29 06 03 00097048, aunque no consta su fecha, las partes admiten que fije anterior. El segundo requisito es que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el presente supuesto, ha de entenderse que la finca trabada, registral 54.259 del Registro de la Propiedad núm. 1 del Puerto de Santa María, no está afectada por ese destino, cuestión que las partes admiten, dado que por Auto de 14 de junio de 2.006 se acordó la liquidación de la concursada, aprobándose el oportuno plan de liquidación con fecha 3 de noviembre de 2.006. En definitiva, se

está en la fase de liquidación patrimonial con la finalidad de realizar el patrimonio con el que hacer frente a las deudas contraídas, de modo que dicha entidad, como es obvio, ha cesado en su actividad empresarial, deduciéndose que ningún bien, cuya titularidad ostenta, esta afecto al desarrollo del objeto social.

La cuestión sobre la que mantienen divergencias las partes, es referido a si es necesario, o no, la concurrencia de un tercer requisito, al que dicha norma se refiere. En concreto, si es indispensable que los embargos se hayan realizados con anterioridad a la declaración de concurso, es decir, no basta con dictarse la providencia de apremio, porque surge la duda si, con ese tercer requisito, se está refiriendo el legislador al procedimiento administrativo, a la ejecución laboral que contempla en el mismo párrafo, o a ambos.

En orden a dilucidar esta cuestión, será necesario conocer la voluntad del legislador, para lo cual, debemos de acudir a las reglas de la interpretación, con las que se pretende, dado el carácter genérico y abstracto de la norma, realizar una tarea de individualización de la norma al hecho concreto, lo cual, se consigue mediante la indagación del sentido verdadero, es decir, de su contenido y alcance, que ha de abarcar no sólo a la norma concreta sino integrándola en su ámbito normativo.

La interpretación, obviamente, ha de comenzar por el significado verbal de las palabras que emplea, sobre la base de sus conexiones y reglas gramaticales, sin olvidar el motivo o razón, el fin de la norma, como dice la Jurisprudencia su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad; su conexión con otras normas, y sus antecedentes históricos, artículo 3-1º del Código Civil... Aunque con respecto a la realidad social, como señala la Sentencia de 28 de febrero de 1.989, estos factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la ley y sí sólo para suavizarla, y han de ser aplicados con mucho tino y prudencia.

Esencial es determinar o concretar el significado del vocablo “y”. Es evidente que se trata de una conjunción copulativa, cuya finalidad es juntar y enlazar oraciones, o elementos análogos de una misma oración gramatical. La conjunción es una parte invariable de la lengua que se utiliza para enlazar oraciones y establecer relaciones de jerarquía entre ellas, además de explicar el tipo de relación semántica o de significado que existe entre ellas. Su finalidad es enlazar dos oraciones para construir una mayor, existiendo una relación de igualdad entre ambas, sumándose sus significados.

De acuerdo con estas consideraciones, al tratarse de dos oraciones que se unen, porque estamos ante dos conjuntos de palabras con que se expresa un sentido grama-

tical completo, debemos concluir que estamos ante un requisito exclusivamente referido a las ejecuciones laborales. Si la intención del legislador hubiese sido aplicarlo tanto en el procedimiento administrativo como en el de ejecución laboral hubiese unido los vocablos y a continuación hubiese expresado dicho requisito, es decir en lugar de: Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado”, debería haber dicho: Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales...”.

Es cierto, que puede inducir a error el requisito anteriormente analizado, referido a que no esté afecto el bien objeto de embargo a la actividad profesional o empresarial del deudor, por cuanto surgiría la duda respecto al procedimiento administrativo, ya que si no es necesario para otorgarle prioridad respecto al concurso, para qué se expresa. Ello tiene una respuesta sencilla y concreta, y es que será un requisito a posterior, es decir, de orden sucesivo, cuando se produzca el embargo, no de orden cumulativo, y que obviamente, en el momento que se produzca el embargo, incidirá en la continuación, o no, del procedimiento administrativo...». Ponente el Don José Herrera Tagua.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Alicante, de fecha 2 de diciembre de dos mil nueve, analiza la mejor doctrina y resuelve, sobre Providencia de la TGSS de apremio anterior y Providencia de embargo posterior a la declaración de concurso, que los bienes embargados (maquinaria, saldos en BBVA y derechos de devolución) son necesarios para la continuidad empresarial de la concursada y que para el caso que el procedimiento de apremio a la fecha de declaración de concurso no estuviese terminado (extremo que no consta) deberá el órgano administrativo actuar con arreglo a estas prevenciones y dejar sin efecto toda traba posterior de bienes/derechos necesarios, con los efectos que de ello se derivan, transfiriendo a la cuenta de consignaciones judicial el importe de los saldos y derechos de crédito a favor de la concursada trabados al haber perdido la competencia para su realización. Y para el caso que no hayan sido transferidas, deberá informar que no se opone a la transferencia de esas sumas a la cuenta judicial por igual razón. Si no lo hace voluntariamente en el plazo de 5 días, se procederá a requerir de forma expresa, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la LO 2/1987 de conflictos de jurisdicción, que no han sido interesados por la AC ni concursada: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO: La presente resolución tiene el alcance limitado que la TGSS interesa en su escrito inicial y que no es otro que determinar si las maquinas embargadas son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada. Precisión que viene exigida por las alegaciones que se efectúan por la AC y concursada

sobre embargos administrativos posteriores al auto de declaración de concurso, si bien por lo que ahora se dirá, también se apunta el criterio judicial sobre ellos.

SEGUNDO. A fin de esclarecer la situación derivada de la concurrencia de procedimientos de ejecución, uno concursal y otro extraconcursal, sobre unos mismos bienes y derechos, conviene poner de relieve que desde el punto jurídico hay que atender a lo previsto en los arts. 8.3º y 55. 1 y 2 LC, Art. 38, 86 bis y ter LOPI, Art. 1 a 21 de LO 2/1987 de Conflictos Jurisdiccionales y Art. 164 LGT. De dicha normativa y siguiendo las pautas interpretativas del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (aunque alguna de ellas han motivado disparidad de pareceres), se extraen las pautas siguientes: a) en caso de concurrencia de procedimientos de ejecución judiciales y administrativos, si no hay acuerdo entre los órganos, corresponde al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción determinar cuál es el preferente para la ejecución (STCJ de 17/12/2004, entre otras).

b) es independiente la cuestión competencial de la preferencia crediticia, que deben ser objeto de análisis según las reglas materiales que le son propias por el órgano que ostente la competencia para conocer (STCJ 11/12/1995, con cita de S 14/12/1990 y 22/11/1994). Preferencia crediticia que en caso de estar el deudor común en concurso viene establecida, a mi entender, en los arts. 89 a 93 LC, que vinculan a todo órgano judicial y administrativo al ser de orden público, sin que se participe de la tesis contraria basada en una resolución de la AP de Barcelona, que no es jurisprudencia en sentido técnico (Art. 1.6CC).

c) dos son los criterios que marcan la preferencia de los procedimientos concursales y administrativos: i) temporal y ii) objetivo, que deben concurrir acumuladamente. Según el primero, es la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial (STCJ 22/12/2006). Conforme al segundo, la condición del concreto bien o derecho como necesario para la continuación de la actividad del deudor o no, es la que determina que el privilegio de autotutela administrativa haya de ceder, o por el contrario, pueda continuar (STCJ 22/12/2006)

d) corresponde a la autoridad judicial –Juez del concurso – decidir si los bienes o derechos específicos son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor (STCJ 22/12/2006)

e) declarado un concurso la Administración tributaria debe dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida sobre la necesidad de los bienes para la con-

tinuación de la actividad del deudor, de manera que “ Es, por tanto, improcedente que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor sin que con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor” (STCJ 22/12/2006 y 4 de julio de 2008)

f) una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso (S de 19/12/2008 con cita de sentencias de 10 de octubre de 2005, 20 de diciembre de 2006, 6 de noviembre de 2007 y 3 de julio de 2008)

Consideraciones perfectamente trasladables a los procedimientos de apremio seguidos por la TGSS.

TERCERO.- Para solventar las cuestiones controvertidas debemos tener en cuenta los siguientes datos fácticos:

El concurso de JOSE A GARCIA MOYA SL se declara el 25/3/2009.

TGSS dicta providencia de apremio en fecha no determinada y el 5/6/2009 acuerda embargo cautelar de una serie de maquinaria.

La AC informa que la providencia de apremio que da lugar al expediente administrativo de ejecución es anterior a la fecha de declaración de concurso.

CUARTO.- Dado que la jurisprudencia del TCJ ha establecido que la prioridad de la ejecución administrativa la determina la fecha de la providencia de apremio, y asumiendo que éste es el caso a la vista de lo expuesto por la AC (que sana la dejadez de TGSS), lo relevante aquí es determinar si lo trabado por AEAT “ resulta necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor”. Si la respuesta es afirmativa, no cabe continuar la vía de apremio, ya que sólo continúa en caso de no resultar necesarios, correspondiendo a éste órgano judicial resolver sobre tal condición.

Como ya se ha dicho por este Juzgado (auto de 9 de septiembre de 2009, entre otros) aunque se discute qué se entiende por “necesario” a los efectos del art. 55.1 párrafo 2º, existiendo resoluciones que lo ligan al concepto de “inmovilizado” (AJM nº 1 de Bilbao, de 22 de mayo de 2008) no parece que se limite a estos, sin que pueda excluirse tal condición a los derechos de cobro o al numerario en todo caso (AJM nº 2

de Bilbao de 14 de febrero de 2008, AJM San Sebastián, de 17/12/2008 y AJM nº 1 de La Coruña, de 19 mayo 2006), pues: i) la ley no distingue entre clases de activos, sin que lo restrinja la inmovilizado; ii) para una empresa en funcionamiento, los saldos bancarios y derechos de cobro son imprescindibles para seguir atendiendo compromisos y poder mantenerse activa y iii) la tesis excluyente conduce al estrangulamiento financiero de la concursada, y por ende, aboca al cese de actividad, que la LC no desea (art. 44LC) y se contempla como excepción, al resultar contraproducente con la finalidad conservativa de la empresa, aparejando la extinción de relaciones laborales, no deseadas por el legislador.

En este sentido, el art. 275 LPL en sede de ejecución laboral no distingue entre inmovilizado, saldos bancarios, derechos de crédito, entre otras clases de activos, y sólo condiciona su aplicación a la trascendencia sobre las relaciones laborales, desprendiéndose como criterio exegético la exclusión de interpretaciones que produzcan o conduzcan a la extinción de relaciones laborales que se derivarán si se niegan las fuentes de ingresos de la concursada.

Lo relevante es, pues, si esos bienes o derechos aparecen como elementos sin los cuales se resiente, y no de forma imperceptible, la continuidad de la actividad empresarial o profesional, que recordemos, continúa pendiente concurso (Art. 44LC) siendo desechables exégesis restrictivas que conlleven la desaparición de la actividad y consecuentemente la pérdida de puestos de trabajo, de fuentes de ingresos para la concursada con los que atender a los acreedores y del tejido empresarial del país.

Por tanto, expuesto por la AC y concursada que los bienes embargados son necesarios para la continuidad de la actividad, que concuerda con su naturaleza, según los datos que figuran en la diligencia de embargo, procede concluir que son necesarios y, por ende, que debe abstenerse la TGSS de continuar la vía de apremio.

Y dado que la situación de liquidez de la concursada se manifiesta que es deficitaria, sin tesorería bastantes para atender de forma puntual gastos laborales contra la masa, parece que igual catalogación de necesarios merecen los saldos embargados en el BBVA y las devoluciones de IRPF y IVA referidas por la AC y comunicadas por la entidad bancaria.

Solo añadir que el apremio administrativo no es ilimitado, sino que el mantenimiento de la actividad del concursado actúa como límite de los poderes autoejecutivos públicos, por lo que no se prima a unos acreedores perjudicando a la administración

embargante: se aplica la suspensión como instrumento legal para facilitar el mantenimiento de la actividad.

QUINTO.- Distinto a lo anterior es pretensión de la concursada, que aprovechando el trámite conferido, interesa que se acuerde la suspensión de la ejecución administrativa y la nulidad de los embargos trabados por TGSS de la maquinaria y del saldo de BBVA.

Al respecto considera este Juzgado que dicha decisión le corresponde adoptarla al órgano administrativo en su caso, al carecer de competencias administrativas este órgano judicial. Cosa distinta, a no confundir a mi parecer, es la trascendencia que la declaración de necesidad de los bienes y derechos trabados conlleva.

Tal y como dice la STJC de 22 de diciembre de 2006 hay que distinguir dos hipótesis, siempre partiendo de que la providencia de apremio es previa a la declaración de concurso: a) Apremio administrativo terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado: La preferencia en la ejecución corresponde a la admón., sin que le afecte el Art. 55 LC.

b) Apremio administrativo en curso cuando se produce la declaración de concurso: La Administración debe poner en conocimiento del Juez del Concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Si el órgano jurisdiccional decide que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor, la vía administrativa de ejecución continúa y la Administración “recupera en toda su integridad las facultades de ejecución”. Si el Juez del concurso determina que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo es necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia y queda sometido al Concurso de manera que no puede seguirse (Art. 55); cede ante al proceso concursal o como dice la mentada sentencia, en ese caso la Admón. “pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención”, es decir, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que lleve a cabo.

Por tanto, y en conclusión, para el caso que el procedimiento de apremio a la fecha de declaración de concurso no estuviese terminado (extremo que no consta) deberá el órgano administrativo actuar con arreglo a estas prevenciones y dejar sin efecto toda traba posterior de bienes/derechos necesarios, con los efectos que de ello se derivan, transfiriendo a la cuenta de consignaciones judicial el importe de los saldos

y derechos de crédito a favor de la concursada trabados al haber perdido la competencia para su realización. Y para el caso que no hayan sido transferidas, deberá informar que no se opone a la transferencia de esas sumas a la cuenta judicial por igual razón. Si no lo hace voluntariamente en el plazo de 5 días, se procederá a requerir de forma expresa, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la LO 2/1987 de conflictos de jurisdicción, que no han sido interesados por la AC ni concursada.

Vistos los preceptos legales y demás de pertinente aplicación, PARTE DISPOSITIVA:

Que debo declarar que la maquinaria, saldos en BBVA y derechos de devolución embargados a la concursada en diligencias de 19 de mayo, 5 y 29 de junio de 2009 son necesarios para la continuidad empresarial de la concursada a los efectos previstos en el fundamento jurídico 5º. En defecto de cumplimiento voluntario por TGSS, se procederá a requerir de forma expresa, conforme a los trámites establecidos en la LO 2/1987 de conflictos de jurisdicción». D. Rafael Fuentes Devesa.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Alicante, de fecha 29 de Octubre de dos mil nueve, declara que los derechos de cobro del Alicante CF por el concepto de derechos audiovisuales a abonar por MEDIAPRODUCCION SL son necesarios para la continuidad empresarial de la concursada y, para el caso que el procedimiento de apremio a la fecha de declaración de concurso no estuviese terminado (extremo que no consta), deberá la AEAT de manera inmediata transferir a la cuenta de consignaciones judicial el importe de los derechos de crédito a favor de la concursada trabados al haber perdido la competencia para su realización. Y para el caso que MEDIAPRODUCCION SL no haya transferido a AEAT las sumas debidas al ALICANTE CF, deberá informar que no se opone a la transferencia de esas sumas a la cuenta judicial por igual razón.

Si no lo hace voluntariamente en el plazo de 5 días, se procederá a requerir de forma expresa, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la LO 2/1987 de conflictos de jurisdicción, que no han sido interesados por la AC (D. Rafael Fuentes Devesa).

La Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha ocho de enero de dos mil diez, desestima el recurso de apelación contra la Sentencia de instancia que aprueba el plan de liquidación formulado por la administración concursal, con la matización de que en el mismo deberán de observarse las alegaciones formuladas por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en el sentido de respetar la

existencia del embargo trabado sobre la Finca Registral nº 16.417 y debidamente anotado en el Registro de la Propiedad nº 2 de Pontevedra, no pudiendo en consecuencia enajenarse como libre de cargas: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por el apelante, el administrador Concursal de Hispano Radio-Eléctrica, S.A.L. se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Incidente Concursal nº 250-07 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad, que permitió mantener el embargo anotado por la Seguridad Social a pesar de que infringe el derecho de la *par conductio creditorum* y a los principios que informan la ley concursal. La Tesorería de la Seguridad social no goza de más privilegios que los establecidos en la citada Ley Concursal al tener anotado un embargo sobre un bien de la concursada, por lo que debe alzarse dicho embargo antes de proceder a la enajenación de la finca registral nº 16.417.

La Tesorería General de la Seguridad Social se opone a este pedimento aduciendo que el auto de declaración del Concurso es de 29 de octubre de 2007, ostentado por tanto la TGSS todos los derechos que le otorga el art. 55.1-II de la Ley de 9 de julio de 2003 en relación con el art. 20 de la LGSS.

SEGUNDO.- El caso enjuiciado y sometido a nuestra consideración trata de dilucidar si la Tesorería General de la Seguridad Social, que a raíz del incumplimiento de sus obligaciones dinerarias por parte de la mercantil concursada “Hispano Radio-Eléctrica S.A.L.” había iniciado la vía de apremio y trabado embargo sobre una local bajo inscrito en el Registro de la Propiedad de dicha sociedad antes de que fuera declarada en concurso, puede mantener la traba al amparo de lo previsto en el art. 55.1.2 LC, dentro del plan de liquidación presentado por la administración concursal en se ha previsto su enajenación como libre de cargas, aprovechando el marco del art. 148.1 de la LC formulando una observación en tal sentido. Lo propuesto por la TGSS es que se mantenga el embargo sobre el bien inmueble a realizar, haciendo abono de la cantidad que aseguran con el importe que se obtenga de su enajenación.

La resolución de instancia, haciéndose eco de la solicitud de la Tesorería de la Seguridad social ordena la enajenación con la carga que supone el embargo a su favor.

Normalmente cuando se inicia un procedimiento concursal los bienes del concursado tendrán gravámenes o inscripciones derivadas de las garantías que puedan haber articulado algunos créditos –hipotecas, prendas– o de la celeridad con la que algunos acreedores hayan podido actuar al margen del concurso, casos tales como los de los embargos preventivos. *Ab initio*, el carácter universal del procedimiento con-

cursal lleva a pensar que al declararse el concurso dejarán de tener efecto las garantías y preferencias no concursales y operarán las concursales, reconociendo al Juez del concurso la facultad de alzar o modificar las garantías y anotaciones no concursales en beneficio de los principios del concurso. Esta afirmación, sin embargo, no tiene carácter automático y en la práctica se encuentra con algunos obstáculos tanto en las normas concursales como no concursales, una de ellos se presenta en este recurso.

El artículo 55.1.II de la Lc, que regula el privilegio de la continuación de los apremios administrativos, se encuadra en el capítulo II, De los efectos sobre los acreedores, del Título III, De los efectos de la declaración de concurso, dentro de la fase común del procedimiento concursal, en la que han de formarse las masas activa y pasiva del concurso, mientras que el artículo 148 figura en el capítulo II, De la fase de liquidación, del Título V, De las fases de convenio y liquidación, esto es, una vez finalizada la fase común y establece una norma dirimente de los conflictos que pudieran darse al aplicarse las normas generales de liquidación, el artículo 147.

Se establece, por tanto, dentro de la fase común del concurso, la regla general que impide el inicio de ejecuciones singulares o la continuación de apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor con la excepción prevista en el artículo 55.1 párrafo 2º, relativa a la posibilidad de continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y se hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad a la declaración del concurso (“...”). Como ha señalado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la sentencia de 22 de diciembre de 2006, la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquella es anterior en el plano temporal a esta. Se configura, así, la continuación del procedimiento de apremio como una facultad de la Administración, que habrá de decidir si desea continuar el procedimiento ya iniciado o bien abandonarlo. Ahora bien, una vez declarado el concurso, el nudo gordiano de la cuestión consiste en determinar hasta dónde puede llegar dicha continuación desde un punto de vista procesal, si se podrán ejecutar los bienes del deudor a fin de cobrar la deuda de la Tesorería sin límite temporal y con absoluta preferencia a otros acreedores, y, finalmente, cómo y por qué órgano judicial se ha de seguir este procedimiento.

La regla general de imposibilidad de seguirse ejecuciones separadas, durante la sustanciación del concurso no es una norma absoluta sino que, aparte de la excepción que acabamos de contemplar, existen otras en la misma Ley como el del art. 84.2.1º relativa a los créditos contra la masa, respecto de los que el art. 154.2 indica que “habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del

concurso”; asimismo el art. 76.3 establece que los titulares de créditos con privilegios sobre buques o aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante las acciones específicas reconocidas al efecto. La voluntad del legislador se ha reforzado en la reforma de la LGT operada por la Ley 58/03 de 17 de diciembre cuyo art. 164 dispone que el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

Como decíamos, la Ley no indica la forma ni el plazo en que la Administración debe comunicar su elección a los administradores concursales (como sí hace en el caso de garantías reales en el art. 57), pero en ningún modo le permite abstraerse de la sustanciación del procedimiento concursal, dado que su crédito formará parte necesariamente de la masa pasiva del concurso, y los bienes del concursado que haya embargado serán parte de la masa activa y, por tanto, si una vez abierta la fase de liquidación, el plan de liquidación elaborado por la administración concursal prevé la enajenación de los bienes cuya realización pretende con la vía de apremio, deberá hacer las observaciones pertinentes en el plazo conferido al efecto, pues de no hacerlo así, el plan de liquidación se aprobará y será al que habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa sin excepción, según el art. 148 LC.

Como norma general en la vía de apremio ordinaria (ex LEC) la cancelación de anotaciones, embargos y garantías se efectúan una vez que se ha realizado el bien, actuando el auto de adjudicación como instrumento legal para clarificar la situación registral de las cargas y pendencies que existen sobre los bienes del deudor. Este Auto en el procedimiento concursal puede no existir en la medida que la administración concursal realiza todas las operaciones de liquidación sin necesidad de tener que recabar al Juez tales autos de adjudicación, más aún, si nos ponemos en el caso de titulares de créditos que gozan de la preferencia a que aludimos del art. 55.1.II Lc. Precisamente lo que sucede en el presente caso, y su singularidad es que la “observación efectuada” al plan de liquidación no consiste en la manifestación de que ha continuado o que desea continuar la vía de apremio, sino que acepta el plan de liquidación propuesto por la administración concursal pero con la carga anotada en que consiste el embargo sobre el inmueble.

Vaya por delante que el presente supuesto no se considera que nos hallemos ante un derecho real de garantía sobre cosa ajena a que se remite el art. 56 de la Ley concursal, en las que el legislador opta por la paralización temporal de las ejecuciones en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. En estos casos salvo que al tiempo de la declaración

de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados sobre los que la propia Exposición de Motivos añade:... Por el contrario nos hallamos ante un proceso administrativo en el que se ha dictado providencia de embargo sobre un inmueble a instancia de la TGSS, previo a la declaración de concurso sobre un bien inmueble y que continúa vigente una vez abierta la fase de liquidación. El art. 148 LC, ubicado en la sección 3ª, capítulo II del título V, dedicada a las operaciones de liquidación, aborda el denominado plan de liquidación, indicando que, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación (prorrogables por un período igual si la complejidad del concurso lo justificara), la administración concursal presentará al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos (apartado 1º). El mismo precepto dispone que, durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la secretaría del juzgado el plan de liquidación, “el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación”. Se trata de un verdadero incidente de oposición al plan dado que la ley habla de que, durante 15 días, el deudor y los acreedores podrán formular observaciones o realizar propuestas de modificación, si las hay, el Juez del concurso atendiendo a los intereses de éste, puede aprobar el plan en los términos presentados o introducir en el plan las modificaciones propuestas que considere adecuadas. En la resolución recurrida el juez del concurso decidió mantener el bien inmueble objeto de plan con la anotación preventiva a favor de la Tesorería que formuló la observación.

TERCERO.- Pues bien, la peculiaridad de este caso, como indicábamos más arriba, es triple: a) la Tesorería General de la Seguridad social no hizo saber a los Administradores concursales su voluntad de seguir la ejecución separada una vez declarado el concurso, a pesar de haberse iniciado antes la vía de apremio y de dictarse providencia de embargo, también es cierto que no hizo saber lo contrario; b) cuando se le pone de manifiesto el plan de liquidación formula como observación que no se opone a la enajenación de la finca sobre la que pesa el embargo, pero que se haga constar la carga, eso es, opta por una vía intermedia, no lleva a cabo propiamente una ejecución separada, pero a la vez no se opone a la enajenación si es que figura el gravamen que no se purga con motivo del concurso, lo que no implica sino hacerse pago con su importe el crédito garantizado; c) aunque es obvio señalarlo, la TGSS recurrida no ha “continuado el procedimiento administrativo de ejecución” desde que se dictó la providencia de embargo, que no obstante permanece vigente y no ha caducado.

Ciertamente la Ley concursal no ha fijado un plazo ni ha señalado en el caso –como sí lo hace en el art. 57 respecto de las garantías reales– la manera en que se llevará a cabo esta ejecución separada, tampoco establece un mecanismo para comunicar esta circunstancia, menos aún se prevé que sobre los bienes que integren la masa puedan existir trabas como la que ahora nos ocupa, sino mas bien todo lo contrario. La audiencia o posibilidad de alegaciones aparece así como el cauce a través del cual los interesados pueden y deben hacer valer las posibles discrepancias u objeciones al plan de liquidación, ya que, de otra forma, quedarán vinculados por su contenido, como se deduce del tenor del apartado 2º in fine del art. 148 cuando ordena... En esta línea cabe resaltar que, si lo que se pretende –según resulta de los arts. 148 y 149.1.1ª LC, es favorecer la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado, bien para facilitar su adquisición por un tercero a fin de que continúe la actividad y permita la supervivencia de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, bien para obtener un mejor precio, ese objetivo puede lograrse más fácilmente con una ejecución colectiva de la que, no obstante, el acreedor privilegiado podrá excluir el bien afecto a su crédito, pero siempre que comunique expresamente su voluntad en el momento adecuado a tal efecto, debiéndose resolver cualquier duda en el sentido más favorable a la ejecución colectiva. Aun en caso de realización, el Juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado. Se articulan, así una serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso y en el presente supuesto, desde esta perspectiva sería posible desde luego, optar por la aplicación subsidiaria de esta normativa o bien interpretar que cabe tal posibilidad por la vía de las “observaciones” a las que alude en art. 148.1 de la LC ante el silencio de la propia Ley Concursal sobre la forma, tiempo y acreditación de esa continuación de las ejecuciones en las que se ha dictado providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, de tal modo que el juez del concurso puede autorizar la enajenación del bien de la manera que lo hizo en la instancia haciendo uso de la facultad que le otorga el citado precepto y ante “las observaciones” que se le formulan, hacer las “modificaciones” oportunas (ex art. 142.2:“; introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias”), incluida la que ahora nos ocupa.

En esta línea la A. Provincial de Barcelona en Ss. de 10 de marzo y 12 septiembre de 2008 ha dicho que “Tiene razón el Magistrado de lo Mercantil cuando argumenta que esta facultad reconocida por el párrafo segundo del apartado 1 del art. 55 LC a la

Agencia Tributaria es un derecho de ejecución separada que le permite cobrarse con lo realizado al margen del concurso, sin que propiamente ello le confiera ningún privilegio sustantivo. Conviene aclarar que en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros. A este respecto, no le falta razón a la Abogacía del Estado cuando recuerda que las reglas de imputación de pagos, cuando lo obtenido no cubra la totalidad de las deudas objeto de ejecución y para cuyo pago se trabó el embargo, serán extraconcursoales y en concreto las previstas en el art. 63 LGT: el pago se aplicará primero a las deudas más antiguas, en atención a la fecha en que fueran exigibles. Lógicamente esta imputación de pagos, que es extraconcursoal, tiene su repercusión en el concurso, en la medida en que se hayan pagado total o parcialmente los créditos clasificados en la lista de acreedores. Mientras no se verificara el pago, es lógico que la AEAT comunicara sus créditos e interesara su reconocimiento y clasificación. Y una vez abonados parcialmente estos créditos, fuera del concurso, este pago se debe tener en cuenta para evitar que cuando, según las reglas de pago del art. 154 y ss. LC, toque abonar cada uno de los créditos inicialmente incluidos en la lista de acreedores, se tenga en consideración que tales créditos ya han sido satisfechos. De este modo, lo obtenido por la AEAT no se imputa directamente a los créditos reconocidos con privilegio general del art. 91.4 LC, sino que se imputa a los que se correspondan con los efectivamente pagados, de acuerdo con la imputación de pagos extraconcursoal (los más antiguos de los créditos para cuyo pago se inició el apremio y se practicó el embargo del bien o derecho, de cuya realización proviene el pago) y que deberá justificar a la Administración Concursal al comunicar el cobro extraconcursoal. Por lo tanto la regla no es aplicar proporcionalmente el importe cobrado a todas las clases de créditos clasificados, sino tener por pagados los créditos realmente extinguidos por el pago, conforme a las reglas de imputación de pagos del art. 63 LGT.

Ello no supone propiamente una modificación de la lista de acreedores, a los efectos del art. 97 LC, sino simplemente la constatación concursal del pago extraconcursoal. Lo que no debe extrañar, pues esta misma circunstancia puede ocurrir en otros supuestos en que el acreedor de la sociedad concursada ve satisfecho extraconcursoalmente su crédito, durante el concurso. Ese es el caso, por ejemplo, del acreedor de la sociedad concursada que demanda extraconcursoalmente al administrador y obtiene su condena al pago solidario de uno de los créditos que tiene contra la concursada; si este pago es posterior a la elaboración de la lista de acreedores, no será necesario modificar la lista, sino simplemente tener por satisfecho dicho crédito para que no llegue a pagarse si, iniciada la liquidación, se procede al pago conforme a las reglas previstas en los citados arts. 154 y ss., especialmente los arts. 156 y ss. LC”.

Ahora bien, no desconocemos que la anterior tesis puede no ser compartida por otra, permítasenos llamarla, concursalista pura que se ha sustentado, por ejemplo, por el Jdo. de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en Auto de 30 de junio de 2008 cuando afirma para rechazar que la TGSS mantenga los embargos sobre bienes a realizar, haciendo abono de la cantidad que aseguran con el importe que se obtenga de su enajenación porque “convierte el embargo en un crédito con privilegio especial sobre el bien afecto, por la vía de mantener la sujeción de la garantía de un crédito que, sin embargo, ha quedado calificado en el informe de la administración concursal de forma diferente. Esto no es admisible, porque sólo caben créditos con privilegio especial en los casos que indica el art. 90 LC. En aquél se señalan cuáles son los créditos que merecen esa calificación y sobre qué bienes. Y en ningún lugar se indica que un embargo previo a la declaración de concurso tenga la cualidad de convertir ese crédito en privilegiado sobre ese bien. Por el contrario, ese embargo, y cualquier otro que afecte a la masa activa que ahora se va a realizar con el plan de liquidación, tienen que desaparecer. Cada crédito, incluidos los que se reclamaron y dieron lugar a esas medidas de sujeción, tiene su tratamiento concursal específico en el informe. Este los reconoce y califica, y si no se ha reconocido como privilegiado especial sobre el bien que sujetaba, como es el caso de autos, no puede buscarse el mismo efecto jurídico por la vía de exigir que se mantengan los embargos cuando se van a realizar los bienes, asegurando igualmente la falta de competencia del juzgado al respecto, sobre la que luego ha de volverse. Por el contrario la obligación de la administración concursal, como señala el art. 148.1 LC, es la “realización” de todos los bienes que constituyen la masa activa del deudor concursado. Con su resultado, se abonarán por su orden los créditos contra la masa que aún no hayan sido satisfechos, y posteriormente los concursales. Por lo tanto los créditos concursales que dieron lugar a los embargos que traban ciertos bienes serán satisfechos cuando corresponda, según el modo y orden que dispone la Secc. 4ª (arts. 154 y ss) del capítulo II del Título V de la Ley Concursal, y no cuando se enajene el bien embargado, aplicando al abono del embargo su importe, como sostiene la TGSS. Otra cosa supondría incumplir la obligación legal de abono en función de la calificación del crédito, aprovechando que se embargó y anotó la medida previamente a la declaración del concurso, lo que, como se ha dicho hasta aquí, no confiere privilegio alguno en la clasificación de los créditos del acreedor que lo logró”.

Parece, en principio, que la ley en lugar de privilegiar aquellos créditos que por su especial significación merezcan ser reforzados, privilegia la rapidez de determinados acreedores que pueden acudir raudos a determinados procesos de ejecución (administrativos y del orden laboral) para satisfacer su crédito. Ello, señalan los comentaristas, puede dar lugar a que créditos a los que el legislador no atribuye especial privilegio se antepongan, de facto, a otros privilegiados e, incluso, a los créditos

contra la masa (artículo 84), que pueden ver como no pueden satisfacer con bienes previamente trabados por algún acreedor que haya llevado su procedimiento de apremio o ejecución laboral a la situación procesal vista, apuntándose por alguna doctrina como única solución a este problema la interposición por esos acreedores preferentes de una tercería para hacer valer su mejor derecho en los procedimientos de ejecución singular ya iniciados, opción que otros descartan, pues la concesión de esa ejecución extraconcursal separada precisamente se establece para que esos acreedores puedan no solo continuar ejecutando sino cobrar fuera de las vicisitudes del concurso y que ese posterior concurso les repercuta en su esfera jurídica viniendo a convertir a esos acreedores en superprivilegiados.

CUARTO.- En la tesitura de tener que pronunciarse esta Sala por una u otra posición –esto es, mantenimiento del embargo, o bien purga de la traba lisa y llanamente- el Tribunal se inclina por la primera, aún reconociendo la razonabilidad de la segunda y su posible amparo igualmente en la Ley concursal. Actuando en la obligación que nos incumbe de tomar una decisión que, creemos -aunque no exenta de dudas- como la más conteste la voluntad de legislador, entendiendo asimismo, que el único sentido que cabe encontrar a un posible interés de la Tesorería para personarse en el concurso si puede ejecutar separadamente no es solo que pretenda alcanzar un acuerdo con el concursado a fin de facilitar la viabilidad empresarial sino también que su crédito, en tanto no ha sido cobrado, figura en su puesto correspondiente en el seno del concurso, pero al mismo tiempo también lo tiene el propio concurso para acceder al eventual sobrante del crédito que aquélla ejecute y valorando especialmente lo siguiente, aún a modo de resumen sobre lo ya dicho:

a) La Ley Concursal guarda silencio sobre cómo y hasta cuándo ha de continuar la vía de apremio para que sea objeto de ejecución separada, no indica la manera en que estos acreedores singulares pondrán de manifiesto la voluntad de mantenerse al margen del concurso. Entender que “renuncian” a la posibilidad de ejecución separada por no hacer manifestación al respecto no está previsto como sí lo está en el caso de las garantías reales en el art. 57.3 de la LC para los supuestos de garantía real que exige esa ejecución separada antes del inicio de la fase de liquidación, porque en otro caso “perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado”, aún así este efecto no puede determinar la pérdida del privilegio especial sino sólo procedimental o preclusivo.

b) La Ley Concursal ha huido de las ejecuciones separadas, incluso cuando hay garantías reales se ocupa de regularlas para a someterlas a plazos perentorios, por ello cuando únicamente las admite en el caso del art. 55.1 de la LC (y excepcionalmente

en otras remisiones más concretas como la el art. 24 para excluirlas del cierre registral, además de las citadas *supra*), es porque verdaderamente la *voluntas legislatoris* era “respetarlas”, item mas, cabe pensar que no ha regulado ni ha hecho referencia a las mismas precisamente porque “podrán continuarse” en todo caso. Como establece la Ss de la AP de A Coruña de 29 de septiembre de 2008 “es evidente que tal precepto (ex art. 55.1.2 Lc) merece una crítica en cuanto ...puede constituir una lesión al principio de la par *condictio creditorum*, que no pasó desapercibida al Legislador que, no obstante desestimó la enmienda 282 del Grupo Socialista del Congreso, que se planteaba con la finalidad de dejar sin efecto el privilegio de la Administración Pública, en el procedimiento administrativo de ejecución, proponiendo la redacción siguiente del entonces art. 54.1 “declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, definitivas o provisionales, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”, con el alegato de que tal precepto contempla un trato privilegiado para la Administración pública que no se justifica en absoluto y se añadía “si se paralizan las ejecuciones hipotecarias (a pesar de que los ejecutantes tienen un privilegio especial) tienen que paralizarse también los procedimientos administrativos de ejecución”. Como decimos, dicha enmienda no prosperó.

Incluso después de dictarse la Ley Concursal y por Ley 58/03, de 17 de diciembre se reformó el art. 164 de la LGT para mantener y reforzar las “preferencia” administrativa para la ejecución de los bienes lo que significa que el legislador persiste en su criterio.

c) La laguna legal puede integrarse no sólo con la interpretación auténtica contenida en la Exposición de Motivos sino por el mismo art. 148.2 que permite al juez del Concurso efectuar las “modificaciones” al plan de liquidación a la vista de las observaciones que se le formulen, y aquí la TGSS no objeta nada a la enajenación del bien, ahora bien, se opone a que se enajene sin la carga en que consiste el embargo porque no ha renunciado a ella y no vemos inconveniente a que se opere por esta vía de la misma manera que en el caso del art. 155.3 aunque esté previsto para créditos con privilegios especial. Es más, el juez del Concurso no puede enajenar el bien “ocultando” la existencia de un embargo que no ha sido cancelado sino que, incluso más, nadie se lo ha pedido.

d) Entendemos que también sería posible optar por lo previsto en el art. 155.2 LC y es que “la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración

concurzal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atenderá los sucesivos como créditos contra la masa.” Es decir, que aun cuando la providencia de apremio –y en nuestro caso también practicado el embargo- se haya dictado con anterioridad a la declaración del concurso, la administración concursal puede mediante el pago de las deudas apremiadas evitar la ejecución singular del patrimonio del concursado. La fundamentación en el caso es la misma, evitar la ejecución de bienes y derechos del deudor que perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso, es el que legitima a la administración concursal para proceder al pago de la deuda con la Tesorería de la Seguridad social a fin de evitar la continuación del procedimiento de apremio y en tal caso sí procedería de oficio al levantamiento del embargo por extinción de la deuda a la que amparaba.

e) No tendría sentido permitir la continuación de la vía de apremio y la competencia administrativa para cobrar individualizadamente su crédito mediante la ejecución de bienes concretos del deudor y acto seguido limitarla a la par *condictio creditorum*. En tal caso el procedimiento de apremio se convertiría en una simple medida cautelar de la Administración pues sólo podría llegar hasta la anotación preventiva de embargo. Nos preguntamos para qué sirve ese “embargo cautelar” si es que luego el titular de la garantía (claro está, en las condiciones del art. 55.1.2 Lc exclusivamente) no puede hacerla efectiva sobre ese bien. Más inútil nos parece que pudiera ejecutarla con el compromiso de depositar su resultado en el concurso “a resultas” de la calificación de su crédito; no se nos oculta que ningún interés tendría la Administración en ejecutar un bien a su costa para que luego se beneficiaran otros antes que ella con su resultado.

f) No obsta a la ejecución separada la posible existencia de un crédito preferente de cualquier otro acreedor del concursado que habría de articularse a través de la tercería de mejor derecho porque la preferencia de ejecución no implica la preferencia crediticia, evidentemente, y dado el carácter excepcional con el que la ejecución separada ha sido reconocida en la LC, sólo tiene sentido que la Administración continúe la ejecución iniciada cuando con ella se consiga la satisfacción de la deuda apremiada.

g) La Ss. del Tribunal de Conflictos de 6 de noviembre de 2007 reitera la doctrina de que “una vez declarado el concurso, la Administración General del Estado, en este caso la Tesorería General de la Seguridad social, sólo puede proceder al embargo de bienes con carácter cautelar pero quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso”, es decir que en una

interpretación a contrario, antes de la declaración del concurso la ejecución separada permite la supeditación de la ejecución del bien para la satisfacción del crédito por más que en aquel momento temporal una vez declarado el concurso, “debe excluirse cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano jurisdiccional” por lo que la competencia de esta ejecución recaerá sobre el Juez del concurso e incluso corresponderá igualmente al mismo “determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida de la Seguridad social cuando la citada liquidación se haya realizado con posterioridad a la declaración del concurso”.

h) No nos parece de recibo que se pueda argumentar que la preferencia que establece el art. 55.1º.II sea exclusivamente cautelar o procedimental, desligada de la preferencia sustantiva para el cobro del crédito puesto que ello implicaría desatender el concepto jurídico procesal civil de “embargo” sobre un concreto bien al que “sujeta” y que no debe confundirse con la preferencia de créditos para que las que existen otras soluciones en el Ordenamiento jurídico (por ej. la tercería). Dentro del marco normativo del Concurso la preferencia es la que fija el propio art. 55.1º.II interpretado en todo el conjunto del mismo y en la universalidad de la ejecución dentro de la que el legislador ha entendido y ha querido mantener la preferencia para el cobro de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio antes de la declaración de concurso, posiblemente sustentado en la naturaleza Pública del acreedor y en facultad de autotutela de la Administración, como era ya tradición en nuestro Derecho de ejecución colectiva, aunque ahora de una manera sensiblemente más restringida.

i) No obsta a lo anterior el argumento de que las características y naturaleza del crédito privilegiado es sólo en el modo y manera que se contiene en los preceptos *ad hoc* de la Ley concursal (ex art. 154, 91 ó 90) en tanto *numerus clausus* porque es la misma Ley la que en otro precepto señala la preferencia en una ejecución separada y no precisa reiterarla.

j) Por último, no deja de tener interés en el caso que nos ocupa una cuestión eminentemente procesal y es el sometimiento al principio de rogación, si el juez del concurso quiere enajenar el bien inmueble en cuestión sin el embargo trabado a favor de la TGSS debe proceder a la cancelación de la carga en que consiste la traba, y la administración concursal no ha efectuado esta solicitud en ningún momento. Esto es, existe un óbice procesal que es la falta de rogación sobre la cancelación de la carga, la que, de momento no se ha purgado abriendo un debate contradictorio sobre tal cuestión.

QUINTO.- En estas condiciones nos hallamos en situación de dar una respuesta al concreto problema planteado, en el bien entendido sentido de que cuando la TGSS “observa” al plan de liquidación de la administración concursal en el sentido de que se mantenga la carga en el momento de enajenación del bien inmueble según el plan de liquidación, en el fondo lo que está solicitando y la finalidad que pretende es que con ese bien se haga pago de su crédito, ello en la medida en que esta ejecución separada está justificada únicamente respecto de los créditos que la motivaron, y lo satisfecho con la realización del embargo servirá únicamente para pagar esos créditos y no otros, única manera encontrar sentido razonable a artículo 55.1.II Lc.

Ya hemos dicho que sostenemos que la singularidad del art. 55.1.2 de la Lc le reconoce a la Administración en el presente Rollo a la Tesorería de la Seguridad social que continúe la vía de apremio lo cual no puede tener otro sentido más que el hacerse pago de la deuda con la realización de tal bien inmueble. Consideramos, además, que no es obstáculo a esta conclusión el hecho de que el crédito en cuestión de la TGSS no estuviera clasificado entre los privilegiados concursales porque el privilegio que le corresponde para su satisfacción no tiene que derivar sólo del precepto que contempla estos créditos contra la masa (art. 154.2), “privilegios” generales (art. 91) y especiales (art. 90) sino ya se contiene *ab initio* en el art. 55 y no precisa reiteración. Los problemas se derivan a la hora de hacer efectiva tal posibilidad desde el punto de vista temporal, si es que se declara el concurso que llega a la fase de liquidación –es decir ¿hasta cuándo?– y también procesal –esto es, el ¿cómo?–, se trata de una ejecución separada respecto de la que cabe pensar que se puede llevar a cabo por la Administración bien dentro del concurso o fuera manteniendo su facultad de autotutela.

Desde luego nos pronunciamos a favor de que dicha ejecución separada debe llevarse a cabo dentro de la competencia del juez del concurso aunque sea instada por la Administración interesada y ello es así por los siguientes motivos:

a) Porque resulta necesario conocer directamente el resultado de la ejecución separada en caso de que haya sobrante o bien de que no lo haya para cancelar el crédito eventualmente o bien para aplicar a la par *condictio creditorum* tal exceso. Una cosa es que quepa la posibilidad de continuar apremios administrativos cuando la providencia de apremio sea anterior a la fecha de declaración del concurso y otra que pueda hacerse en forma autónoma o desconectada de la autoridad judicial del concurso, que es la única facultada, por ejemplo, para decidir sobre los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y esto cualesquiera sean las circunstancias que concurran.

b) Porque la Lc en el caso del pago del crédito con privilegio especial, que aplicamos por analogía, permite que se haga “con cargo a los bienes o derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva”, luego, dentro del concurso. Por lo tanto, una vez transcurridos los límites temporales señalados, se seguirá la ejecución separada sobre los bienes con garantía real para su realización, definiendo el art. 57 Ley Concursal que el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior, durante la tramitación del concurso, se someterá a la jurisdicción del Juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

c) El tribunal de Conflictos ha resuelto a favor de la competencia del juez del concurso en materias de estricto interés para el mismo, así en sus Ss. de 3 de julio de 2008 con cita de las de 10 de octubre de 2005 y 20 de diciembre de 2006 a propósito de la declaración de si el bien trabado se hallaba o no afecto a la actividad profesional del concursado y añadiendo en la de 4 de julio de 2008 que “independientemente de la preferencia procedimental recogida en las normas, incluyendo la ley concursal, respecto de determinados procedimientos recaudatorios de la seguridad social, lo cierto es que la competencia exclusiva y excluyente del concurso incumbe al juez de lo mercantil. Ello no es óbice al reconocimiento de la existencia de deudas de la masa como establece la Ley concursal. Su naturaleza extraconcursal es indiscutible del mismo modo que su ajenidad a las limitaciones que derivan de la normativa concursal respecto a los créditos concursales. Sin embargo, el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el Juez de lo Mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme al art. 154.1 de la Ley Concursal”.

d) La facultad de ejecución separada a través de otro órgano que no sea el juez del concurso (por otro Juez u órgano administrativo) choca frontalmente con el art. 86 ter 1.3º de la LOPJ que concede al Juez de lo Mercantil que abrió el concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer: de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”. Es tan tajante y clara la dicción de este precepto de la LOPJ que a nuestro entender hace posible que esta ejecución separada se lleve a cabo por el Juez Mercantil del concurso, el art. 55.1º.II permite que continúen de forma separada las ejecuciones ordenadas por órganos administrativos y las ordenadas por jueces laborales cuando se hubiera embargado bienes, así debe ser por la prioridad de rango en la atribución de competencia que tiene el art. 86 ter 1.3º y su inequívoca literalidad: cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, que ni distingue ni permite

distinguir entre ejecuciones ordenadas antes o después de la apertura del concurso. Si esas ejecuciones siguen sin el control del Juez del concurso, puede hacerse de facto imposible la finalidad del proceso concursal.

e) No puede ocultar que seguimos en presencia de una ejecución de contenido patrimonial que incide en la concursada y la masa activa, minorada por esta ejecución separada, resultando plenamente justificada la competencia objetiva del Juez del concurso. Por otra parte, resulta llamativo que el Juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial (ex art. 55) o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afectación del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el Juez del concurso quien debe decidir si la garantía en que consiste el embargo que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y sólo en el caso de entender que la afectación no existe, podría abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes.

SEXTO.- Llegados a este punto, es decir, admitiendo la preferencia para el cobro de la deuda por la Tesorería respecto del bien embargado que debe mantenerse en el plan de liquidación con la carga en que aquella traba consiste, debemos avanzar ya y tratar la cuestión del cómo se ejecuta la misma bajo el control que auspiciamos del Juez del Concurso.

Es cierto que difícilmente puede hablarse de “acumulación” y de “pieza separada” a la vez, sin ver en ellos términos procesales opuestos. Si se tramita en pieza separada, no parece que pueda atenderse a los efectos propios de la acumulación de procesos que, según los arts. 74 y 84 LEC, implica que se siga un solo procedimiento y se resuelva en una misma sentencia. Ello ha dado lugar a dos posturas totalmente opuestas: Por un lado quien sostiene que ni el término “pieza separada”, ni la referencia a la acumulación, se emplean en un sentido eminentemente técnico, sino que lo único que es común al concurso es la competencia funcional del Juez del concurso, por lo que “pieza separada”, equivale entonces a competencia funcional del Juez del concurso y tramitación independiente de las normas procesales y materiales del concurso. La norma silencia como puede llevarse a cabo una ejecución acumulada en pieza separada, por lo que la solución que permita hacer una interpretación lógica, partiendo también de que la alusión a la acumulación no tiene un significado preciso, es una aplicación analógica del Art. 57.1 in fine, de forma que el Juez del concurso

deberá acomodarse, en la pieza separada, a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que se reanude.

En la postura contraria se encuentran quienes consideran que se produce una acumulación de procesos que implica que la enajenación de los bienes deberá efectuarse necesariamente dentro del procedimiento de ejecución colectiva y, por lo tanto, la enajenación de los bienes gravados debe llevarse a cabo de conformidad con el plan de liquidación o las normas legales supletorias (arts. 148 y 149 Ley Concursal), y a expensas de la actividad de la administración concursal, lo que, en realidad, no establece ninguna diferenciación con el otro supuesto que recoge el mismo apartado, es decir, con las acciones que no se habían iniciado aún al momento de abrirse la fase de liquidación.

Pues bien, en el caso concreto que analizamos el problema no se plantea, creemos, desde el punto de vista procesal sobre el modo de ejecución en pieza separada, sino finalmente sobre si, enajenado el bien por la administración concursal en la forma prevista en el plan de liquidación, subsistente como lo está y preconizamos, el embargo a favor de la TGSS, esta acreedora se cobrará con carácter preferente a los demás acreedores en virtud de la preferencia que el art. 55.1.II de la Lc ha establecido, porque la vía de apremio podrá continuar en tal caso, y si el bien se enajena por la Administración concursal ella será inevitablemente la que tenga derecho a cobrarse con anterioridad a los demás por la significación que lleva implícita aquella preferencia para el cobro de la deuda le garantiza el art. 55.1.II.

En suma, que no habiendo nadie puesto en duda que el embargo trabado sobre el inmueble de la concursada no se trata de un bien afecto a la actividad profesional de la misma nos vemos en el caso de desestimar el recurso y mantener la resolución del juez a quo en el sentido de aprobar el plan de liquidación presentado por la Administración Concursal respecto del inmueble litigioso con mención del embargo que pesa sobre el mismo, sobre cuyo alzamiento no podía pronunciarse el Juez del Concurso con carácter previo al plan de liquidación porque nadie se lo había pedido, y de tal manera que deberá reintegrarse con el importe de su enajenación el crédito de la TGSS y sólo con el sobrante el abono de los créditos contra la masa y de los concursales que tengan mejor calificación.

Finalmente y como recordaba la Ss de la AP A Coruña citada *supra*, merezca o no crítica el precepto los operadores jurídicos la debemos acatar máxime cuando después es reiterada por el art. 164.1 b) de la Ley 58/03 LGT, así como por disposiciones de rango inferior como en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad

Social art. 50.3 del R.D. 1415/04, de 11 de junio cuando dice que “si se hubiere dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso se seguirá el procedimiento recaudatorio en los términos previstos en el art. 55.1 párrafo segundo de la Ley 22/03, de 9 de julio, Concursal” (y conforme al art. 34 del R.D. Legislativo 1/94, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados). En esta tesitura lo deseable sería que el legislador en el futuro se pronunciara a propósito de la manera –modo y tiempo- en que podrá ejercitarse la facultad consagrada en el art. 55 de la Lc y a que se contrae este pleito». Ponente D. Jacinto José Pérez Benítez.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. DON JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.

«Con el mayor respeto, -como no podía ser de otra manera-, al parecer mayoritario expresado en la sentencia, en el ejercicio de la facultad establecida en el art. 260 de la LOPJ, discrepo de su línea argumental y del contenido del fallo, que en mi opinión debería haber sido estimatorio del recurso de apelación, por lo que me veo en la obligación de exponer las razones de mi disenso:

I.- Conforme a la lógica del procedimiento universal, el concurso trata de evitar la actuación aislada de los acreedores que pretendan instar en su propio beneficio la ejecución de sus créditos sobre los bienes del concursado. La regla general es la contenida en el art. 55 LC: declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios, administrativos o tributarios (también los apremios por deudas frente a la TGSS), sobre los bienes del concursado.

El día a quo de la prohibición de inicio de ejecuciones, como de la paralización de las pendientes, es el de la declaración del concurso, no el de la solicitud, que puede quedar distante en el tiempo.

En consecuencia, las ejecuciones despachadas y los apremios administrativos quedarán suspendidos, sin perjuicio del tratamiento concursal que merezcan los créditos correspondientes. Paralización y no ineficacia, pues si el concurso concluye por inexistencia de bienes y derechos del deudor, subsistirá la responsabilidad patrimonial universal, y los acreedores recuperarán su facultad de iniciar o continuar la ejecución forzosa.

Pero la regla general que prohíbe la continuación de ejecuciones por deudas anteriores a la declaración del concurso cuenta con tres excepciones conocidas: a) no

afecta, -o lo hace con limitaciones-, a los titulares de garantías reales sobre bienes del deudor, que podrán continuar con la ejecución despachada si al momento de la declaración del concurso se hubieren publicado anuncios de la subasta del bien o derecho afecto y éste no fuera estimado como necesario para la continuidad de la actividad del deudor; b) las ejecuciones laborales, cuando antes del concurso se hubieran embargado bienes y éstos no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado; y c) los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio, y los bienes afectados no resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial.

II.- En el asunto que ocupa el problema gira en torno a la última de las excepciones mencionadas, contemplada en el art. 55 LC, cuyo apartado segundo establece que “las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos”, a salvo, se insiste, de aquellos supuestos en los que la Administración pueda continuar desarrollando su autotutela ejecutiva (cuya formulación general se halla en los arts. 95, 96 y 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre): los procedimientos de ejecución en los que la fecha de la providencia de apremio sea anterior a la declaración del concurso y los bienes que, por méritos de la diligencia de embargo, pudieran quedar afectados no fueren necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. En la misma línea se pronuncia el art. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como es sabido.

Es cierto que la norma resulta incompleta en su formulación y deja sin cubrir importantes aspectos que afectan de manera esencial al régimen de ejercicio de la ejecución separada por parte de la administración. Con todo, y a diferencia del criterio mayoritario, considero que existen en la ley pautas de interpretación suficientes, que puestas en juego conducirán a un pronunciamiento de contenido opuesto al que ha gozado del favor de la mayoría.

Para ello resulta, a mi juicio, necesario ceñirse a los hechos que determinan el supuesto sometido a consideración en esta alzada, que presentan matices de interés. De este modo se evitarán digresiones, -como las diversas invocaciones analógicas al régimen jurídico en el concurso de los derechos con garantía real, contenidas en la sentencia-, que, a mi juicio, oscurecen de forma innecesaria otras consideraciones, sin duda del mayor acierto.

III.- En el supuesto enjuiciado no existe duda sobre que, no ya la providencia de apremio, sino que la posterior diligencia de embargo, fueron de fecha anterior a la

declaración del concurso. La TGSS procedió a embargar el cien por cien del pleno dominio de la finca urbana propiedad de la entidad HISPANO RADIO ELECTRONICA, S.L., acordando la correspondiente anotación preventiva de embargo, que fue posteriormente prorrogada, en garantía de la deuda contraída con la Seguridad Social, por importe de 3.541,86 euros, que incluían el principal adeudado, el recargo de apremio, los intereses y las costas del procedimiento. La copia de la certificación registral, por lo demás, ofrece la completa información sobre las cargas de la finca, mucho más numerosas de lo que el debate aparentaba, información a la que cumple remitir en este lugar.

Sucedió que la TGSS no realizó ninguna actuación ejecutiva posterior, mientras que la fase común del concurso discurría por sus trámites. Abierta la fase de liquidación, la administración concursal presentó el oportuno plan, en el que preveía la enajenación de la finca, junto con otro inmueble del deudor, explicando que, merced a la situación de crisis inmobiliaria, se proponía la enajenación directa a favor del mejor postor, siempre que se ofertara un precio superior a 297.356 euros; de no conseguirse ninguna oferta por tal importe en el plazo de tres meses, se proponía la venta en pública subasta. No se hacía referencia en el plan a la existencia de carga alguna.

En el trámite de alegaciones al plan de liquidación, la TGSS advirtió de la existencia del embargo, por lo que llamaba la atención sobre que la “adjudicación” no podía ser realizada libre de cargas, “sino que deben respetarse los embargos existentes en la misma, tal y como constan anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad”.

El juzgado de lo mercantil estimó dicha pretensión, aprobando el plan, “con la matización de que en el mismo deberán de observarse las alegaciones formuladas por la TGSS, en el sentido de respetar la existencia del embargo trabado sobre la finca registral nº 16.417...no pudiendo en consecuencia enajenarse libre de cargas”.

Como puede comprobarse, tanto la pretensión como la resolución estimatoria se pronunciaban con algún grado de ambigüedad, al no extraer la consecuencia de la afirmación de haber de respetarse los embargos existentes. Entre las diversas formas en que podía interpretarse la expresión, sin duda la resolución de apelación ha acogido la de más largo alcance: lo que la TGSS pretende es que la finca se enajene con la carga, de suerte que lo obtenido como precio de la compraventa habrá de destinarse al abono de la cantidad que el embargo asegura.

Planteado así el debate, la sentencia que ha obtenido el respaldo mayoritario en la deliberación acierta, -en mi opinión-, cuando precisa que la observación al plan efectuada por el ente público no se refiere a su deseo de continuar o no con la autotutela

ejecutiva, al margen del concurso, sino que “acepta el plan de liquidación propuesto por la administración concursal pero con la carga anotada en que consiste el embargo sobre el inmueble”. La TGSS ha permanecido pasiva fuera del concurso.

Una vez anotada la prórroga del embargo, no continuó con el proceso de ejecución.

A mi juicio, esta pasividad no puede favorecer a la entidad administrativa, que obtendría el privilegio de cobrar preferentemente su crédito, sin ser titular de ningún privilegio material y sin agotar el procedimiento administrativo de ejecución, en el seno mismo del concurso. Conviene recordar aquí que el embargo no cambia la naturaleza del derecho material del ejecutante; no crea ni declara derecho material alguno. El embargo es un acto procesal y sus consecuencias se producen fundamentalmente en ese ámbito.

IV.- La Administración Pública, en los casos en los que se haya dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, deberá dirigirse al juez del concurso interesando un pronunciamiento sobre el carácter necesario o no de los bienes embargados o que se proponga embargar. Supuesto que tales bienes fueran estimados por el juez del concurso como necesarios, operaría la suspensión de la ejecución. En caso contrario, la Administración podrá continuar con la autotutela ejecutiva, haciendo trance y remate de los bienes embargados, por el procedimiento establecido reglamentariamente, y con su producto hacerse pago, únicamente de los créditos que determinaron el procedimiento administrativo de ejecución. Se trata de una imputación de pagos extraconcursal, -art. 63 LGT-, que habrá de comunicarse a la administración concursal, como es de evidencia, a fin de que se tenga en cuenta la extinción por pago de los créditos correspondientes. Esta solución, -no exenta de dudas, a la luz de la literalidad de los preceptos legales-, parece que viene imponiéndose en la práctica y, en todo caso, viene avalada por la doctrina emanada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Comparto, por tanto, la afirmación de que el privilegio de continuar el procedimiento administrativo de ejecución no es de contenido estrictamente procesal. No encuentro tampoco sentido a que la Administración pueda ejecutar de forma separada y, obtenido el valor tras la enajenación forzosa, se vea obligada a incorporarlo a la masa, a fin de que por la administración concursal se proceda al pago de los créditos en la forma establecida en la lista definitiva. Esta solución, criticable o no, -a mi juicio lo es, pues pugna con la *par conditio*-, ha sido la opción legislativa. Es cierto que, de esta forma, mediante la anticipada actuación de un privilegio procedimental, se está

atribuyendo un privilegio sustantivo, para el cobro de créditos que no tendrán concursualmente tal condición. Quizás sólo quepa salir de esta anómala situación permitiendo a los acreedores de mejor condición el ejercicio de la correspondiente tercería de mejor derecho.

V.- Discrepo, sin embargo, de la afirmación de que la continuación del procedimiento administrativo de ejecución, en los casos en los que sea posible, deba venir atribuida al juez del concurso. Tal tesis, contenida en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de la mayoría, a mi juicio resulta equivocada y perturbadora del proceso concursal.

El art. 55, cuando autoriza a continuar apremios administrativos o tributarios o las ejecuciones laborales, no establece que tal continuación, -ni por vía de acumulación, ni por medio de “pieza separada”-, deba atribuirse al juez del concurso, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con las ejecuciones sobre bienes con garantía real, respecto de las que el art. 57 sí contiene previsión expresa en tal sentido. Ello se deriva no sólo de la cita del art. 24.4 concursal. El art. 8, cuando atribuye al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente sobre “toda ejecución” debe entenderse, a mi modo de ver, en los términos en los que el principio de universalidad y la consiguiente *vis attractiva*, -consecuencia del principio de unidad procedimental-, juegan en la ley. Otro tanto con respecto a la norma general del art. 86 ter orgánico, precepto de discutible rigor técnico, a mi modesto entender, por lo que resultan particularmente inseguras las interpretaciones basadas en su puro tenor literal. Dicho de otro modo: el juez del concurso tiene competencia sobre las ejecuciones dirigidas contra el patrimonio del concursado, a salvo de aquéllas que la propia ley permite que se desarrollen al margen del concurso. Tal es el caso, como se viene repitiendo, de las ejecuciones administrativas o laborales, en las circunstancias que la norma establece. No resulta admisible que el juez laboral se inhíba a favor del juez del concurso para que éste continúe la ejecución laboral en pieza separada, o que la Administración Pública remita las actuaciones al juez del concurso para que éste, aplicando la normativa de la ejecución administrativa (tributaria o de la Seguridad Social) prosiga con las actuaciones de ejecución. Criterio este, por lo demás, a mi juicio claramente expresado en diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (cfr. sentencias TCJ de 22 de diciembre de 2006 y 22 de junio de 2009, entre otras).

I.- Y también discrepo de la solución acogida finalmente en la sentencia que ha merecido la confianza del parecer mayoritario de la Sala. Como he anticipado, la TGSS permaneció inactiva y, presentado el plan de liquidación, pretende continuar haciendo valer su privilegio de autotutela ejecutiva, esta vez en fase de liquidación

concurzal. Tal postura no me parece admisible. La Administración Pública suspendió de facto la ejecución. El concurso finalizó su fase común y se abrió la liquidación. Presentado el plan, la TGSS no pretende continuar, en fase de liquidación, su ejecución separada (cfr. sentencia de esta misma sección de 24 de abril de 2008, donde se advirtió a la misma entidad pública de que, de querer continuar con su privilegio ejecutivo, debía hacerlo notar como observación al plan, de suerte que, de no hacerlo, perdía todo derecho a ejecutar separadamente), sino que lo que postula es que sea el juzgado el que obligue a la administración concursal a satisfacer el crédito cuya exacción forzosa fue omitida por quien tenía el privilegio de hacerlo, introduciendo al plan la matización de que la venta del bien ha de serlo con la carga a favor de la Administración. La preferencia de la administración embargante (el “principio de prevención”, positivizado en el art. 613.1 de la ley procesal para la ejecución singular) deberá hacerse valer por el cauce procesal de la ejecución separada administrativa (supuesto de que el bien embargado, se insiste, no resulte necesario para la continuación de la actividad, circunstancia que en el supuesto que ocupa no se discute).

No se trata aquí de determinar si el embargo debe o no alzarse, pues, ciertamente, nadie lo ha solicitado. Pero implícitamente la cuestión está en juego. El embargo, en principio, podrá continuar, pero el bien en liquidación, que se enajenará conforme al plan aprobado, podrá salir a venta libre de cargas, enajenándose al mejor postor, tal como la administración concursal propone y, si esto llega a tener lugar, cancelarse la carga a petición de la administración concursal o del adquirente. En caso de la que enajenación se frustre y en previsión de que el concurso pueda finalizar por causa distinta, el mantenimiento del embargo tendrá sentido.

En consecuencia, en mi opinión, debió de estimarse el recurso, dejando sin efecto la salvedad introducida al plan en la resolución combatida. Dado en Pontevedra, a ocho de enero de dos mil diez».

De la Sentencia, de fecha diecinueve de febrero de dos mil diez, de la sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Córdoba, sobre el recurso de apelación interpuesto contra autos de concurso 400/2008 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba, siendo apelante TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que se incorpora al final del epígrafe siguiente, se deduce la mejor doctrina: a) La continuidad de la Providencias de apremio anteriores a la declaración de concurso queda supeditada a que el órgano jurisdiccional (Juez del concurso) decida que el bien o derecho afectado por el embargo no sea necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor; b) La Providencia de apremio anterior a la declaración de concurso no es suficiente para su continuidad, sino que es necesario que se hayan embargado

bienes o derechos concretos, que no sean necesarios para la continuidad de las actividades del deudor, pues el derecho de ejecución separada exige no sólo la existencia de una Providencia administrativa de apremio anterior a la declaración de concurso, sino que el embargo de bienes o derechos concretos sea anterior a dicha declaración y que el Juez del concurso considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

2.2. Providencia de apremio posterior a la declaración de concurso

El Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Cádiz, de fecha tres de Mayo de dos mil cinco, explícitamente reconoce que después de declarado el concurso las Administraciones y Juzgados deberán, en su caso, anular las actuaciones practicadas con posterioridad a dicha declaración (previsión contenida en el art. 55.3 LC) o, en otro caso, exponer las razones para no hacerlo, previsión que hace referencia a las excepciones contempladas en el art. 55.1 párrafo 2º y en el art. 56.2 LC. El recurrente [TGSS] invoca infracción del art. 55 LC, interesando un pronunciamiento expreso respecto de la suspensión únicamente de los apremios administrativos en los que aún no se hubiera dictado providencia de apremio a la fecha de declaración de concurso, aduciendo que el auto, en dicho aspecto, tiene de un lado un carácter general y abstracto y de otro un carácter condicional. El recurso no puede prosperar, al ser respetuoso con lo preceptuado en los arts. 55 y 56 LC en materia de ejecuciones y apremios pendientes, sin que en modo alguno adolezca de los defectos enunciados. En primer lugar, se acuerda comunicar la declaración de concurso, interesando la suspensión de las ejecuciones y apremios que se encontraran en tramitación, entre ellas, las de la Tesorería General de la Seguridad Social, para que procedieran conforme a lo dispuesto en los arts. 55 y 56 LC. Es decir, el auto recurrido en todo punto respeta lo preceptuado en dichos preceptos. De otra parte, la resolución recurrida continúa señalando que las Administraciones y Juzgados deberán en su caso anular las actuaciones practicadas con posterioridad a dicha declaración (previsión contenida en el art. 55.3 LC), o en otro caso, exponer las razones para no hacerlo, previsión que hace referencia a las excepciones contempladas en el art. 55.1 párrafo 2º y en el art. 56.2 LC, por lo que en modo alguno puede considerarse dicha parte de la resolución abstracta ni condicionada. Tanto la Tesorería General de la Seguridad Social como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y los Juzgados en los que se sigan ejecuciones, deberán comunicar a este Juzgado el estado de las mismas, y si se ha procedido a la suspensión, o en caso contrario se continúa por concurrir la excepción, y ello sin perjuicio de que por la recurrente, caso de no estar conforme con la decisión en cada caso de este Juzgado, se proceda a plantear el conflicto de jurisdicción, como insinúa en el escrito de recurso (Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano).

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en Sentencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil cinco, resuelve el conflicto suscitado, entre el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de las Palmas de Gran Canaria y la Delegación Especial Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Canarias, a favor del primero, con los siguientes «Fundamentos de Derecho. Primero.– El conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento de concurso ordinario, entre la entidad «Unión Deportiva Las Palmas» y la Delegación Especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Canarias, debe decidirse, de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal, en favor del Juzgado de lo Mercantil. Al respecto, cuando se analiza la posición de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales, se la reconoce una posición privilegiada, tanto en la vertiente formal y procedimental, como en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario respecto de otros créditos en orden a la prelación para su cobro, al modo de un privilegio material y sustantivo, que ha tenido y puede tener una justificación, en aras a la mejor consecución o logro del interés público, y aún se mantiene tal situación privilegiada en orden a la ejecución separada en ámbitos propios de la ejecución de créditos tributarios, pero tal posición privilegiada carece de fundamento cuando se examina desde la perspectiva procesal, como sostiene el Ministerio Fiscal, por cuanto debe rechazarse todo intento de mantener una situación privilegiada cuando la cuestión se centra en definir el órgano jurisdiccional o administrativo que ha de conocer de cuestión o de materia residenciable en sede jurisdiccional, respecto a cuya cuestión ha de partirse del significado y generalidad del sometimiento de tales cuestiones al orden jurisdiccional competente por razón de la materia, sin pretendidos privilegios jurisdiccionales o procesales que no cuentan con una base firme constitucional y que impliquen una quiebra inherente al Estado de Derecho, definido constitucionalmente. Siendo así, en el presente caso, como razona con fundamento el Ministerio Fiscal, que comparte este Tribunal de Conflictos cuantos alegatos se hacen a favor del sometimiento de la cuestión a la jurisdicción, entrañarían una pretendida posición privilegiada que no es menester para la defensa de intereses públicos ni menos para el singular que está en la base del conflicto planteado. De aquí que el conflicto debe ser decidido a favor del Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas».

El Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao, mediante Providencia de fecha seis de junio de dos mil seis, resuelve sobre apremio de créditos concursales, después de declarado el concurso del deudor: «Dada cuenta del anterior escrito presentado por la administración concursal, en que solicita se libre oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social para que anule su providencia de apremio de 25 de abril de 2006, puesto que se disponía en el auto de declaración del concurso, de conformidad con art. 55 LECO, la suspensión de ejecuciones singulares en trámite y prohibición de

iniciarlas, únase a los autos en la Sección primera, y por supuesto que este Juzgado no puede anular resoluciones administrativas, toda vez que dicha Tesorería es parte en el procedimiento, requiérasele a través de su representación en el sentido de la falta de competencia de la Recaudación para apremiar la masa activa, y de la nulidad de la indicada providencia de apremio, recabándosele a fin de que, en plazo de diez días, participe a este Juzgado verificar su abstención y haberla dejado sin efecto, o bien exponga las razones para no hacerlo. Por el mismo plazo común, dese traslado al Ministerio Fiscal, a la administración concursal, y demás partes personadas, para que expongan por escrito su postura acerca de que deba suscitarse o no conflicto de jurisdicción a la Tesorería General de la Seguridad Social, por cuanto corresponda a la competencia objetiva ejecutiva al juez concursal». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria, de fecha 9 de junio de 2008, resuelve: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- En el presente caso, realmente no existe controversia entre las partes, ya que ambas admiten la imposibilidad de proceder al apremio de las cantidades adeudadas a la TGSS al existir la situación de concurso. Con dichas providencias la TGSS, sólo da trámite a lo establecido en el artículo 50.2 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, que establece “Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este Reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultados de lo que se acuerde en el procedimiento concursal”.

Entendiendo, entonces, que cualquier actuación ejecutiva está suspendida a partir de estas providencias por la propia TGSS, a la espera del resultado del concurso.

FALLO. En relación a la petición de la Administración Concursal acordar la suspensión de los procedimientos de apremio a partir de la notificación de las correspondientes providencias, a espera del resultado del procedimiento concursal». D. Daniel Sánchez de Haro.

No parece que se ha aplicado el art. 55.1 de la Ley concursal. En el caso enjuiciado, ni siquiera se había iniciado la ejecución administrativa antes de la declaración de concurso, siendo de aplicación el art. 55.3: «Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho».

Si el art. 55 de la Ley concursal prohíbe la iniciación de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales (administrativas), el art. 34 del TRLGSS no puede aplicar-

se en sede concursal. Además, la Providencia administrativa de apremio constituye TÍTULO EJECUTIVO y anuda un recargo del 20 % sobre el principal del crédito concursal. Ha quedado expuesto que declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales (administrativas), y si sólo se suspende, como en la Sentencia comentada, se produce un perjuicio a la masa activa por el recargo de apremio.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 23 de mayo de 2008, se niega la posibilidad de recargos administrativos después de declarado el concurso: «Fundamentos de derecho.- I. Tras el desistimiento parcial del recurso de apelación que afectaba a los pronunciamientos de la sentencia relativos a la clasificación del recargo como crédito subordinado del art. 92.4º LC y al criterio seguido para computar el crédito con privilegio general del art. 91.4º LC, la controversia en esta instancia pervive en torno a: el reconocimiento de un crédito invocado por la TGSS en el trámite de impugnación de la lista de acreedores, mediante la aportación de una certificación de 15 de mayo de 2006, posterior al plazo de comunicación de créditos, que fue rechazado por la sentencia de primera instancia; y la clasificación de un crédito de la TGSS como condicionado por haber sido objeto de recurso contencioso administrativo.

II. Consta en los autos que el concurso de la entidad Elían Obres i Serveis SLL (Elían) fue declarado el día 1 de febrero de 2006. Dentro del plazo concedido para la comunicación de créditos, el 28 de marzo de 2006, la TGSS presentó una certificación administrativa de sus créditos frente a Elían. Con posterioridad, con ocasión de la impugnación de la lista de acreedores, la TGSS presentó una certificación de 3 de mayo de 2006, que actualiza los recargos de la Seguridad Social.

El art. 92 LC presupone la admisibilidad de las comunicaciones tardías de créditos, esto es, realizadas con posterioridad al plazo previsto para ello, e incluso de las comunicaciones hechas con ocasión de la impugnación de créditos, sin perjuicio de que su calificación sea la propia de un crédito concursal subordinado, del apartado 1º, salvo que “se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas”, pues en estos casos deberán clasificarse según su naturaleza.

Esta actualización del crédito de la Seguridad Social afecta a los recargos, en concreto son los devengados con posterioridad a la declaración de concurso, según se ha manifestado por la administración concursal, a la vista de la anterior certificación,

y no ha sido desmentido por la TGSS. Si bien es cierto que el art. 86.2 LC prescribe que se “incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por (...) certificación administrativa...”, lo que impide a la administración concursal juzgar sobre la existencia del crédito y su cuantía, ello no obsta a que la discrecionalidad del juzgado mercantil alcance necesariamente a la discriminación de los créditos que por aplicación de la Ley concursal no resultan exigibles, como son los intereses posteriores a la declaración de concurso, con las excepciones previstas en el art. 59 LC. Aunque ese precepto no se refiere expresamente a los recargos, en la medida en que venimos calificando este crédito de subordinado y el mismo nace del incumplimiento de una obligación del deudor, resulta improcedente su devengo con posterioridad a la declaración de concurso, pues por ley el deudor tiene vedado cumplir con aquella obligación, para no vulnerar la *par condicio creditorum*. Si el deudor no puede atender a esa obligación, resulta improcedente que se devenguen los recargos administrativos, y cuando menos los mismos no pueden ser reconocidos por el juez mercantil, siendo irrelevante a estos efectos que aparezcan reconocidos en una certificación administrativa.

Por todo lo cual, aunque cabría reconocer un crédito de la TGSS comunicado tardíamente, y más en concreto con ocasión de la impugnación de la lista de acreedores, sin perjuicio de la clasificación que prescribe en cada caso el art. 92.1º LC, en este caso no debe admitirse porque el crédito comunicado se corresponde con recargos posteriores a la declaración de concurso». Ponente D. Ignacio Sancho Gargallo.

No obstante, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. Uno de Alicante, de fecha 18 de noviembre de 2009, considera que el Juzgado debe atenerse a la certificación administrativa en tanto no se modifique, ya por la propia Admon. recaudadora al apreciar incorrección de su reclamación, ya por vía de recurso ante la misma o ante la jurisdicción competente, es decir, debe incluirse en la lista de acreedores la cuantía certificada por la TGSS, que incluye recargos de apremio acordados sobre créditos concursales después de la declaración de concurso: «FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Se formula por la TGSS demanda impugnando el informe del administrador concursal en el apartado relativo a las deudas de la Seguridad Social no en cuanto a su calificación sino en cuanto a la cuantificación, ya que la suma procedente es 24.369,84 € en lugar de los 16.502,45 € inicialmente reconocidos, que se corresponden con los que aparecían en la inicial comunicación.

La diferencia cuya adición interesa se justifica por un motivo: las cantidades devengadas por recargos con posterioridad a la comunicación efectuada en su día.

Aclara que se acepta los criterios de calificación de la admón. concursal, que son los mantenidos por este Juzgado y el TS en sentencia de 21/1/2009.

La admón. concursal y la concursada en trámite de contestación se oponen a la actualización por entender, en esencia: i) que el cauce incidental no es vía para el reconocimiento de nuevos créditos no insinuados en tiempo y forma, no fruto de actividades de inspección y ii) que lo impide el art. 59 LC.

Se vuelve, una vez más, a plantear la misma controversia ya resuelta por este Juzgado (entre otras, sentencia de 26/3/2009) cuyas consideraciones se reproducen, al no tener constancia de cual es el criterio de la AP de Alicante sobre la materia...

Tercero.- La segunda cuestión que se debe plantear es previa a la determinación de la procedencia o no de los recargos, y es la relativa al cauce y competencia para revisar el acto administrativo que lo fija, o dicho de otro modo, el valor de las certificaciones administrativas a la hora del reconocimiento de créditos

La controversia relativa a la cuantía de los créditos públicos debe resolverse partiendo del dato de que la misma aparece en certificación emitida por la administración pública de Seguridad Social, por lo que conviene recordar que el art. 86.2 LC, relativo al reconocimiento de créditos, impone la necesaria inclusión de los créditos reconocidos en certificación administrativa, sin que proceda entrar a discutir en sede concursal sobre su existencia y cuantía, dado que el precepto remite sobre tales extremos a los cauces previstos en la legislación específica para impugnar los actos administrativos, basado todo ello el principio de autoejecutividad y presunción de legitimidad de los actos administrativos; cuestión distinta a su calificación, ya que el precepto habla solo de inclusión de los reconocidos (no de calificación) y sistemáticamente está ubicado en la sección 2ª dedicada al reconocimiento de créditos, siendo la sección 3ª la que se ocupa de la calificación. Como dice el TCJ en sentencia de 25 de junio de 2007 corresponde a la Administración tributaria conocer, investigar y resolver acerca de la existencia y, en su caso, de la cuantía de los tributos. Y contra esa resolución administrativa entiendo que cabrá su revisión a través de los cauces adecuados, que no es el incidente concursal. Consideración trasladable a las deudas por Seguridad Social. Adicionar a ello que no corresponde a este Juzgado dilucidar sobre su corrección por carecer de competencia objetiva –art. 8LC y 86 ter LOPJ- ya que el Juzgado del concurso se enmarca en el orden civil, y la revisión de actos administrativos corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, una vez agotada la vía administrativa.

Se reconoce que esta tesis no es pacífica y así la AP Barcelona de 10/11/2008 en un asunto análogo dice “El art. 86.2 LC dispone que “se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos (...) reconocidos por certificación administrativa (...). No obstante, la administración concursal podrá impugnar (...), a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos”. Por ello, la Administración Concursal debe incluir en la lista de acreedores, en principio, el importe total de crédito certificado por la TGSS, sin perjuicio de la impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa de la cuantía o de los créditos certificados.

Pero, no obstante, esta regla que ordena la inclusión sin cuestionamiento del crédito certificado tiene unos límites, impuestos por la exigencia de que ha de tratarse de créditos concursales, de modo que si se advierte la inclusión en la certificación de créditos o conceptos que no son concursales, porque son contra la masa, o bien porque con claridad se evidencia que no han podido nacer o generarse debido precisamente a los efectos legales de la declaración de concurso, tanto la Administración concursal como el Juez al resolver la impugnación podrán excluir de la certificación tales partidas o créditos. Este sería el caso de los recargos de demora administrativos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, pues si a partir de dicho momento el concursado no puede efectuar el pago de las deudas o créditos que tengan la consideración de concursales, no cabe, obviamente, un recargo a modo de sanción por la falta o retraso en un pago que el concursado no puede realizar por impedirlo el sistema concursal. Por el contrario, es claro que resulta procedente la consideración de crédito concursal de los recargos devengados con anterioridad y hasta el día de la declaración de concurso, por no haberse atendido el pago de las cuotas, anteriores al concurso, en el plazo reglamentario” y de igual modo la SAP La Rioja 6 de octubre de 2008 señala “ No podemos dejar de señalar que habría que distinguir si los recargos aún impuestos después de la declaración de concurso, se refieren o gravan deudas concursales o postconcursoales; en el primer caso (recargo acordado después de la declaración de concurso, pero referido a una deuda principal anterior) habría que entender que el recargo es inexigible, ya que la deuda no habría podido ser pagada una vez declarado el concurso, so pena de alterar la *par conditio creditorum*, ex artículo 49 de la Ley Concursal; en el segundo supuesto (recargos correspondientes a deudas posteriores a la declaración de concurso) como la Ley no distingue entre principal e intereses que se siguen devengando, deben tener la consideración de crédito contra la masa.”

Ahora bien, sin dejar de expresar que las razones de fondo apuntadas son poderosas para huir de la certificación administrativa, creo que el tenor y sentido del art.86.2

LC no permiten ese control judicial en sede incidental concursal. Lo que se viene a decir por la tesis que aquí se descarta, se quiera o no, es que el acto administrativo (de la que la certificación es reflejo) es contrario a Derecho por infracción de normas y principios concursales (art. 59LC), sin que sea de aplicación el art. 27 LGSS sino el art. 22 de la misma ley.

Y aunque se pueda estar de acuerdo con ello, ya que el devengo automático de recargos *ex* art. 27 LGSS no casa con la *ratio legis* que se desprende del art. 59 LC y jurídicamente tiene difícil explicación cuando su presupuesto (falta de pago en plazo de cuotas de SS concursales) es imposible evitar (ya que no se pueden pagar los créditos concursales al margen del concurso), lo cierto y verdad es que el legislador concursal ha reservado a la vía administrativa y a la contenciosa administrativa el control de legalidad de actos administrativos. Y ello lo hace sin distinción alguna que permita residenciar en el Juez concursal la revisión de aquellos actos administrativos que fijen deudas y sean contrarios a los efectos del concurso de forma clara y evidente (como parece decir la AP de Barcelona), lo que además es fuente de enorme inseguridad, al no existir criterio cierto que sustente esa diferenciación.

No basta para obviar ello la invocación del art. 9 LC, ya que cabe recordar que, en el orden Contencioso-Administrativo y respecto de las cuestiones prejudiciales, la STS de 11 de julio de 1984 subraya su “carácter excepcional y, por ello, de prudente y no extensivo ejercicio”, pues en definitiva aquí lo que se dilucida es una cuestión pura y simplemente tributaria: si el recargo reclamado procede por concurrir el supuesto de hecho del art. 27 LGSS, o si no procede en caso de que el deudor este en situación de concurso, por aplicación del 22 del mismo cuerpo legal en relación con el art. 59 LC y la imposibilidad de pagos al margen del cauce concursal. Ello escapa del conocimiento de este Juzgado, que debe atenerse a la certificación administrativa en tanto no se modifique, ya por la propia Admon. recaudadora al apreciar incorrección de su reclamación, ya por vía de recurso ante la misma o ante la jurisdicción competente.

Por tal motivo no se puede entrar a valorar las razones invocadas por la Admon. concursal y concursada, que se repite, en el fondo en buena parte se comparten». D. Rafael Fuentes Devesa.

La Resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Ávila, de fecha 1 de marzo de 2010, estima el recurso de alzada interpuesto y acuerda que no procede el inicio del procedimiento de apremio por parte de la

Tesorería General de la Seguridad Social para proceder contra los bienes y derechos del responsable del pago de la deuda debiendo atenerse al tratamiento concursal ya en tramitación: «Visto el escrito de fecha 25/02/2010 presentado por D. Daniel González Llorente, en representación de Daniel González Llorente S.A. mediante el que formula recurso de alzada contra la Providencia de Apremio 05 09 011591780 correspondiente al periodo de 06/2009 y teniendo en consideración los siguientes: «FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero La competencia para conocer y resolver el presente recurso de alzada viene determinada por lo depuesto en el artículo 116, así como en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27-11-1992), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE 14-01-1999).

Segundo: Acudiendo al artículo 86 del Real Decreto 1415/2004 de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE de 25-VI-2004) debemos indicar que contra la Providencia de Apremio solamente será admisible el recurso de alzada basado en los motivos debidamente justificados, que a continuación se especifican: a) Pago; b) Prescripción; c) Error material o aritmético en la determinación de la deuda; d) Condenación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento; e) Falta de notificación de la reclamación de deuda cuando esta proceda, del acta de liquidación o de las resoluciones que éstas o las autoliquidaciones de cuotas originen.

Tercero: En el presente caso, nos encontramos con una empresa declarada en concurso voluntario de acreedores mediante Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número Uno (Juzgado de lo Mercantil) de fecha 28/09/2009. Esta fecha será la que determine las actuaciones a seguir por las unidades administrativas de este Centro Directivo para el cobro de los débitos que la mercantil mantenga con el Sistema de la Seguridad Social Consta en el expediente administrativo las publicaciones que, en cumplimiento de lo establecido en la Ley Concursal, se han efectuado en los distintos Boletines Oficiales y la comunicación al administrador concursal (don Fernando Gómez Martín) de la deuda concursal en la que se incluye el documento ahora providenciado.

Se comprueba que el deudor conserva las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a la intervención de la administración concursal (BOE num. 242 de 7/10/2009). Efectivamente, tal y como indica en su escrito don Daniel González Llorente debemos acudir al artículo 55 de la Ley 22/2003 de 9 de Julio Ley Concursal (BOE de 10-VII-2003) “...”.

En conclusión, no procede el inicio del procedimiento de apremio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social para proceder contra los bienes y derechos del responsable del pago de la deuda debiendo atenerse al tratamiento concursal ya en tramitación.

En atención a todo lo expuesto y vistos los preceptos legales citados y demás normas de general aplicación, esta Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, RESUELVE: ESTIMAR el recurso de alzada interpuesto por Daniel González Llorente, en representación de Daniel González Llorente S.A. contra la Providencia de Apremio 05 09 011591780».

Sin embargo, la TGSS vuelve sobre sus pasos y, con fecha 18 de mayo de 2010, resuelve: «Con fecha 30/03/2010 esta Tesorería General de la Seguridad Social dictó Resolución sobre el recurso relativo al objeto de referencia. En la mencionada Resolución, por error, se aludía a que no procede el inicio del procedimiento de apremio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social para proceder contra los bienes y derechos del responsable del pago de la deuda debiendo atenerse al tratamiento concursal ya en tramitación. En atención a todo lo expuesto y vistos los preceptos legales citados y demás normas de general aplicación, esta Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social RESUELVE: Estimar el recurso de alzada interpuesto por Daniel González Llorente, en representación de Daniel González Llorente S.A. contra la Providencia de Apremio 05 09 011760522, en tanto que este Centro Directivo considera que procede la emisión de la Providencia de Apremio y su notificación al deudor procediendo la suspensión posterior de cualquier actuación ejecutiva a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal tal y como preceptúa el artículo 50.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004 de 11 de junio (BOE del 25) y el 55 de la Ley 22/2003 de la Ley Concursal (BOE de 10-VII-20G3). En consecuencia, en el Resuelve que la Resolución revisada debe entenderse “desestimar” al ser correcta la emisión y notificación del citado documento aunque se proceda a la suspensión de las actuaciones ejecutivas posteriores».

Sin embargo, con fecha diecinueve de febrero de dos mil diez, la sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Córdoba, sobre el recurso de apelación interpuesto contra autos de concurso 400/2008 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba, siendo apelante TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pendientes en esta Sala a virtud de recurso de apelación interpuesto contra auto recaído en las actuaciones, siendo Ponente del recurso el Magistrado Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, resuelve: «ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó auto por el Sr. Juez del Juzgado de primera instancia nº 9 de Córdoba (con competencia en materia mercantil) cuyo fallo es como sigue: “Que debo declarar y declaro la nulidad de las cuatro providencias de apremio dictada por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL con fecha 8 de junio de 2009 contra el patrimonio de HOSTELERIA Y RESTAURACIÓN LÓPEZ PIEDRAS S.L.”.

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal previo emplazamiento de las partes y dándose traslado de los mismo al Magistrado Ponente para que dictara la resolución procedente.

TERCERO.- Que en la tramitación de las dos instancias de este juicio se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS. Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en cuanto no se opongan a los que a continuación se exponen, y

PRIMERO.- Habiéndose declarado el concurso de la compañía mercantil “Hostelería y Restauración López Piedras, S.L.” por auto de 15 de diciembre de 2008, la resolución apelada confirma en reposición un auto que declaraba la nulidad de ocho providencias de apremio dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social contra dicha empresa, con fechas 28 de noviembre de 2008 y 15 de enero, 3 de febrero y 18 de marzo de 2009 y, por tanto, con anterioridad y con posterioridad a la declaración de concurso. No discutiéndose que el artículo 55, apartados 1 y 3, de la Ley Concursal dispone la nulidad de cualquier ejecución singular iniciada tras la declaración de concurso, se plantea en esta alzada dos cuestiones estrictamente jurídicas, cuales son: a) respecto de las providencias de apremio dictadas antes de la declaración del concurso, si existe un derecho abstracto o general de ejecución separada a favor de la administración que las ha dictado; b) respecto de las dictadas con posterioridad, si haberlas suspendido inmediatamente, sin llegar a ejecutarlas, ha infringido o no la prohibición del artículo 55.1 de la Ley Concursal. No obstante, la resolución apelada no distingue entre las dos providencias que se dictaron con anterioridad a la declaración de concurso y las seis que se dictaron con posterioridad, seguramente por un error material en las fechas, que provoca que considere que todas las providencias se han dictado después de declarado el concurso. Pero, al no ser realmente así, debe dárseles el tratamiento diferenciado indicado.

SEGUNDO.- Respecto de las primeras, debe partirse de la base de que el tan mencionado artículo 55.1 de la Ley Concursal no se ve alterado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, puesto que –respecto de actuaciones ejecutivas anteriores- su artículo 50.3 remite, en las situaciones concursales, a lo dispuesto en la Ley Concursal. Y en cuanto a la distribución de competencias entre la administración y el juez del concurso, respecto de actuaciones ejecutivas anteriores a la declaración del concurso, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006 estableció que “la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1º) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado. 2º) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor”.

TERCERO.- En este caso, rige el criterio cronológico, pero como no se embargan bienes en concreto, el Juzgado no puede pronunciarse sobre si los bienes sobre los que recae la traba son necesarios o no para la continuación de la actividad empresarial de la concursada, por lo cual las dos providencias de 28 de noviembre de 2008, si bien no son nulas en origen (ya que, al no estar declarado el concurso, no había impedimento legal alguno para su dictado), para su validez tendrían que haber concretado el embargo antes de la declaración de concurso, ya que un embargo posterior está vedado por el artículo 55.1 de la Ley concursal. Es decir, no basta con la providencia (aunque ésta determine la preferencia meramente cronológica), sino que tienen que embargarse bienes concretos que, además, no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial del deudor, ya que a la vista del tenor literal del artículo 55.1º, párrafo segundo, de la Ley concursal, el derecho de ejecución separada que la norma reconoce exige no sólo la existencia de una providencia de apremio anterior a la declaración del concurso, sino también el embargo, también anterior al concurso, de bienes concretos que el Juzgado de lo Mercantil, en último término, considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por lo tanto, estas providencias, más que nulas son inejecutables, ya que -por no contener dichas providencias un embargo concreto sobre bienes del concursado- cualquier acto para ejecutarlas sería nulo, al ser posterior a la declaración de concurso. CUARTO.- En cuanto a las actuaciones posteriores, habrá de tenerse en cuenta, en todo caso, la relación de jerarquía normativa entre una ley y un real decreto. A su vez, el problema se centra en determinar el momento en el que se debe

considerar que existe un procedimiento de apremio en curso (en este caso, un procedimiento administrativo de apremio de la seguridad social). A cuyo efecto, el artículo 84.1 del citado Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social establece que “La providencia de apremio constituye el título ejecutivo suficiente para el inicio del procedimiento de apremio por la Tesorería General de la Seguridad Social y tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de la deuda”. Es decir, conforme a la propia normativa de recaudación de la seguridad social el procedimiento de apremio se inicia con la providencia, por lo que interpretando dicho precepto en consonancia con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal debe concluirse que, una vez declarado el concurso no pueden dictarse nuevas providencias de apremio, aunque se suspenda su ejecutividad. Es cierto que existe una aparente antinomia con el artículo 50.2 del propio Reglamento de Recaudación (“Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal”), pero en cualquier caso una norma reglamentaria como la transcrita no puede contravenir lo dispuesto en una norma de rango legal, como el artículo 55 de la Ley Concursal.

Además, esta interpretación está avalada por la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 3 de julio de 2008, al decir: “Conforme al artículo 34 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la providencia de apremio es el acto de la administración mediante el que se despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor a la Seguridad Social, en base a los títulos ejecutivos determinados en el número 3 del artículo 33. La providencia de apremio, expedida por los órganos competentes de la Tesorería General de la Seguridad Social inicia, pues, la vía ejecutiva. De no efectuarse el pago en el plazo establecido es cuando se procederá al embargo de bienes del apremiado. Lo esencial, pues en este procedimiento no es el acuerdo de embargo sino el inicio del procedimiento de apremio mediante el dictado de la correspondiente providencia”.

QUINTO.- Pese a la desestimación del recurso, en atención a las dudas de derecho que todavía plantea una regulación novedosa como la concursal, procede no hacer expresa imposición de las costas causadas en la apelación, según permiten los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto

por la Tesorería General de la Seguridad Social contra el auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 y Mercantil de Córdoba, de 14 de julio de 2009, recaído en la Pieza Separada nº 1 del procedimiento de Concurso Voluntario nº 400/08, de la compañía mercantil “Hostelería y Restauración López Piedras, S.L.”; el cual se confirma en todos sus pronunciamientos. Sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación».

Impecable Resolución que deja muy claro: a) La continuidad de la Providencias de apremio anteriores a la declaración de concurso queda supeditada a que el órgano jurisdiccional (juez del concurso) decida que el bien o derecho afectado por el embargo no sea necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor; b) La Providencia de apremio anterior a la declaración de concurso no es suficiente para su continuidad, sino que es necesario que se hayan embargado bienes o derechos concretos, que no sean necesarios para la continuidad de las actividades del deudor, pues el derecho de ejecución separada exige no sólo la existencia de una Providencia de apremio anterior a la declaración de concurso, sino que el embargo de bienes o derechos concretos sea anterior a dicha declaración y que el Juez del concurso considere que no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor; c) Una vez declarado el concurso, no pueden dictarse Providencias de apremio y la antinomia con el art. 50.2 del Reglamento de Recaudación de la TGSS no puede contravenir lo dispuesto en el art. 55 de la Ley concursal.

3. Créditos contra la masa

En la exposición de motivos se indica: «La lista de acreedores comprenderá una relación... adicional, separada, de los que conforme a la ley tienen la consideración de créditos contra la masa... Los créditos contra la masa operan con el carácter de prededucibles, en el sentido de que, antes de proceder al pago de los concursales, han de deducirse de la masa activa los bienes y derechos, no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para satisfacer aquéllos a sus respectivos vencimientos».

Merece elogiarse que se incluya información sobre las deudas «contra la masa», prevista en el apartado 4 del art. 94, que exige otra relación separada, sobre el detalle y cuantía de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, que en el Derecho derogado eran ajenas al proceso concursal y ostentaban derecho de ejecución separada, pues resultará información indispensable para los acreedores «en la masa», es decir, los concursales, para conocer la posible «viabilidad» del concursado, con vistas al convenio o liquidación, respectivamente. Además, es necesaria esta infor-

mación, a los fines previstos en el art. 154¹¹ (pago), aunque echo en falta datos sobre el vencimiento, devengo de intereses, garantías, etc., así como a qué fecha se referirá esta relación separada, que imagino será la del informe *ex arts. 74 y 75* o a la víspera, en armonía con la fecha del inventario de la masa activa (art. 82.1).

Se observa en el art. 84.1, concordante con el art. 49, de la Ley concursal, excluye de la masa pasiva, expresamente, los créditos contra la masa, es decir, entre otros, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia viene denominando «deudas de la masa» o «créditos prededucibles».

El art. 84.2 presenta un meritorio esfuerzo recopilador, para detallar los créditos que integran las deudas contra la masa. Los titulares de créditos contra la masa, que figurarán en relación separada de la lista de acreedores (art. 94.4), no tienen derecho de asistencia (art. 118.1) a la junta de acreedores convocada (art. 111.2), para deliberar y votar sobre el convenio (art. 121), y no pueden adherirse a la propuesta anticipada de convenio (art. 108), en su caso.

3.1. Naturaleza

Sobre la naturaleza de créditos contra la masa de determinados créditos de la Hacienda Pública (Retenciones del ITPF e IVA), se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Oviedo, de fecha once de mayo de dos mil seis: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

SEGUNDO: Se suscita seguidamente por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la cuestión referida a la calificación que merecen las retenciones practicadas por la concursada “Porcelanas del Principado, S.L.” correspondientes al IRPF por los salarios del segundo trimestre de 2005, teniendo presente que la fecha de declaración del concurso data de 8 junio 2005. La postura mantenida por la AEAT es la de calificar toda la suma como crédito contra la masa dado que las retenciones de dicho trimestre no se devengan hasta un momento posterior a la declaración de concurso.

11 «1. Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. 2. Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del artículo 84.2.1° se pagarán de forma inmediata... 3. Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos».

La premisa inicial para solucionar esta cuestión parte de recordar que las retenciones por IRPF, a efectos concursales, ya no tiene en la actualidad y tras la reforma concursal la naturaleza de depósito a favor de la Hacienda Pública sujeta al derecho de separación *ex iure dominii* de que gozaba en el régimen anterior (tal y como había sentado la STS de 5 julio 2000 en interpretación y aplicación del art. 96-5 del Reglamento General de Recaudación). Siendo el legislador consciente de la ficción que suponía tal asimilación, pues ni estamos en presencia de un contrato de depósito de naturaleza real y consensual, como así se conceptúa en el C. Civil y en el C.Com., ni tampoco se puede hablar de un genuino derecho de separación, que exige la más perfecta identificación de los bienes a separar, todo ello incompatible con un bien como el dinero habida cuenta de su ultrafungibilidad, que le lleva lógicamente a confundirse con el patrimonio del retenedor, es por lo que las cantidades que obedezcan a retenciones tributarias pasan en la nueva regulación de estar sujetas a separación (ya no entran en el ámbito del art. 80 L.C.) a configurarse como auténticos créditos a favor de la Hacienda pública, si bien con el reconocimiento del privilegio general previsto en el art. 91-20 L.C.

Descartadas por lo tanto las reglas aplicables al depósito y, por lo tanto, el derecho del acreedor a reclamar las sumas en cualquier instante (arts. 1766 C. Civil y 306 C.Com.), habremos de resolver el conflicto atendiendo a la naturaleza crediticia de las retenciones. En este sentido, la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, 13-11-99, 7-11-97, 12-2-2001, 9-10-2003, etc.) ha venido señalando que la obligación de retener a cuenta del IRPF parte de las retribuciones abonadas a trabajadores e ingresarla en la Hacienda pública constituye un deber fiscal de carácter autónomo impuesto al pagador sobre el que pesan dos obligaciones, una la de retener en concepto de pago a cuenta la cantidad que proceda, y otra la de ingresar su importe, todo lo cual se corresponde con la regulación legal hoy vigente contenida en el art. 101 del Real Decreto Legislativo 3/2004 de 5 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en los arts. 72, 76 Y 106 del Real Decreto 1775/2004, de 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Cabe señalar además por lo que respecta a la segunda de tales obligaciones, la de proceder al ingreso a cuenta que es la que aquí nos ocupa, que su nacimiento o devengo tiene lugar, por su naturaleza *ex lege*, cuando se realiza el hecho imponible mismo sin perjuicio de que su exigibilidad se relegue a un momento posterior, conforme a las condiciones y plazos que se establezcan reglamentariamente (STS, Sala 3ª, de 3-12-99). Esto supone que las declaraciones trimestrales por las que el sujeto pagador procede a liquidar las cantidades retenidas y a realizar los ingresos a cuenta en el Tesoro Público, conforme dispone el art. 106 del Real Decreto 1775/2004, dentro de los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio,

octubre y enero, no es sino expresión del cumplimiento de una obligación exigible periódicamente, pero que ya había nacido con anterioridad en el momento en que se practica cada una de las retenciones que siguen al abono de la respectiva nómina. Llevado lo anterior al ámbito concursal, forzoso será concluir que únicamente las retenciones practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa, en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento y encuentran acomodo en el n° 5 del art. 84-2 L.C. Por otra parte, tal conclusión es la que mejor se aviene con los principios que inspiran la regulación de los créditos contra la masa, cuyo común denominador (a salvo del n° 1 de la norma) es la mera temporalidad en el nacimiento de esos créditos: su extraconcursalidad se justifica en la medida en que posibiliten el desarrollo del proceso en el que se habrán de satisfacer de forma colectiva a los acreedores concursales, así como la continuación de la actividad económica del deudor, en el caso de optar por la solución de convenio, para lo cual la propia Ley atiende al momento de nacimiento del crédito no al de su exigibilidad, y así repárese en que ambos momentos pueden aparecer disociados e incluso distantes en el tiempo, en casos como el de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo (n° 5 art. 84-2) o el de las obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado (n° 10 art. 84-2), a pesar de lo cual si su nacimiento fuera previo a la declaración del concurso serán en todo caso créditos concursales y no contra la masa.

Procede, en consecuencia, estimar la postura defendida por la Administración concursal en el presente incidente y acordar correctamente calificados los créditos en estos extremos por la Administración concursal.

TERCERO: Por lo que se refiere al IVA correspondiente al segundo trimestre 2005, cuya calificación también como crédito contra la masa pretende la actora, este Juzgado ya ha declarado que habremos de partir de la configuración de la obligación tributaria por IVA como una obligación *ex lege*, cuyo nacimiento se vincula a la realización de un presupuesto de hecho definido como hecho imponible que en el art. 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, viene vinculado a las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizados por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad profesional o empresarial. Trasladado lo anterior al ámbito concursal, encontramos que tales obligaciones tributarias por IVA únicamente pueden gozar del reconocimiento de créditos contra la masa si hubieran nacido en el espacio temporal que viene delimitado como *dies a quo* por el momento de declaración del concurso y como *dies ad quem* por aquél en que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un

convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso, todo ello conforme se dispone en el art. 84-2-50 L.C. No puede, por lo tanto, desconocerse que la fecha de la declaración del concurso se erige por el legislador como el momento preciso y determinante para configurar los créditos que puedan nacer en lo sucesivo como créditos contra la masa. A partir de aquí cabe recordar que el devengo de la obligación tributaria viene definido, en el art. 21-1 de la Ley General Tributaria, como “el momento que en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal”, añadiendo la norma que “La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa”. Esto es, la L.G.T. identifica el momento del devengo con el momento de nacimiento de la obligación tributaria, añadiendo que dicha fecha resulta relevante para determinar las circunstancias de que venga revestida su configuración, lo que llevado al presente supuesto equivale a identificar, efectivamente, la fecha de devengo del crédito por IVA con su repetida configuración como crédito contra la masa, si aquél acontece en situación postconcurzal. De lo anterior se colige, igualmente, que para el nacimiento de la deuda tributaria no es necesario proceder a su previa liquidación, pues lo que surge de la cuota liquidada no es la deuda tributaria misma sino la deuda tributaria líquida, como así resulta por otra parte del régimen previsto en el art. 101 L.G.T., en materia de liquidación, y en el art. 120 para las auto liquidaciones, en el que se definen tales operaciones de cuantificación como necesarias para determinar el importe de la deuda o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar. La liquidación constituye, por lo tanto, un presupuesto de la exigibilidad de la obligación, exigibilidad que puede diferirse a un momento ulterior de su devengo, como expresamente admite el art. 21-2 L.G.T.

El impuesto del IVA es un impuesto de devengo instantáneo pero de liquidación periódica, pues se devenga para cada hecho imponible o actividad concreta en cada uno de los momentos descritos en el art. 75 de la Ley 37/1992, Y de la misma forma individualizada se aplica, operación por operación, la correspondiente deducción conforme a los arts. 92 y siguientes de aquella normativa. No puede afectar a tal consideración la circunstancia de que el conjunto de las operaciones realizadas por el profesional o el empresario se agrupen, a los solos efectos de la gestión del impuesto, en unos períodos de liquidación que oscilan entre el trimestre natural y el mes natural, según el volumen de operaciones de la empresa (art. 71-3 Reglamento del IVA), pues ello no puede equipararse a un genuino período impositivo, ya que ni la base ni la cuota se ven afectados por los hechos acontecidos durante ese lapso, sino que se trata de un simple período fiscal (establecidos por “comodidad administrativa”, según expresión de alguna doctrina), en cuyo ámbito temporal se determina el importe de la

deuda tributaria por la diferencia entre las cuotas devengadas y las soportadas durante ese período.

Lo hasta aquí razonado conduce necesariamente a concluir que únicamente el crédito por IVA devengado con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, con independencia del momento de su liquidación, puede disfrutar del reconocimiento de crédito contra la masa. No puede resultar relevante a esta finalidad el momento en que tenga lugar la liquidación del impuesto pues, toda vez que ello sirve a la mejor gestión del impuesto y su recaudación por la Hacienda Pública, ello supondría en el ámbito concursal que un sistema diseñado por el Reglamento del IVA para la propia comodidad del acreedor operaría al mismo tiempo para transmutar en el concurso la naturaleza del crédito que por Ley naturalmente le correspondería, alterándola en su propio beneficio, lo que no resulta tolerable. A ello cabe añadir que también se contemplan en la regulación del IVA supuestos excepcionales de liquidación e ingreso de la cuota que tienen lugar de forma instantánea operación por operación (como ocurre en las importaciones y ciertos tipos de adquisiciones intracomunitarias, art. 167-2 Ley IVA y art. 71-7 Reglamento IVA), de tal manera que aceptar la tesis defendida por la AEAT conduciría a dispensar injustificadamente un tratamiento concursal distinto a un mismo crédito por IVA, dependiendo del tipo de actividad que viniera ejerciendo el deudor fallido.

Procede, por todo ello, desestimar la impugnación formulada por la AEAT y declarar correcto el prorrateo aplicado al IVA declarado por el concursado correspondiente al segundo trimestre 2005...». D. Javier Anton Guijarro.

3.2. Incidencias sobre devengo de créditos tributarios

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Cádiz, de fecha quince de diciembre de dos mil siete, considera que el nacimiento de la obligación surge con la retención, aunque la obligación de pago sea de fecha posterior y habrá que atender a la fecha del devengo (Doña Nuria Orellana Cano).

La misma interpretación se mantiene en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, de fecha ocho de junio de 2009: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Allanada parcialmente la Administración Concursal al reconocimiento de determinados créditos incluidos en una certificación administrativa de 13 de agosto de 2008, a la que dice no haber tenido acceso con anterioridad a la elaboración de su informe, es objeto de debate en el presente incidente si las sumas de 821,76 € por el concepto de IRPF Retenciones 2º Trimestre 2008 y de 7.231,76 € por

el concepto de IVA 2º Trimestre 2008 deben reputarse créditos contra la masa (tesis de la A.E.A.T.) o, por el contrario, créditos concursales (tesis de la Administración Concursal).

SEGUNDO.- Invoca la A.E.A.T. en apoyo de su demanda el Art. 84-2.10º de la Ley Concursal que conceptúa como créditos contra la masa “Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso ..”.

En relación con la liquidación por retenciones de I.R.P.F., debe distinguirse entre la fecha de devengo del tributo correspondiente y la fecha en la que su abono a la Hacienda Pública resulte exigible. Si tenemos en cuenta la regla de cómputo contenida en el Art. 84-2,5º de la Ley Concursal (“...Tienen la consideración de créditos contra la masa...los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso ..”), no basta con que la exigibilidad de la deuda sea posterior a la fecha de declaración de concurso sino que también es necesario que esa deuda haya sido generada por actos o acontecimientos -hechos imponibles-que, representando la continuidad de la actividad empresarial del deudor, sean también posteriores en el tiempo a aquella declaración judicial. Y, teniendo en cuenta que las deudas tributarias se generan precisamente por virtud de dicha actividad (por más que, en último término, sea una norma con rango de ley la que las imponga), resulta aplicable dicho precepto, por razón de especialidad, con preferencia sobre el mucho más vago y genérico contenido en el Art. 84-2,10º que la demandante invoca, referido, entre otras, a las deudas de origen legal. Téngase en cuenta que el presente concurso se declara el día 27 de junio de 2008 y los conceptos tributarios objeto de debate se devengaron por la actividad mercantil correspondiente al 2º trimestre de ese mismo año. La propia definición legal de la fecha de devengo y de nacimiento de la deuda tributaria que contiene el Art. 21-1 de la Ley General Tributaria (“..el momento en que se entiende realizado el hecho imponible..”) nos conduce a esa misma conclusión. En efecto, en relación con el I.V.A., el “hecho imponible” lo define el Art. 4-1 de la Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido diciendo que “..Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso, si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.. “. Y en relación con el I.R.P.F. , el “hecho imponible” es “la obtención de renta por el contribuyente.” (Art. 6 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Puede decirse, por tanto, que, con independencia de la fecha en la que su ingreso en las arcas públicas llegue a hacerse exigible para el empresario, las referidas deudas nacen, en sus respectivos casos, con las entregas de bienes o prestaciones de servicios (I.V.A.) o con la obtención de una renta por parte del sujeto pasivo (I.R.P.F.).

De ahí que se juzgue más acertado el criterio defendido por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y la demanda deba ser parcialmente estimada». D. Pedro María Gómez Sánchez.

Conviene añadir que no será infrecuente la existencia de IVA devengado o repercutido, a la fecha de presentación del informe *ex art. 75*, al que debe acompañarse la relación de créditos devengados y pendientes de pago, a cuya relación deberá incorporarse el citado saldo acreedor por IVA de la Hacienda Pública, el cual será objeto de liquidación al finalizar el periodo impositivo, previa deducción del IVA soportado, en su caso.

Consecuentemente, procede incluir como crédito contra la masa, entre otros, el IVA devengado o repercutido que figure en el saldo de la cuenta 477 “Hacienda Pública, IVA repercutido”, a la fecha de preparación de la «Relación separada de créditos contra la masa devengados y pendientes de pago».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), de fecha once de septiembre de dos mil ocho, resuelve sobre la indeterminación de créditos concursales o contra la masa por retenciones del IRPF: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO. Se impugna por la AEAT la calificación que de parte de sus créditos realiza la Administración Concursal. Concretamente, considera que las retenciones del IRPF por arrendamiento de locales y por pago de salarios, correspondientes al 1ª trimestre de 2007, han de ser calificados como créditos contra la masa y no como créditos del concurso. En idéntica medida los intereses de demora. La razón de tal impugnación está en el hecho de que el AUTO de declaración del concurso es de fecha 13 de febrero de 2007 y las fechas de autoliquidación en período voluntario de esas retenciones tienen lugar entre los días 1 y 20 de abril de 2007. Por lo tanto, con posterioridad al nacimiento del concurso de acreedores. Y ello -afirma en su recurso de apelación- en base al art. 84-2-10 LC.

A ello se oponen tanto la A.C. como la concursada

SEGUNDO. La sentencia de primera instancia estima parcialmente dicha impugnación de la AEAT, declarando el carácter contingente de las retenciones realizadas hasta la fecha de declaración del concurso y que deberá de ser cuantificada en un nuevo incidente. Asimismo, declara como crédito contra la masa las retenciones realizadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, con los intereses que correspondan, lo que deberá cuantificarse en ejecución de esta sentencia.

Se alza contra esta resolución la AEAT. Fundamentalmente argumenta que ese crédito nace, en todo caso, después de la declaración del concurso, puesto que es la fecha de la exigibilidad del pago la que hace nacer el crédito, pues el art. 84-2-10 LECiv se remite a lo que diga la Ley correspondiente de la que surja el crédito. En este caso la L.G.T. en relación con el art. 108-1 del reglamento del I.R.P.F., que obliga al pago de las retenciones dentro de los 20 primeros días del mes siguiente al trimestre que se auto-liquidada. Añadiendo la imposibilidad de fraccionamiento de la deuda tributaria.

Tampoco está de acuerdo con la calificación de los créditos como “contingentes”. Y considera que se viola el art. 219 de la LECiv, pues no existen criterios bastantes para la distinción que plantea el fallo de la sentencia apelada.

TERCERO. Del planteamiento de la cuestión recogido en los precedentes fundamentos, se deduce que la principal discrepancia está en la calificación de los créditos relativos a las retenciones del IRPF (por salarios y por arrendamientos) del primer trimestre de 2007, bien como créditos contra la masa, bien como concursales. En este sentido, la jurisprudencia es prácticamente mayoritaria en la línea de considerar que el crédito tributario nace con el hecho imponible, que coincide en el tiempo con el “devengo”. Distinguiendo tal situación de la liquidación del impuesto, que no hace referencia al nacimiento del crédito, sino al de su exigibilidad; diferida por la Ley por las razones de practicidad y conveniencia que en cada tributo considere oportunas.

Así, Ss. A. Provincial Córdoba, Sección 3º, 7-6-2007, La Rioja, sec. 1º, de 22 de junio de 2007 y Asturias, Sec. 1ª de 23 de junio y 22 de septiembre de 2006.

CUARTO. Este Tribunal coincide con la tesis mayoritaria. En efecto, conforme señala el art. 20 L.G.T. “el hecho imponible es el presupuesto fijado por la Ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal”. Pero, aún es más claro a los efectos que nos interesan, el “art. 21: “1.- El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal.

La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la Ley de cada tributo disponga otra cosa.

2.- La Ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo”.

Por lo tanto, la propia L.G.T. distingue entre devengo, o nacimiento del derecho de crédito, y exigibilidad. A tal efecto, tanto la propia definición del término “devengo” (adquisición de un derecho), como su configuración contable, conducen a una interpretación del término en el sentido expuesto. Porque así lo enseña la Real Academia de la Lengua y en este caso -sobre todo- porque el “principio del devengo” forma parte ineludible y clásica de los Planes Generales de contabilidad, de tal forma que los ingresos y gastos se asientan en función de la corriente real de bienes y servicios, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos. Y esto es, precisamente, lo que distingue el art. 21 antes citado.

QUINTO. A la misma conclusión se llega concretando más en las obligaciones tributarias de la concursada, en cuanto que “retenedora” del IRPF. El art. 101 del RD leg. 3/04, de 5 de marzo y el vigente art. 99 de la Ley 35/06 de 28 de noviembre, consideran como deuda tributaria a las “Retenciones”. A su vez, el Reglamento para la aplicación del IRPF, hoy derogado por el RD 439/07, de 30 de marzo) recoge en sus disposiciones la concepción de la “retención” como coetánea al nacimiento del crédito tributario. Por ende, anterior al de la exigibilidad o ingreso en las arcas públicas. Así, art. 72, 76 y 77. Dice el art. 76-1: “Con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes”. Y no siendo el “retenedor” propietario de lo “retenido”, sino un mero intermediario entre el perceptor de la renta gravada y la Hacienda Pública, será el momento de la retención y no el de la liquidación cuando nace el crédito impositivo.

También los arts. 101 y 120 L.G.T dan a entender que la liquidación (o autoliquidación) no es el momento en que nace el crédito tributario, sino aquél en que se cuantifica el mismo (art. 120-1: “las autoliquidaciones son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar a ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar”).

SEXTO. En su consecuencia, como dice la sentencia apelada, el auto de declaración del concurso marca la línea de separación entre los créditos contra la masa y los concursales. Y ello por aplicación del art. 84-2-10 L.C.

Ahora bien, este tribunal, al igual que el juzgador de primera instancia, carece de los datos precisos para conocer cuándo surgieron las respectivas y sucesivas obligaciones de retener, tanto en el caso del pago de salarios como de rentas de alquileres, puesto que se desconocen los momentos pactados para la satisfacción o abono de unos y otros (art. 76-1 RD 1775/04, de 30 de julio: “con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes”). Si son diarios, semanales, mensuales, etc.

Por lo tanto, resulta adecuado diferir para un momento posterior la concreción de los momentos del “devengo” de los diversos créditos tributarios. De forma que aquellos que lo sean antes del 13 de febrero de 2007 serán créditos concursales; mientras que los posteriores lo serán contra la masa.

Afectando igualmente a la eficacia de los “intereses” dicha fecha, aplicándose el art. 59 L.C. en atención al principal respecto del cual sean consecuencia.

SÉPTIMO. Sin embargo, la falta de concreción cuantitativa por ausencia de datos concretos en este incidente, no convierte al crédito tributario en “contingente”. No reúne ninguno de los requisitos que para tal calificación exige el art. 87-3 LC., pues ni están sometidos a condición suspensiva ni son litigiosos. Únicamente no se han podido cuantificar en este concreto incidente.

OCTAVO. Por ello, tanto los créditos contra la masa como los concursales para ser diferenciados cuantitativamente precisarán de su individualización en cuanto al momento de su devengo o fecha en que procediere la retención. Y no existiendo especial discusión entre las partes respecto a la cuantía total del crédito tributario, procederá la cuantificación en ejecución de esta sentencia, conforme permite el art. 219-2 LECiv.

Y siendo la A.C. concedora de esas fechas, deberá de presentar la propuesta cuantitativa que discierna entre créditos concursales y contra la masa en atención a la fecha en que procediere efectuar la retención, en relación con la fecha del Auto de declaración del concurso (13-2-2007). Siguiéndose, a continuación, los trámites del art. 719 LECiv.

NOVENO. Tanto por su estimación parcial del recurso, como por la naturaleza de la materia litigiosa, no procederá hacer condena en las costas de esta alzada (art. 398 LECiv)

FALLO: VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de AGENCIA ESTATAL de la ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, debemos revocar parcialmente la sentencia ya reseñada. Dejando sin efecto la declaración de contingencia de los créditos tributarios y ordenando la calificación y cuantificación de los mismos (en créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados del art. 91-2 LC.) en fase de ejecución de esta sentencia con arreglo a lo establecido en el fundamento jurídico octavo de la misma». Ponente D. Antonio Luis Pastor Oliver.

3.3. Sanciones tributarias

El Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Oviedo, en la Sentencia de fecha veintiuno de junio de dos mil seis, califica como crédito concursal y no contra la masa la sanción por infracciones tributarias cometidas antes de la declaración de concurso, aunque la fecha de la resolución administrativa dictada en ejecución de la potestad sancionadora fuese posterior a la declaración de concurso: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. Por la parte demandante de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se presenta demanda incidental en la que se cuestionan varios extremos del informe elaborado por la Administración concursal... CUARTO... Se suscita por la impugnante AEAT la controversia acerca de la naturaleza que merece la sanción tributaria por importe de 3.675.012,44 euros impuesta a, la concursada, crédito concursal o extraconcursal, pues si bien la impugnante reconoce como cierto que la infracción tributaria se cometió con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, la sanción por el contrario fue acordada con posterioridad a tal momento y dado que la obligación nace con dicho acto emanado de una Administración Pública, actos que se presumen válidos y producen sus efectos desde la fecha que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa (art. 57-1 Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común), y que el acto de imposición de la sanción tributaria es el que determina su nacimiento {art. 211-3 L.G.T.), es por lo que reclama su consideración como crédito contra la masa al incardinarse en el ordinal 10º art., 84-2 L.C., que reconoce tal naturaleza a los créditos que resulten de obligaciones nacidas de la ley con posterioridad a la declaración del concurso. Frente a tal pretensión se opone la Administración concursal, negando primeramente que la fuente de la repetida obligación sea la Ley desde el momento en que la sanción tributaria no forma parte de la obligación tributaria principal ni de la accesoria (art. 19 y

25-2 L.G.T.) y, subsidiariamente a lo anterior, por cuanto el criterio determinante para resolver acerca de la naturaleza de la repetida obligación sería el de la fecha en que tuvo lugar el incumplimiento de la obligación tributaria que dio lugar a esa sanción.

Debemos comenzar admitiendo el punto de partida defendido por la demandante AEAT al incardinar la sanción tributaria como una obligación *ex lege*, en cuanto emanada de la potestad sancionadora de la Administración pública, incluida por lo tanto en el apartado 10º art. 84-2 L.C., pues en cualquiera de los casos lo relevante a estos fines es tener presente que la finalidad de esta norma es la de servir con carácter residual para recoger todas aquellas obligaciones cuya fuente, por exclusión, resulte ajena a la autonomía de la voluntad de los implicados. Por otro lado para dirimir la controversia así planteada no podemos desconectar la naturaleza de los créditos contra la masa de los dos componentes que le son propios, ya puestos de relieve por la STCJ 23 marzo 1998 y que perviven en la vigente Ley, el temporal, pues han de nacer tras la declaración de concurso, y el finalista o teleológico, al servir precisamente para posibilitar la misma existencia y tramitación del procedimiento concursal. Esta configuración general encuentra no obstante, numerosas excepciones en la catalogación legal de los distintos créditos contra la masa, siendo una de ellas la que ahora nos ocupa, pues ni muchas de las obligaciones legales ni menos aún las derivadas de la responsabilidad extracontractual del concursado se vinculan necesariamente con el desarrollo o con el buen fin del concurso, en tanto que unas y otras pueden aparecer por actividades ajenas a la actividad profesional o empresarial de aquél. Queda por lo tanto como único elemento que anuda la obligación legal a la categoría de los créditos contra la masa el relativo al momento de su nacimiento, hablando a este propósito el art. 84-2-10º L.C. de obligaciones nacidas de la ley “con posterioridad a la declaración de concurso”. Ocurre, no obstante, que las obligaciones derivadas de las sanciones administrativas reúnen un problema añadido cual es el de la temporal entre la actividad ilícita y la decisión (problema que no está presente en las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual dado que éstas nacen *ex art. 1089 C. Civil* en el instante mismo en que se comete la acción culpable o negligente) y aún cuando la dicción literal de la norma que interpretamos llevaría a tener como referencia cronológica la fecha de la resolución administrativa dictada en ejecución de la potestad sancionadora, debemos atender igualmente al resto de criterios hermenéuticos ofrecidas por el art. 3-1 C. Civil, entre los que también figura la referencia al “contexto” que aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión presuponiendo que entre ellos existe un orden coherente. En este propósito encontramos que el art. 84-2 L.C. recoge expresamente entre los créditos contra la masa un supuesto de naturaleza sancionadora como son los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral contemplados en el ordinal

5º (cuya naturaleza sancionadora frente a la indemnizatoria ha sido reconocida por las SSTs, Sala 4ª, de 31 enero 1994, 7 febrero 1994, 2 octubre 2000), estableciendo la propia Ley un criterio para deslindar su naturaleza concursal o extraconcursal al precisar el art. 91-1º L.C. que tendrán carácter concursal cuando se hayan “devengado con anterioridad a la declaración de concurso”, esto es, cuando la actividad infractora sea previa a la apertura del concurso. Siendo ello así entendemos que *ratione materiae* deberá extrapolarse la anterior solución al resto de créditos contra la masa de naturaleza sancionadora, como es la sanción tributaria aquí litigiosa y consecuente, toda vez que el incumplimiento llevado a cabo por la deudora fue previo a la apertura del concurso, su naturaleza será concursal y su clasificación la de crédito subordinado, como así se clasificó en el informe por la Administración concursal, lo que además se corresponde con la aplicación de la regla elemental por la cual no puede dejarse en manos del propio titular del crédito la facultad de decidir cuál ha de ser la naturaleza de su derecho, como así ocurriría en el caso de atender a la fecha de la resolución administrativa que es dictada precisamente por esa Administración pública». D. Javier Anton Guijarro.

Con el mismo criterio, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y de lo Mercantil de Santander, de fecha veintiocho de febrero de dos mil siete, declara que las sanciones que tienen su origen en la comisión de infracciones tributarias por el incumplimiento de las obligaciones tributarias legalmente establecidas, con carácter previo a la declaración de concurso, aún cuando su reconocimiento o declaración, al precisar la previa tramitación del correspondiente procedimiento, sea posterior a aquella, si bien su origen se encuentra en dicho cumplimiento, esto es, en un acto ilícito anterior a la declaración de concurso, y por él nacen, luego son créditos concursales y no contra la masa (Doña María del Mar Hernández Rodríguez).

La Resolución de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 8ª, de fecha 3 de mayo de 2007, rechaza la calificación como crédito contra la masa, al amparo del art. 84.2.5.º L 22/2003 de 9 Julio (concursal), del ostentado por la TGSS por las sanciones impuestas por la Inspección de Trabajo y S.S. por resolución de fecha posterior a la declaración del concurso respecto de hechos ocurridos con anterioridad (Ponente D. Luis Antonio Soler Pascual).

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y de lo Mercantil de Santander, de fecha 14 de noviembre de 2009, reitera la doctrina expuesta y declara que las sanciones derivadas de los incumplimientos relativos a los impuestos de IVA e Impuesto sobre sociedades de 2005 y 2006, anteriores a la declaración de concurso, no pueden ser considerados como créditos contra la masa sino concursales subordinados del art. 92.4 LC (Doña María del Mar Hernández Rodríguez).

Igualmente, la Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, de fecha 25 de enero de 2010, considera que las sanciones derivadas de infracciones cometidas con anterioridad a la declaración del concurso son créditos concursales y no créditos contra la masa (D. Javier García Marrero).

3.4. Pago

El Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Donosita-San Sebastián, en Sentencia de fecha siete de febrero de dos mil seis, estima la demanda de la TGSS para que ordene a la administración concursal el pago de los créditos contra la masa devengados, pero respecto de todas las cuotas que se devenguen, en tanto no se dé por concluido el concurso, resuelve no hacer el pronunciamiento pedido por la parte actora, referente a las cuotas que se vayan devengando, al ser un mandato legal que no necesita mención judicial para que sea efectivo, sin perjuicio de que, en caso de impago, se solicite de nuevo el auxilio judicial (D. Pedro José Malagon Ruiz).

Sobre la pretensión de las Administraciones públicas relativa a que el impago de los créditos contra la masa genera una deuda añadida consistente en el interés devengado y dejado de percibir, nuestra opinión es contraria, con apoyo en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Málaga, de fecha 12 de noviembre de 2007: «II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO: La propia naturaleza de estas deudas conlleva el hecho de que así deban calificarse dentro del marco general del artículo 154 LC que no distingue clasificación sino orden de pago. Ahora bien, en función de esto hemos de partir de que no es posible concebir determinados instrumentos administrativos en función del pago requerido, cuando en el propio concurso se someten a un orden determinado en función del devengo. Es decir el hecho de que el concursado no pague no es debido, en supuesto de declaración de concurso, a un incumplimiento voluntario sino a un orden legal, *ope legis*, establecido, que nos hace limitar esos pagos en función de la parte disponible que se tenga en la masa activa. Por ello procede distinguir: a) En relación a los recargos el Tribunal Constitucional, en su sentencia de Pleno 164/1995, de 13 Nov., ratificada en las sentencias, también de Pleno, 198/1995, de 21 Dic., y 44/1996, de 14 Mar y la posterior del Pleno del Tribunal Constitucional, 216/2000 de 16 Nov., consideran que el recargo tiene una función coercitiva, disuasoria o de estímulo al pago. Esta función de estímulo es contraria y contradictoria al orden legal de pago del artículo 154 de la LC por lo que no es posible concebir recargos en el marco de las deudas posteriores a la declaración del concurso, calificadas como créditos contra la masa, cuando no se pruebe que efectivamente no se ha querido pagar, partiendo de la existencia de tesorería suficiente para ello. Pero incluso en este particular supuesto podemos contemplar, también, el hecho de error en la administra-

ción, que pretende la inclusión de recargos con posterioridad a la fecha en que debió hacerlo y corrigiendo una certificación anterior ya emitida. En este caso estaríamos también en el supuesto del artículo 10.4 del Reglamento General de Recaudación que señala: Cuando el ingreso fuera del plazo reglamentario sea imputable a error de la Administración, sin que ésta actúe en calidad de empresario, no se aplicará recargo. Es evidente que reclamar ahora en el concurso dichos recargos cuando el retraso es debido a dicha administración resulta extemporáneo e injustificado. No se justifica, por tanto, la conjugación de los principios de estimulación al pago y sistema de pago previstos legalmente en las normativas tributaria y concursal, respectivamente, si no lo es atendiendo al criterio que son, ambas, disposiciones legales, y que por ello la situación de concurso debe asumir el criterio que debamos adoptar. El artículo 154 LC establece un sistema de pago por devengo en función del líquido disponible; ello supone que el pago deberá realizarse tras la constatación en el concurso del mismo, suponiendo una necesaria y legal demora en el pago tanto lo sea por la espera a que queda sometido para su reconocimiento como por la espera que deviene del orden en que deba ser pagado en función de la liquidez del concursado. La demora en el pago se convierte, por tanto, en requisito legal». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

Aún cuando la anterior Sentencia resuelve magistralmente el caso planteado, en mi modesta opinión, la verdad es que puede apreciarse una conducta omisiva por parte de la administración concursal, debido a que en cuanto conozca que no es posible satisfacer un crédito contra la masa debe comunicárselo al acreedor y, si de crédito público se tratara, debe hacerlo contar en la “casilla” correspondiente de IMPOSIBILIDAD DE PAGO (art. 154.2 de la Ley concursal) y no solicitar el correspondiente aplazamiento de pago, al amparo de la LGT¹² o del TRLGSS¹³, cauce extraño en sede concursal, sin que sea exigible la aportación de garantía, en su caso, con causa en el impedimento legal al pago de los créditos contra la masa, conjurando así el devengo de intereses y recargos, pese a las disposiciones de los arts. 65.5 y 20.5, respectivamente, de las mentadas Leyes.

12 Artículo 65. Aplazamiento y fraccionamiento del pago. 1. Las deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos... y Artículo 44 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio: Aplazamiento y fraccionamiento del pago. 1. La Administración podrá a solicitud del obligado aplazar o fraccionar el pago de las deudas en los términos previstos en los artículos 65 y 82 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria...

13 Artículo 20. Aplazamiento de pago (Artículo modificado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre). 1. La Tesorería General de la Seguridad Social, a solicitud del deudor y en los términos y con las condiciones que reglamentariamente se establezcan, podrá conceder aplazamiento del pago de las deudas con la Seguridad Social, que suspenderá el procedimiento recaudatorio que se establece en esta Ley...

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 6 con competencia Mercantil de Badajoz, de fecha 9 de enero de 2008, considera que procede el reconocimiento de crédito contra la masa solicitado por la TGSS, por el importe del principal y también sobre la cantidad correspondiente por recargos: «FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- Se ceñirá la controversia en la calificación y cuantía de créditos que hace valer la TGSS y que resultan de la certificación administrativa que aporta con su escrito inicial, que serian créditos contra la masa.

La AC se aviene a considerar crédito contra la masa únicamente el importe correspondiente a las cotizaciones devengadas y no pagadas puntualmente, no así los recargos, que entiende serian créditos subordinados. Además de entender que parte de lo reclamado ya se hizo valer también en anterior incidente, según una certificación aportada por la TGSS que también comprendía el mismo periodo, en concreto el mes de abril de 2006.

Se dice por la Letrada de la TGSS, que una vez declarado el concurso, por auto de 27 de abril de 2006, la entidad ha continuado su actividad y ha estado inscrita en la Seguridad Social hasta el 1 de febrero de 2007, con dos códigos de cuenta de cotización correspondientes y un total de 21 trabajadores en alta. Que ha existido por tanto obligación de cotizar durante dicho periodo y al no haberse atendido puntualmente se han generado asimismo unos recargos. Que tanto el crédito por cotizaciones como los recargos generados desde la declaración del concurso son créditos contra la masa, por ser posteriores a la declaración del concurso. No siendo aplicable la categoría de créditos subordinados que se refiere a los anteriores a dicha declaración, esto es a los concursales. Y que no hay en realidad doble reclamación parcial de lo mismo, que refiere la AC, pues en anterior incidente, aunque reseñe la cuantía correspondiente a abril del 2006, lo es porque se emiten certificaciones de “arrastré” o actualizadas, que van incorporando nuevos periodos. Que a este respecto habría de tenerse en cuenta que siendo la declaración del concurso de fecha 27 de abril de 2006, en las cotizaciones del mes de abril, hay que distinguir hasta el 27 de abril, son crédito concursal y desde el 27 de abril hasta el 30, crédito contra la masa. En definitiva que en aquel incidente anterior que menciona la AC, solo se reclamaban créditos concursales, comprendiendo lo correspondiente hasta el 27 de abril, y en el presente incidente lo que se reclaman es los restantes días del mes de abril.

SEGUNDO.- Se aceptan las aclaraciones de la TGSS en cuanto a la discriminación de cantidades objeto de reclamación en el presente incidente en relación con otro

anterior y diferenciación de dos periodos que destaca respecto a los días del mes de abril de 2006, antes y después de la declaración del concurso. Aclaración que no es ociosa pues, a juicio de este Juzgador, tampoco resultaba a simple vista de su escrito inicial, advirtiéndose prudencial y necesaria.

Se reduce así la controversia real a una única cuestión referente a la calificación del crédito por recargos de cotizaciones de trabajadores impagadas durante el concurso. Se aprecia sin mayor abundamiento, impecable el razonamiento de la Letrado de la TGSS, debiendo prosperar su pedimento frente a la oposición de la AC.

Ciertamente es consolidado el criterio en los Juzgados de lo Mercantil y jurisprudencia menor de Audiencias, que empieza a proliferar, sobre la calificación de subordinado, por su propia naturaleza, de los créditos concursales por sanciones, demoras o recargos administrativos, pero tal criterio no parece extensible sin más, a aquellos conceptos que sobrevienen abierto y en trámite el concurso, que ponen en evidencia una actuación irregular e incumplidora en el curso del mismo, bien por la propia concursada o por los administradores concursales, según el régimen de su actuación (de intervención o suspensión art. 40 LC), que no cabe privilegiar de ningún modo, sin perjuicio de que, desde la órbita interna del concurso y propia situación de crisis e iliquidez de la entidad, tal incumplimiento fuere, resultare o pudiere razonarse de modo inevitable o inexorable.

Se trata en cualquier caso no de créditos concursales, únicos a los que afectan las reglas de clasificación legales, sino de acreedores o créditos que van naciendo o se van generando durante el concurso y por y para el mismo, esto es de créditos contra la masa, pues estos han de ir pagándose a su vencimiento y con preferencia a los concursales (Art. 154 LC).

En definitiva, procede sancionar el reconocimiento de crédito contra la masa solicitado por la TGSS, tanto por el importe del principal, ya aquietado desde un principio por la conformidad de la AC (y sobre el global pretendido, a la vista de la aclaraciones de la TGSS en el acto de la vista), pero también sobre la cantidad correspondiente por recargos, única cuantía sobre cuya calificación se ha mantenido y versado, en resumen, la controversia en la vista». D. Miguel Ángel Navarro Robles.

Igualmente, la Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 1 de Sevilla, de fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho, reconoce que los recargos por deudas de la Seguridad Social devengados con posterioridad a la declaración del concurso, deben ser calificados como créditos contra la masa: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Por la Tesorería General de la Seguridad Social se pretende que se le reconozca y pague el crédito contra la masa reflejado en la certificación administrativa de 20 de noviembre de 2007 del Director Provincial de la TGSS de Sevilla, y que refleja las deudas generadas desde la declaración de concurso hasta el mes de julio de 2007.

La reclamación se efectúa en base a lo dispuesto en el artículo 154.2 de la Ley Concursal que establece que los créditos contra la masa deberán satisfacerse a sus respectivos vencimiento cualquiera que sea el estado del concurso, y que las acciones relativas a la calificación y pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal. Permite por tanto dicho precepto que la reclamación del crédito contra la masa, si no es reconocido como tal por la administración concursal, se efectúe a través del correspondiente incidente concursal en el que se determinará el carácter del crédito reclamado, estando en consecuencia debidamente planteada la cuestión litigiosa.

SEGUNDO.- En la certificación que sirve de fundamento a la demanda, se recoge una cantidad principal por valor de 17.964,41 euros y una cantidad en concepto de recargos por valor de 3.577,54 euros. La administración concursal se allana parcialmente a la demanda, reconociendo el carácter de crédito contra la masa del principal reflejado en la certificación, por ser deuda generada con posterioridad a la declaración del concurso, pero se opone a la pretensión ejercitada en relación con los recargos devengados en el mismo periodo.

TERCERO.- Constituye por tanto el objeto de este incidente determinar si los recargos por deudas de la seguridad social devengados con posterioridad a la declaración del concurso, deben ser calificados como créditos contra la masa o no.

Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 84.2.5 de la Ley Concursal: serán créditos contra la masa “los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio, o, en otro caso, declare la conclusión del concurso”.

En el caso de autos, el crédito reclamado por la TGSS se ha generado por la continuidad de la actividad de la empresa concursada, y así se reconoce por la ad-

ministración concursal, y los recargos se han impuesto por el incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de Seguridad Social. La ley expresamente confiere el carácter de créditos contra la masa a ambos créditos y el tenor literal del artículo 84.2.5 LC no deja lugar a duda alguna sobre el carácter de estos recargos, cuya calificación no admite la administración concursal. Así, no puede mantenerse la postura de la administración concursal que sostiene que, declarado el concurso no puede imponerse recargo alguno pues resulta justificado el incumplimiento, ya que la propia ley ordena cómo deben realizarse los pagos de los créditos contra la masa atendiendo a la disponibilidad de fondos en el concurso, por lo que en ningún caso existe un incumplimiento voluntario de la obligación. Atendiendo a la letra de la ley, que es clara, no cabe plantearse distinción alguna en orden a la naturaleza y finalidad de los recargos, ni puede cuestionarse la justificación o no de su calificación como créditos contra la masa y su coherencia con lo dispuesto en el artículo 154 LC. En consecuencia, procede estimar la demanda». Doña María Teresa Vázquez Pizarra.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Bilbao, de fecha 14 de julio de 2008, reconoce el devengo de los recargos por créditos contra la masa de la TGSS: «FUNDAMENTOS DE DERECHO: SEGUNDO.- La TGSS pretende que, a medio de este incidente concursal, previsto en art. 154 LECO, se pronuncie el Juzgado sobre la existencia y cuantía de sus créditos contra la masa insatisfechos respecto de dos de las sociedades en concurso, cabalmente las que mantuvieron asalariados durante el procedimiento, Otsaila, XXI S.L. y Fundifes, S.A.

Como se sabe, LECO ha propiciado una “concuralización” de los créditos contra la masa, y la competencia para calificar un crédito contra la masa y ordenar el pago coactivo es del Juez del concurso, y el procedimiento este del incidente concursal. A la postre, en el nuevo régimen legal, lo único que distingue el régimen de los créditos contra la masa de un pago graduado según fecha de vencimiento, como un bloque primero y previo a las clases de los beneficiados con privilegio general, es la deducción voluntaria anticipada de bienes de la masa activa no afectos a privilegio especial.

Ahora bien, los créditos que se clasifican y gradúan en el concurso -y “a efectos del concurso”, como especifica la norma de art. 89.1 LECO- son los concursales, únicos que deben constar en la relación propia de la lista de acreedores, puesto que tales son los conformadores de la masa pasiva (art. 84.1 LECO), y que se definen legalmente por exclusión de los créditos contra la masa, los cuales se hacen constar en una relación separada de la lista de acreedores, si devengados y pendientes de pago (art. 94.4 LECO), siguiéndose luego devengando y eventualmente pagando.

Los créditos contra la masa son “prius” lógico de la prelación, habida cuenta que se caracterizan por hacer posible que el procedimiento concursal llegue a buen fin. Si los créditos concursales están en la causa de la insolvencia, es ésta la que está en la causa de los créditos contra la masa. Ya se trate que el procedimiento tenga solución en la liquidación que “entierre” un cadáver empresarial, como es el caso, ya se trate de continuar la empresa viable a fin de conservarla, con transmisión o sin ella, hay un coste del procedimiento en el primer caso, y una adquisición de obligaciones sucesivas, además, en el segundo caso más abundante.

Y aunque no se definen, conforme a su descripción de los listados en art. 84.2 LECO -que no incluye todos, puesto que falta la remuneración de los administradores concursales-, y expreso el parámetro temporal que se fija en la declaración del concurso, los créditos contra la masa -los no sintéticos-, han de conformarse por un requisito esencial, de carácter teleológico o funcional, que es el interés del concurso, como síntesis de los de los acreedores de la masa pasiva, el deudor, los trabajadores como tales, etcétera, integrado por el desenvolvimiento eficaz de las soluciones del procedimiento, de conservación o liquidación, y que se subordina aquel requisito temporal. Que lo anterior a la declaración del concurso no sea del interés colectivo y por lo tanto, deuda del concursado, y lo posterior siempre lo sea, y por lo tanto, deuda de la masa del concurso, resulta una suposición con importantes excepciones, puesto que no todo crédito que aparece después de declarado el concurso tiene su causa en la necesidad de que el procedimiento concursal pueda desarrollarse y en la continuidad de la actividad del concursado o en la económica protección de su patrimonio liquidable, y por otro lado, hay gastos inexcusables que genera la apertura del concurso pero que nacen antes de la declaración formal, e incluso de la solicitud inicial.

En la enumeración en art. 84.2 LECO los créditos contra la masa no se sujetan en exclusiva a elementos constitutivos mero-temporales, y además, siguiendo la estela de algún otro modelo comparado, se designan créditos contra la masa algunos a los que se quiere por la Ley adosar su régimen, fuera de su concepto, es decir, por pura voluntad del legislador.

Por ello, debe admitirse una triple catalogación de créditos contra la masa, y una imprescindible línea de conexión funcional con el procedimiento, al margen de lo temporal: los créditos contra la masa sintéticos, que no reúnen los presupuestos ideológicos del concepto (a); los gastos del procedimiento, que existirán siempre, entre los que se encuentran las costas y gastos de asistencia jurídica, y la remuneración de los administradores concursales -y en los concursos de personas físicas, alimentos- (b); y los créditos por la continuidad, que pueden ser muy escasos cuando

el cese de la actividad es anterior a la apertura y todo sea preservar un patrimonio para monetizarlo, o muy amplios, cuando no se interrumpe la actividad empresarial o profesional (c); Y salvo el primer grupo, en todos los demás supuestos tiene que entenderse que el crédito contra la masa está conectado al interés del concurso y normalmente ha de surgir cuando tal concurso ya está en marcha. Ocurre que en muchos casos la propia norma establece tal interés, y se podrá descartar la realidad del crédito o su cuantía, pero no su naturaleza. En cambio, sintomáticamente son los gastos judiciales los que pueden ofrecer mayor flanco a la falta de conexión funcional. Por lo tanto, no hay crédito contra la masa por el mero dato de que históricamente haya nacido después de la declaración del concurso, sino cuando además secunde el interés del concurso, y este interés se fija en línea de principios desde el criterio de la administración concursal, de modo que ésta tiene que autorizar el gasto, o bien ha de incurrirse en el mismo desde una oposición razonable a dicho criterio. Una contemplación legal de créditos existentes, pero objetivamente innecesarios, contraproducente o puramente irrelevante para el procedimiento, está recogida en art. 54.3 LECO para la defensa separada del concursado en los juicios promovidos por la administración concursal.

TERCERO.- El crédito contra la masa puede “agraviarse” por la administración concursal de diferente manera: negando su existencia, discutiendo su cuantía, o rechazando que su condición sea extraconcursal, y nada impide que se acumulen los tipos de agravio. Negar el carácter de crédito contra la masa, o negarlo en cierta cuantía, no significa siempre negar su existencia, sino repeler que vaya a cargo del patrimonio colectivizado del concursado, pero el caso presente se mantiene que respecto del principal de la deuda de Seguridad Social no pueden haberse devengado recargos.

Puesto que ninguno de los créditos de que alardea la TGSS podría ser concursal, dado cuando surgen, el asunto no es de cuantía o de concursalidad, sino de existencia, por lo que debe repasar la conexión funcional, arriba expresada.

Respecto de los recargos e intereses derivados de deudas posteriores al concurso que sean contra la masa, la SJMER Málaga de 12 de noviembre de 2007 sostuvo que no es posible concebir determinados instrumentos administrativos en función del pago requerido, cuando en el propio concurso se someten a un orden determinado en función del devengo, de modo que el hecho de que una empresa no pague a la Seguridad Social no procede, desde la declaración del concurso, a un incumplimiento voluntario sino a un orden legal establecido que hace limitar esos pagos en función de la parte disponible que se tenga en la masa activa.

Sabido es que los recargos por ingreso extemporáneo son reputados como créditos concursales subordinados por los Juzgados de lo Mercantil y la jurisprudencia menor, dada su naturaleza de acicate o estímulo a las empresas, al margen de los intereses de demora, para que sean puntuales en el pago de las cuotas correspondientes, pero con marcado aspecto represivo y efecto disuasorio, los cuales equiparan su noción a las sanciones civiles en sentido amplio. Se aplica al sujeto responsable de haber realizado una conducta en principio tipificada como ilícito social en arts. 22 y 23 LISOS, al que remite el art. 96 LGSS (“no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social”), en relación con art. 27 LGSS, que considera como causa de devengo del recargo que haya “transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas” (1); impone una afección, esto es, el pago de una cantidad inflige una lesión al patrimonio del obligado (2); se atempera o gradúa en su cuantía con arreglo a la entidad del comportamiento ilícito (pago o falta de presentación de los documentos de cotización, cantidad dejada de ingresar en plazo y del tiempo de morosidad)(3); y reviste una función suasoria, mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable (4).

Ahora bien, la subordinación o el antiprivilegio carecen de sentido con los recargos que son créditos contra la masa puesto que se hallan al margen de la graduación, y aquélla en absoluto es inexistencia, sino demérito de derechos para votar convenio o cobrar como resultado del mismo o de la liquidación. El asunto no puede consistir, pues, en ningún criterio de posposición de pago, sino exclusivamente en el reconocimiento de un crédito devengado por la continuidad de la actividad empresarial con una plantilla de trabajadores de una empresa inscrita (art. 84.2.5º LECO), siendo la única otra alternativa razonar el argumento jurídico por el que no se devengó.

Y discrepa el Juzgador en que no puedan concebirse funcionalmente los recargos en el marco de los débitos posteriores a la declaración del concurso:

1º) De ningún lugar de LECO se deduce que los créditos por cotizaciones contra la masa deban comunicarse para su reconocimiento al concurso, por demás que consten certificaciones. El principio destilado de art. 154 LECO es que los créditos contra la masa prescinden del procedimiento, y en principio, debe operarse por el deudor con relación a tales como si el concurso no estuviera declarado. Ninguna especial insinuación es exigible a la administración concursal, y en absoluto debe esperarse para el pago del crédito vencido, si hay fondos para pagar, con lo que la demora no es nada exigido por la Ley.

2º) La función de los recargos no es contradictoria con el orden legal de pago del art. 154 LECO, puesto que dicho orden es sencillamente por vencimiento. Una cosa es que no haya tesorería o bienes en la masa libres de gravámenes atendidos a privilegio especial, por lo que no puedan pagarse los recargos, y otra diferente que no se devenguen. Lo mismo puede faltar la tesorería o bienes realizables durante unos meses a una empresa, sin recaer en insolvencia -acaso no más de tres consecutivos-, y por ello no dejan de devengarse los recargos, prescindiendo de la existencia de liquidez.

3º) Efectivamente, pretendiendo el recargo estimular el cumplimiento para el obligado que incumple, le depara un perjuicio, en cuanto agrava el importe de su deuda, por lo que nace de una infracción culpable del tenor del deber legal. La norma considera que es una parafiscalidad por razón de las relaciones laborales más digna de ser exigida regular y puntualmente que otras obligaciones particulares, puesto que se destina al servicio público. Y la culpabilidad igualmente existe aun cuando no haya liquidez, puesto que el empresario, y en su caso, la administración concursal, optan por mantener el encuadramiento de los trabajadores, pudiendo extinguir las relaciones de trabajo, con lo que evalúan, a su prudencia, la viabilidad patrimonial para conservarlas.

4º) Tanto recargos como intereses conforman la deuda de la Seguridad Social, y mientras que los intereses de demora figuran claramente con la clasificación de créditos subordinados en art. 92.3 LECO, a los recargos no se les menciona. En cambio, si los intereses pretenden compensar la demora en la percepción de la cuota correspondiente, indemnizando por la depreciación del signo monetario, y así indemnizan al acreedor contra la masa, no pareciendo razonable privarle a éste de reparación por el incumplimiento, según el tipo aplicable también llevan un valor punitivo o disuasorio. La propia contestación a la demanda asume tales como crédito contra la masa. Y si no hay liquidez para pagar los principales, tampoco estaría justificado considerar contra la masa los intereses de mora, empleando la tesis que se emplea con los recargos, siendo incoherente que en este punto no polemice la administración concursal. Si la mora no devengara intereses contra la masa, el tratamiento de los créditos de financiadores del convenio sería muy peyorativo.

5º) La naturaleza jurídica más próxima a las obligaciones civiles de los recargos es la cláusula penal de arts. 1.152 a 1.155 CCiv, aunque es de origen legal y no contractual, obligación accesoria que asocia una prestación concreta al incumplimiento total o parcial, dentro del que se encuentra la mora de la obligación, en particular, una deuda de suma. La finalidad de la institución, que es garantizar el cumplimiento puntual de la obligación, no contradice su naturaleza sancionadora, y por ello, como

crédito concursal es subordinado, pero como garantía del cumplimiento, cumple el requisito funcional de crédito contra la masa, que debe asociarse al mero-temporal. Puede discutirse que el origen del recargo en norma positiva de Derecho público no permita la moderación judicial, o sencillamente censurarse como tal el recargo o su régimen, pero lo mismo que ello no puede conducir a afirmar su inexistencia fuera del concurso, tampoco como crédito generado por el concurso hasta el cese de la actividad.

Cuestión perfectamente ajena a este incidente es que la masa activa no permita pagar todos los créditos, y que haya estado justificado no aplicar de manera absoluta un orden mero-temporal para pagar los créditos contra la masa, y se haya tenido en consideración la distinta índole de tales, como arriba se ha explicado, la coyuntura del procedimiento y el “interés del concurso”. La generación y la cuantía de los créditos contra la masa pertenecen al criterio de oportunidad en la línea de continuar la actividad empresarial, porque se puede llegar a convenio, o porque se conserva el patrimonio para una liquidación traslativa en globo de la empresa, o de venta de lotes, aunque sea actualmente un fracaso. Su devengo no puede negarse por cuanto no alcance para pagarlos». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Bilbao, de fecha tres de octubre de dos mil ocho, en el FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO, declara: «“Ex abundantia”: 1) En cuanto a los intereses contra la masa, no parece discutible, que si se devengan por ley o contrato, no se ven afectados por art. 59 LECO; 2) Por lo que hace a los recargos, asumiendo la técnica de la TGSS en este proceso, pero con más justificación, baste remitirnos a la sentencia de este Juzgado de 14 de julio de 2008 (A154 n° 214/07)». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

De igual modo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Bilbao, de fecha veintiocho de octubre de dos mil ocho, reconoce el devengo de recargos e intereses por créditos contra la masa de la TGGS: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Fundamento de los hechos probados. A la conclusión de hechos probados se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada, teniendo en cuenta también, en cuanto a los no probados, lo dispuesto en el art. 217 de la misma norma.

El importe de la deuda postconcurzal que se mantiene con la Tesorería General de la Seguridad Social, se acredita con la certificación aportada como doc. n° 1 de cada una de las demandas, que gozan de presunción de autenticidad, que se proclama

en art. 7 del RD 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, y por la propia Ley Concursal en su art. 86.2.

No hay prueba de que se adeude alguna cantidad a GRUPO CARNEUS S.L., pues las certificaciones aportadas por la TGSS en los incidentes 242 y 244/08 se refieren a otra empresa, GRUPO CAMPONOBLE S.L., que no consta declarada en concurso.

Lo demás se deduce del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

SEGUNDO.- Calificación y cuantía de los créditos. Refiere la administración concursal que cesa tras aprobarse la sentencia de 23 de octubre de 2006 y es respuesta mediante auto de 26 de septiembre de 2007. Para esta última fecha ya no había trabajadores en las cuatro empresas concursadas, por lo que no podía generarse deuda contra la masa de la que fuera acreedor la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se dice entonces que en lo que concierne a la administración concursal demandada, se hicieron los pagos correspondientes contratando a una persona que elaboró los impresos correspondientes. Se han aportado dichos documentos que no desvirtúan, sin embargo, la presunción de autenticidad de las certificaciones aportadas, que se proclama en art. 7 del RD 1.415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, y por la propia Ley Concursal en su art. 86.2. Dichos documentos reflejan, en efecto, pagos por “cuota obrera” y “cuota empresarial” a la Seguridad Social, pero no todos los que se certifican.

Quedaron sin pagar esas cantidades reclamadas en la demanda por las sociedades declaradas en concurso, que no las satisfacen ni durante la fase de tramitación del procedimiento ni cuando se alza el mismo por aprobarse el convenio luego declarado incumplido. En consecuencia ha de reconocerse el crédito contra la masa en las cuantías señaladas.

Respecto a su calificación, dice la administración concursal que hay que excluir los recargos e intereses. No puede compartirse tal criterio porque los créditos devengados después de la declaración de concurso no siguen el régimen de calificación de los créditos concursales. Su abono está previsto en la norma de modo diferente, es decir, no se califican ni privilegian, sino que se abonan a su respectivo vencimiento. Por ello es irrelevante cuanto se opone sobre recargos, intereses, etc... No se califica

un crédito concursal, sino contra la masa, que en su totalidad ha de abonarse a su devengo.

TERCERO.- Sobre las razones de la falta de pago. Se aduce por la administración concursal que no ha podido realizarse el abono por falta de activos. La falta de masa no justifica la desestimación del incidente. Sin duda tal ausencia tiene relevancia en la Ley Concursal, pues se contempla en el art. 176.1.4º como causa de conclusión. Pero no ha habido solicitud en tal sentido y tampoco corresponde resolver sobre esa circunstancia en este incidente.

Lo que se discute es si existen créditos contra la masa y si han de atenderse, para lo que la falta de masa activa es irrelevante, como en cualquier procedimiento judicial lo sería las alegaciones del demandado alegando su insolvencia. El demandante reclama que el importe de su crédito se reconozca como contra la masa y la condena a abonarlo, que tiene que ser acogida con independencia de si existe o no activo para verificarlo, porque han transcurrido sobradamente los plazos que lo impedirían conforme al art. 154.2 LC.

Que luego pueda hacerse o no efectiva la condena es cuestión distinta, pues puede suceder que se incorporen bienes a la masa, o cualquiera de las demás circunstancias que legalmente suponen la aparición de otras personas responsables del crédito. En todo caso lo que parece acreditado es que no ha habido abono previo de cantidad a la administración concursal como se aducía en las distintas demandas acumuladas.

Sobre su exigibilidad no es admisible el argumento de que el recargo del crédito contra la masa no es procedente porque existe un régimen específico de pago en la Ley Concursal que lo hace inexigible, al supeditarse al régimen legal. La TGSS no reclama el recargo sin más, sino que lo hace porque devengado el crédito contra la masa no se satisfizo. Si se hubiera abonado a su respectivo vencimiento no se habría producido el recargo, y por lo tanto, no sería exigible. Pero no se atendió, generando con ello el recargo que se devenga como cualquier crédito y se somete, atendiendo a la fecha de aquel, a las previsiones generales del art. 154 LC. Si el crédito hubiera sido concursal, se habría calificado como subordinado. Pero es un crédito posterior a la declaración de concurso, por lo que al no haberse abonado en plazo, genera un recargo legalmente previsto, que la Ley Concursal no deroga, y que podría haberse evitado con el pago puntual.

Finalmente respecto al argumento de que el régimen del art. 154 se sobrepone al general de pagos de la Seguridad Social, se basa en una mezcla indebida de regímenes. El art. 154 LC lo que dispone es el orden en que hay que abonar los créditos con-

tra la masa. Es obvio que si no la hay no se podrán abonar, y que si luego se logra un ingreso, habrán de atenderse por su orden de devengo. Pero eso no significa que no se adeuden, porque se han de satisfacer, como indica la norma, a la fecha de su devengo. No se pospone al momento en que logran recursos para pagarlos. Si hay activos para satisfacerlos, se abonarán por el orden será el que dice el art. 154 LC. Si no los hay, el crédito existe, es exigible desde la fecha de su devengo y se abonará cuando se logre efectivo, caso de que logre. En definitiva, que pese a lo indicado por la administración concursal, el art. 154 LC no impide la estimación de una demanda como la presente, pues el crédito se devengó y se adeuda, sin perjuicio de que si no existen bienes, difícilmente podrá hacerse efectivo el crédito». D. Edmundo Rodríguez Achutegui.

En la misma dirección, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 10 y de lo Mercantil de Santander, de fecha veintiocho de octubre de 2008: «FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- La cuestión que nos ocupa es de naturaleza estrictamente jurídica y versa sobre el reconocimiento obligatorio o no de los créditos contenidos en una certificación administrativa, así como la posibilidad de devengar o no recargos e intereses derivados del impago de créditos contra la masa una vez declarado el concurso y el carácter de estos últimos como créditos contra la masa.

Para su resolución ha de partirse, en primer término, del artículo 86 LC que prevé el reconocimiento necesario de los créditos reconocidos por certificación administrativa, previniendo que la administración concursal podrá impugnar dichos actos administrativos por los causes admitidos al efecto por su legislación específica. Aún cuando dicho precepto se está refiriendo específicamente a los créditos concursales, la misma regla ha de entenderse aplicable a los créditos contra la masa por razones de coherencia del sistema, entendiéndose que la falta de mención expresa obedece a un mero olvido del legislador, esto es, que los recogidos en certificación administrativa han de ser reconocidos, sin perjuicio de que la administración concursal pueda efectuar la impugnación correspondiente y tras su resolución introducir las modificaciones oportunas en el concurso. No contradice esto lo dispuesto en el artículo 154 LC puesto que el reconocimiento obligatorio no excluye la disputa sobre el carácter del crédito y su consideración como crédito contra la masa o crédito concursal.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 84.2.10° tienen la consideración de créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley con posterioridad a la declaración de concurso.

El tercer precepto a tomar en consideración es el artículo 154 LC, según el cual los créditos contra la masa habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos cual-

quiera que sea el estado del concurso, si bien no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

SEGUNDO.- Los créditos a que se refiere la TGSS se encuentran recogidos en certificación administrativa que no ha sido impugnada por la administración concursal por los cauces establecidos en su legislación específica. Discutía la administración concursal en la contestación a la demanda que no había podido impugnar los mismos por las variaciones contenidas en las distintas certificaciones presentadas. En cualquier modo y a pesar de lo anterior, resulta hecho indiscutido que la administración concursal ni impugnó antes del inicio del presente incidente ni con posterioridad las distintas certificaciones administrativas, tanto en lo relativo a los recargos como a los intereses, por lo que su reconocimiento resulta obligatorio.

Tratándose de créditos posteriores a la declaración de concurso, de conformidad con el artículo 84.2.10º LC han de ser reconocidos como créditos contra la masa, no resultando aplicable respecto a ellos el criterio sostenido en cuanto a la subordinación de los recargos que constituyen créditos concursales, puesto que tal clasificación resulta únicamente admisible respecto a los créditos concursales.

A mayor abundamiento, en cuanto a los argumentos de la administración concursal sobre la imposibilidad de imponer recargos, no cabe duda que la obligación principal ante cuyo incumplimiento fueron impuestos era de posible y obligado cumplimiento en virtud del artículo 154 LC, lo que hace decaer el argumento esgrimido por la administración concursal.

Igualmente, no se aprecian otras consideraciones que puedan justificar la no aplicación del régimen legal anterior y cualquier otra cuestión de las planteadas por la administración concursal conlleva discusión sobre el crédito certificado por la administración que resulta inoportuna al no haberse impugnado por los cauces legalmente establecidos al efecto.

Por todo ello, y sin necesidad de entrar en el resto de los argumentos esgrimidos que en nada contrarrestan ni desvirtúan los anteriores, procede estimar la demanda, en el sentido de reconocer como créditos contra la masa las cantidades recogidas en las certificaciones administrativas a que se refiere la demanda de impugnación, no en el de incluirlo en la lista de acreedores puesto que no nos encontramos ante una impugnación de ésta sino ante una cuestión relativa a créditos contra la masa.

CUARTO.- Con relación a la autorización que se interesa se otorga a la administración concursal para que proceda al abono y consignación en el otrosí, no ha lugar a pronunciamiento alguno puesto que siendo función de la administración concursal el abono de los créditos contra la masa, ninguna autorización judicial precisa, sin perjuicio de las controversias que puedan surgir de condena al efecto, que nunca autorización.

QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 394 LC, a pesar de la estimación de la demanda no se realiza condena a su pago dado el carácter estrictamente jurídico de la cuestión.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO: Que ESTIMANDO la demanda incidental interpuesta por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, nombre y representación de la TGSS contra la Administración Concursal, se acuerda calificar como créditos contra la masa los recogidos en las certificaciones administrativas presentadas junto a la demanda de impugnación. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales». Doña María del Mar Hernández Rodríguez.

La doctrina de los Juzgados de lo Mercantil favorable a la admisión de los recargos sobre los créditos públicos contra la masa puede tener como antecedente la Sentencia de la sección Nº 3 de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA, de fecha veintisiete de octubre de dos mil seis: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Se aceptan parcialmente los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Los dos primeros motivos del recurso de apelación, nulidad de la sentencia de instancia por incongruencia omisiva y carácter meramente declarativo de sus pronunciamientos, tienen un mismo fundamento. Respecto de la primera cuestión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2003, de 27 de octubre, con cita de otras muchas del propio Tribunal, señala que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener elementos y razones de juicio que permitan conocer cuales son los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho. Doctrina jurisprudencial que ha sido recogida por numerosas sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, como las de 26 de enero de 1999 ó 29 de abril de 2005, que afirman que „los fallos han

de ir precedidos de fundamentos -motivación- para que formando una unidad lógica con los antecedentes, se produzca una respuesta judicial ajustada y proporcionada -congruente-, es decir, relacionada con las peticiones de las partes -“causa petendi“-, y resolviendo todos los puntos sometidos a la decisión judicial“. Ahora bien, como matiza la propia jurisprudencia, el razonamiento jurídico adecuado queda confiado al órgano jurisdiccional competente, sin que sea preciso, en este sentido, una concreta respuesta a todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes puedan efectuar, pues como recuerda la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 25 de junio de 1992, tiene establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que tal respuesta se anude con los extremos sometidos por las partes a debate“.

SEGUNDO.- Sobre esta base, la sentencia de instancia da respuesta a la pretensión de la demandante incidental (ahora apelante), en tanto resuelve sobre el reconocimiento y la calificación de los créditos generados tras la declaración de concurso, aunque no en el sentido pretendido por dicha parte; y no era preciso que se pronunciara expresamente sobre su modo de pago (lo que, por cierto, no solicitó la parte recurrente por vía de aclaración o complemento, si echaba en falta tal pronunciamiento, conforme a los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), puesto que no hay controversia sobre la obligación de pago de los créditos contra la masa, según ordenan los artículos 84.2.5º y 154 de la Ley Concursal. Por lo que lo que lo único que procedía, es requerir a los liquidadores de la sociedad concursada para que procedieran a su abono (como, por lo demás, han hecho respecto de la parte no discutida). Y respecto al pronunciamiento del Juzgado relativo a que la sentencia era meramente declarativa, no se hace en la sentencia, que es lo que se recurre, sino en un auto posterior, que fue rectificado tras interponer la parte recurso de reposición contra el mismo.

TERCERO.- En cuanto a lo que podríamos denominar fondo del recurso, si bien las cantidades discutidas tienen el carácter de créditos postconcursoales, y no propiamente concursales, conviene hacer una serie de precisiones sobre la naturaleza jurídica concursal de los recargos, a fin de enmarcar correctamente la cuestión debatida. La finalidad del recargo es estimular el cumplimiento puntual de la obligación, porque el artículo 25 de la Ley General de la Seguridad Social dispone la aplicación del recargo como una consecuencia de la falta de pago de la deuda, junto con el devengo de los intereses de demora. A su vez, el artículo 27 de la Ley General de la Seguridad Social modula el recargo en función de las obligaciones incumplidas (de pago y/o de presen-

tación de los documentos de cotización) y del retraso en el ingreso, lo que ratifica la finalidad de la institución: estimular el cumplimiento de la obligación de pago con la Seguridad Social. Pero no existe ninguna contradicción entre esta finalidad de estímulo al cumplimiento de una obligación pecuniaria y el carácter sancionador del recargo, con independencia de que éste sea mayor en función del retraso. Como resalta la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona de 19 de enero de 2006, en la legislación civil nos encontramos con una figura afín, aunque de origen contractual y no legal, que también se asocia al incumplimiento (total o parcial, y dentro de éste se encuentra la mora) de la obligación: la denominada cláusula penal, regulada en los artículos 1.152 a 1.155 del Código Civil. El recargo no deja de ser, como la pena de la cláusula penal, una obligación accesoria, en este caso de carácter pecuniario, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación. El recargo y la pena cumplen la misma finalidad, constituyen una garantía de la obligación principal, porque su existencia sirve para asegurar al acreedor el cumplimiento y facilitar la exigibilidad del crédito. Del mismo modo que la pena no pierde esta consideración cuando no se pacta como prestación única, sino como prestaciones escalonadas de progresiva agravación (en función del grado de incumplimiento o duración del retraso), el recargo tampoco varía su naturaleza sancionadora por el hecho de modularse en atención al retraso en el cumplimiento de la obligación garantizada.

CUARTO.- Este paralelismo con la cláusula penal muestra que la finalidad de la institución -garantizar el cumplimiento de la obligación- no contradice su naturaleza sancionadora. El hecho de que pretenda estimular el cumplimiento no impide que se configure como una sanción para el obligado que incumple, pues le depara un perjuicio, en cuanto agrava el importe de su deuda, al margen de que opere directamente y sin necesidad de un proceso administrativo sancionador. Además, la Ley Concursal asocia el recargo a la sanción pues, cuando enumera los distintos recursos de la Seguridad Social, incluye dentro del mismo apartado “las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga” [artículo 86.1 c) de la Ley General de Seguridad Social], advirtiendo en ellos un común denominador que los diferencia de otros recursos que se configuran en apartados diferentes, sobre todo “Las cuotas de las personas obligadas” [art. 86.1. b) LGSS] y “Los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales” [art. 86.1 d) LGSS]. Ese común denominador es la naturaleza sancionadora, que permite, en caso de concurso, calificar el crédito por recargo como subordinado del artículo 92.4º de la Ley Concursal. Este concepto de sanción, más amplio que el previsto en el artículo 25 de la Constitución, justifica que -a los efectos de la clasificación de un crédito concursal- carezca de vinculación la jurisprudencia constitucional que se suele invocar por

los organismos públicos (Tesorería de la Seguridad Social, Agencia Tributaria) para negar el carácter subordinado de los recargos, dado que el juicio de no equiparación del recargo a la sanción se hace desde una concepción estricta de “sanción”, como manifestación del *ius puniendi* del Estado y para resaltar que en su aplicación no se precisan las garantías constitucionales propias del proceso sancionador. En este sentido, y como ya hemos argumentado antes, el concepto de sanción utilizado por el art. 92.4º de la Ley Concursal, al igual que el empleado por el art. 86.1.d) de la Ley General de Seguridad Social es mucho más amplio, y abarca también la “pena pecuniaria” derivada legalmente de la falta de cumplimiento puntual de la obligación con la Seguridad Social. Igualmente, puede considerarse, y así se viene haciendo generalizadamente por todos los órganos jurisdiccionales especializados en lo Mercantil, que los recargos “generales” de Seguridad Social, los de mora y apremio, no son propiamente sanciones en el sentido estricto impuesto, sino compensaciones financieras por el pago retrasado; y en ese sentido, tienen una naturaleza jurídica muy similar a la de los intereses moratorios, entre cuyas características destaca su accesoriedad.

QUINTO.- Junto a lo expuesto, una interpretación sistemática y teleológica del artículo 91.4º de la Ley Concursal, en relación con todos los demás preceptos que regulan la clasificación de créditos concursales (artículos 89 a 93 de la propia Ley), permite advertir la voluntad de la Ley de reducir los créditos privilegiados y discriminar o postergar, subordinándolos, aquéllos que sean accesorios a la obligación principal por ser una consecuencia de su falta de cumplimiento. El artículo 92 de la Ley Concursal subordina no sólo las multas y demás sanciones pecuniarias, sino también los intereses de cualquier clase y, por lo tanto, también los moratorios. La Ley marca una diferencia entre los créditos principales u originales y los accesorios que derivan del incumplimiento de aquellos, en caso de concurso, pues entonces, ante la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles del deudor, y puestos a ordenar el pago, debe primar el crédito principal sobre el accesorio, que ha nacido precisamente como consecuencia de la falta de cumplimiento, que es manifestación de la insolvencia, presupuesto a su vez del concurso (artículo 2 de la Ley Concursal).

SEXTO.- Establecido lo anterior (que los recargos que deban ser calificados como créditos concursales tienen el carácter de subordinados), se plantea la cuestión de qué tratamiento debe darse a los recargos posteriores a la declaración de concurso y que, por tanto, no pueden ser calificados como créditos concursales, precisamente por su carácter postconcurzal. La sentencia de instancia los califica como créditos subordinados, básicamente por las razones expuestas en los fundamentos anteriores, pero ello no es admisible, porque como se ha argumentado, tales razonamientos valen para los re-

cargos generados con anterioridad a la declaración de concurso, pero no respecto a los devengados después, pues en ese caso no tendrían el carácter de créditos concursales y no les sería aplicable la clasificación prevista en el artículo 89 de la Ley Concursal. Por tanto, dada su naturaleza postconcurzal, debería considerárseles como crédito contra la masa, puesto que la regla general que establece el artículo 154 de la misma Ley, es el pago de los créditos postconcursoales a sus respectivos vencimientos; es decir, la pre-deducción de los créditos contra la masa se contrapone a la graduación de los créditos concursales. Aparte de que también es regla general que los créditos postconcursoales, a diferencia de los concursales, no dejan de devengar intereses, según se deduce del artículo 59 a *sensu contrario* y del artículo 84.2 de la Ley Concursal (y como hemos visto, los recargos son asimilables a intereses moratorios o penalizadores).

La expresión del artículo 154.2 de la Ley Concursal de que “los créditos contra la masa habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos” indica que dichos créditos no se someten al concurso de acreedores, sino que disfrutan de un tratamiento autónomo por lo que se refiere al modo y al tiempo del pago. No se trata de una simple prioridad temporal en el pago de los créditos contra la masa respecto del reparto del activo resultante de la liquidación, sino de una satisfacción ordinaria, al margen del concurso, que permite que los créditos contra la masa puedan y deban satisfacerse incluso antes de que se abra la fase de liquidación del activo o de la aprobación de un convenio. De modo que la regla del pago al vencimiento implica que los créditos contra la masa se satisfagan de una manera ordinaria o, si se quiere definir así, extra-concurzal. Y la prioridad de los créditos contra la masa se aplica cualquiera que sea su naturaleza (artículo 154.2, primer inciso).

Ahora bien, habría que distinguir si los recargos, aun impuestos después de la declaración de concurso, se refieren o gravan deudas concursales o postconcursoales. En el primer caso –recargo acordado después de la declaración de concurso, pero referido a una deuda principal anterior- habría que entender que el recargo es inexigible, por cuanto la deuda no habría podido ser pagada una vez declarado el concurso, so pena de alterar la “*par conditio creditorum*”, ex artículo 49 de la Ley Concursal. Mientras que en el segundo supuesto, -recargos correspondientes a deudas posteriores a la declaración de concurso- como la Ley no distingue entre principal e intereses, que además se siguen devengando, deben tener la consideración de crédito contra la masa.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, según se desprende de las certificaciones de deuda presentadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, los recargos litigiosos se refieren a deudas devengadas con posterioridad al concurso, por lo que deben tener el tratamiento genérico previsto en los artículos 84 y 154 de la Ley Con-

cursal, y por tanto, ser conceptuados como créditos contra la masa». Ponente D. Pedro José Vela Torres.

No obstante, sobre el devengo de intereses de créditos contra la masa, se pronuncia la del Juzgado de los Mercantil nº 1 de Cádiz, de fecha 30 de octubre de 2009: «FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO: ... En cuanto a los intereses, de conformidad con el artículo 59 de la Ley Concursal, no procede su devengo después de la declaración de concurso, sin que el precepto distinga entre créditos concursales y contra la masa, por lo que no debemos distinguir nosotros (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos). Corrobora esta interpretación el propio artículo 154 que prevé que hayan de pagarse los créditos contra la masa a su vencimiento, lo que excluiría el pago de intereses, y sobre todo, en supuestos como el presente, en los que se ha planteado litigio en relación con los mismos». Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz, de fecha treinta de marzo de dos mil diez, considera que la doctrina del Tribunal Constitucional tiene establecido que son de naturaleza coercitiva [recargos], disuasoria o de estímulo al pago por lo que no es posible concebir recargos en deudas posteriores a la declaración del concurso o créditos contra la masa: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO. Por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se presentó demanda de impugnación... Asimismo muestra su disconformidad respecto de los créditos contra la masa... correspondiéndose la reclamación respecto de los créditos contra la masa al importe de recargos e intereses que, como bien señala la Administración Concursal, la doctrina del Tribunal Constitucional tiene establecido que son de naturaleza coercitiva, disuasoria o de estímulo al pago por lo que no es posible concebir recargos en deudas posteriores a la declaración del concurso o créditos contra la masa sin que se pruebe la voluntad de no pagar, lo que no concurre en el presente supuesto a la vista de lo manifestado por la administración Concursal, en el sentido de que a la misma le consta la voluntad de pago de dichos créditos contra la masa y que si no han sido atendidos ello ha sido debido a la falta de liquidez y a los aplazamientos de pago formuladas a la entidad gestora, por lo que procede reconocerse el principal pero no el importe por recargos e intereses...». Doña María José Villalain Ruiz.

Respecto de sanciones por falta de ingreso de créditos tributarios contra la masa, la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Castilla y León de la AEAT, con fecha 31 de marzo de 2009, estima el recurso de reposición anulando el acto administrativo de imposición de sanción por infracción tributaria: «RESULTANDO que el recurrente argumenta no estar conforme la infracción que se detalla por los siguientes motivos:

Mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Burgos, en fecha 09 de enero de 2008, se declaró a la entidad en concurso voluntario de acreedores.

Debido a ello es el administrador concursal quien debe autorizar cualquier acto de administración o disposición que efectúe la empresa; indicándose que no procedía realizar el pago de las retenciones correspondientes al mes de diciembre de 2007, en tanto en cuanto, no fueran atendidos otros pagos preferentes.

No obstante dicha autoliquidación fue presentado con fecha 19 de enero de 2008 y asimismo, con fecha 21 de enero, se presentó escrito indicando la imposibilidad de realizar dichos pagos.

En consecuencia, la Agencia Tributaria tenía conocimiento tanto de las cantidades adeudadas como de la imposibilidad del pago y el aplazamiento del mismo. Lo que hace que no exista infracción tributaria sino simplemente una demora en el pago de dicha deuda que solo puede generarlos intereses correspondientes.

VISTAS: La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003 en materia de revisión en vía administrativa, así como la normativa propia del tributo cuya liquidación o acto administrativo es objeto de impugnación.

CONSIDERANDO que este órgano es competente para conocer y resolver el presente recurso y que el escrito de reclamación se ha presentado en plazo hábil, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 223 y 225 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

CONSIDERANDO que se ha comprobado que el contribuyente presentó el escrito de fecha 21 de enero de 2008, manifestando la imposibilidad de hacer frente al pago de la deuda correspondiente a las retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del mes de diciembre del ejercicio 2007 y aportando los datos para su cuantificación. Dicha comunicación debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar la comisión de la infracción.

Procede, en consecuencia, adoptar el siguiente ACUERDO: ESTIMAR el presente recurso de reposición anulando el acto administrativo de imposición de sanción por infracción tributaria...».

Respecto del devengo de intereses por ley o contrato de los créditos contra la masa parece lo más seguro, pero no así en cuanto a sanciones o recargos administrativos de apremio, por imperativo del art. 154.2 *in fine* de la Ley concursal, que somete a los créditos contra la masa a los siguientes requisitos: «Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos».

3.5. No compensación

Sobre la compensación de créditos y deudas tributarias se ha pronunciado el JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, en la Sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, y resuelve que el art. 58 es aplicable tanto a créditos/deudas concursales como postconcursoales, pues otra interpretación va en contra de las reglas de pago establecidas en los arts. 154 y ss. de la L.C. y, además, que cualquier compensación que se pueda dar como forma de pago de créditos en liquidación requiere la conformidad de la Ad. Concursal, en cuanto que a ella le corresponde el reconocimiento y graduación de créditos y, por tanto, el orden de pago de los mismos: «FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Los argumentos que esgrime el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipúzcoa para proceder a la compensación son los siguientes:

- El Art. 58 de la L.C. es aplicable únicamente a las deudas concursales y no a las postconcursoales. Cabe la compensación del derecho a devolución del ejercicio 2006 puesto que el mismo era exigible con anterioridad a la declaración de concurso

- El Art. 48 del Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Guipúzcoa avala la extinción de la deuda con la Hacienda Foral por compensación con los créditos reconocidos con aquella, la cual se efectuara de oficio, una vez transcurrido el periodo voluntario.

- Los requisitos para la compensación deben haberse dado, por analogía con lo que dispone el art. 58, con posterioridad a la declaración de concurso.

Por lo que atañe a la compensación de crédito y deuda concursal que la Ad. Concursal rechaza por la falta del requisito de exigibilidad del derecho a la devolución hasta que se produce un acto administrativo de reconocimiento.

En relación a tal circunstancia la Diputación Foral de Guipúzcoa considera que el crédito por derecho a devolución es exigible por interpretación de señalado en el art. 115.3 del Decreto Foral 102/92 regulador del IVA en el Territorio Histórico de Guipúzcoa argumentando que si transcurrido el plazo para que la Ad. tributaria practique la liquidación provisional sin realizarlo el crédito genera intereses a favor del contribuyente, ello quiere decir que el crédito era líquido y como en el caso presente ello se produjo antes de la declaración de concurso, este requisito de la compensación negado de contrario se habría producido.

Al respecto hay que indicar que, sin entrar en el fondo del argumento esgrimido por la D. Foral, el mismo no es aplicable al caso presente en el que la declaración de concurso se produjo el 2-7-07 y el devengo de intereses, según lo que dispone el mencionado precepto foral, a partir del 31 de julio - es decir seis meses desde el 31 de diciembre de dos mil seis sin efectuar la liquidación provisional más 30 días sin realizar la devolución de oficio -, por lo cual la exigibilidad no se daría antes de la declaración de concurso ni aun aplicando el argumento esgrimido por el ente foral.

Por lo demás, el argumento esgrimido va en contra de lo que se deriva del art. 20.1 de la Norma Foral 4/2007, de 27 de marzo, de Régimen Financiero y Presupuestario del Territorio Histórico de Gipuzkoa, puesto que del apartado 1º de este precepto se desprende la exigencia de un acto administrativo de reconocimiento del crédito para que proceda la compensación. »

SEGUNDO.- Por lo que atañe a la compensación de crédito y deuda postconcurzal, cabe indicar que el art. 58 de la L.C. viene a señalar una prohibición general de compensación al indicar que “...declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración...”; se trata pues de una regla general que no distingue entre créditos o deudas concursales o postconcurzales y que tiene una excepción precisamente respecto de créditos/deudas concursales que si fueran compensables (por darse los requisitos) antes de la declaración de concurso.

Esta prohibición de compensación tiene su razón de ser en la regla “pars conditio creditorum”, regla que, una vez abierta la liquidación se refleja en su derecho a ver reintegrado en todo o en parte su crédito con arreglo a las normas de pago y preferencia establecida en los arts. 154 y ss. de la L.C.; por lo cual, la prohibición de compensación, que sigue rigiendo en la fase de liquidación por la remisión del art. 147 de la L.C, persigue en esta fase evitar el pago por vía compensatoria alterando las reglas de

la par condicio creditorum, por lo cual la compensación procederá o no según respete esa regla, la cual, por lo que a los créditos contra la masa se refiere, está regida por el principio del vencimiento. Por lo tanto, si la compensación se realiza durante la liquidación, y afecta a un crédito contra la masa que, por su vencimiento es preferente a cualquier otro no satisfecho es claro que la compensación no afectara ni perjudicara la pars conditio creditorum y no se verá afectada por la prohibición y será conforme a la regla que dispone el pago a su vencimiento de los créditos contra la masa, pues la compensación no es sino una forma de pago; en caso contrario, sí podría afectar a créditos contra la masa de vencimiento anterior (art. 154), que se verían relegados en su satisfacción por un acto administrativo de carácter extraconcursal.

Pero, en todo caso, un presupuesto esencial para esa compensación es que se cumplan los requisitos previstos en el art. 1196 CC y en concreto que ambas deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles y, además, que esa compensación no contraríe el interés preferente de conservación de los bienes del concurso, el cual rige también en la fase de liquidación y puede hacer no aconsejable la compensación si la Ad. Concursal necesita el efectivo derivado del crédito compensable para dicha finalidad conservativa.

Por todo ello consideramos, que el art. 58 es aplicable tanto a créditos/deudas concursales como postconcursoales, pues otra interpretación va en contra de las reglas de pago establecidas en los arts. 154 y ss. de la L.C. y, además, que cualquier compensación que se pueda dar como forma de pago de créditos en liquidación requiere la conformidad de la Ad. Concursal, en cuanto que a ella le corresponde el reconocimiento y graduación de créditos y, por tanto, el orden de pago de los mismos.

Por lo demás, el precepto citado por la D. Foral, de rango reglamentario, no puede prevalecer frente a la Ley Concursal y, por último, la cuestión discutida ya ha sido resuelta por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en las sentencias de 28-6-2004 (Conflicto de Jurisdicción 1/2004), 19-10-2005 (Conflicto de Jurisdicción 3/2005) y 24-4-2006 (Conflicto de Jurisdicción 4/2006) en el sentido de que “aunque la legislación tributaria permite la compensación automática de las deudas, la misma no se aplica a deudas que adquieren el carácter de compensables con posterioridad a la declaración de quiebra”, lo que también se puede extender a los actos de compensación posteriores al concurso aunque los requisitos para la compensación se hubieran cumplido con anterioridad.

Por lo tanto, debe de decretarse la nulidad de la compensación acordada por el Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Guipúzcoa.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, FALLO: Que estimando la impugnación de la compensación operada de oficio por la D. Foral promovida por la Ad. Concursal y la T.G.S.S., dispongo la nulidad de la misma, debiendo aquel organismo proceder al abono del importe de la suma compensada y adeudada a la concursada». D. Pedro José Malagon Ruiz.

3.6. Ejecución créditos contra la masa

Se regula en el art. 154.2 de la Ley concursal, según comentario precedente y parece conveniente destacar que no cabe una ejecución singular fuera del concurso ni siquiera para el cobro de los créditos tributarios contra la masa, según afirma SÁNCHEZ PINO ¹⁴: «Y es que no se exceptiona esta prohibición genérica de ejecución singular para los créditos contra la masa, por lo que no parece que la Administración pública pueda iniciar un procedimiento de apremio para hacer efectivo un crédito de este tipo. Pero, además, como hemos indicado, del propio tenor del art. 154.2 LC también cabe desprenderse que las posibles ejecuciones separadas, características de los créditos contra la masa, han de seguirse ante el juez del propio concurso, por lo que en este caso la autotutela administrativa cede ante la atribución de esta función a los nuevos Juzgados de lo Mercantil, que conocen de cuantas cuestiones afecten al concurso».

El Juzgado de lo Mercantil N° 2 de los de Bilbao, por Auto de fecha veintiuno de marzo de dos mil siete, resuelve: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. ÚNICO.- La sentencia de incidente concursal en el procedimiento de concurso de Talleres Hocier S.L. de fecha 26 de septiembre de 2006, producido el allanamiento de la deudora concursada y el administrador concursal, Rafael Amann Mendieta, atendida a las consecuencias de art. 21 LEC, estima íntegramente la demanda, declarando el desahucio de la finca propiedad del ejecutante, Miguel Arrieta Aguirrezabalaga, y condenando al pago de la cantidad de 13.164 euros en concepto de rentas adeudadas al momento de demandar, y las que se devengaran hasta el desalojo, con el interés pactado en el contrato.

El propio fallo firme consignaba que este crédito, concursal o contra la masa, recibiría el tratamiento legal correspondiente.

Pues bien, la sentencia que condena al pago de una cantidad, en lo que sea crédito concursal nunca puede dar lugar a una ejecución singular en el procedimiento de

¹⁴ SÁNCHEZ PINO, Antonio José, “Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores”, Revista de Derecho Concursal.

concurso, y en lo que sea crédito contra la masa, sólo podría motivar una ejecución transcurrido el año desde la declaración del concurso, sin que se hubiera aprobado convenio o abierto la liquidación, según art. 154.2 LECO.

La liquidación está abierta y está aprobado el plan de liquidación de Talleres Hocier S.L., sin que tenga ningún sentido que se ejecute el patrimonio en la masa activa por un acreedor, y mucho menos que se produzca el embargo singular en una ejecución colectiva en marcha, recabándose retenciones de entidades bancarias sobre saldos de la concursada. Es un dislate.

Lo que corresponde es que la administración concursal, con el producto obtenido de la liquidación de activos proceda al pago de los créditos contra la masa por el orden de sus vencimientos, incluido por supuesto, el del arrendador ejecutante. La sentencia recaída en su día tiene efectos de constitución del título de crédito, y ejecutiva en lo que supone recuperación posesoria, pero no es ejecutiva en el concurso en lo que supone crédito pecuniario, porque lo ejecutivo es el plan de liquidación (y excepcionalmente, las garantías reales y asimilados, suspensa su ejecución o iniciada en términos del art. 57 LECO).

Por lo tanto, la providencia de 14 de diciembre de 2006 y el auto de 6 de febrero de 2007 son actos judiciales nulos radicalmente, por quebrantar las normas esenciales del procedimiento concursal, aunque hayan sido firmadas por el disponente. En la Secretaría se confundió con una ejecución singular dentro del concurso por crédito del concursado frente a tercero, derivada de sentencia de reintegración, al sustanciarse dos simultáneamente de tal carácter en otro procedimiento concursal, y el Juzgador no leyó con atención lo que se le pasaba a la firma, que eran modelos informáticos de una ejecución de título judicial normal y corriente, como pieza separada de un concurso. No obstante, la legalidad tiene que restablecerse, como pudiera haberse restablecido por la vía de hecho, sencillamente dando cumplimiento voluntario al plan de liquidación, y conformándose el acreedor contra la masa con el sistema de prededucción, sin ejecuciones, ni embargos, que se enfrentan con los principios institucionales del procedimiento colectivo.

En su momento, agotada la masa, concluirá el concurso, y se rendirá cuenta final por el administrador concursal, que será puesta de manifiesto para su aprobación a los acreedores y demás interesados legítimos». D. Edorta J. Etxarandio Herrera.

La Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la A.E.A.T. de Andalucía, Ceuta y Melilla, en su comunicación al Juzgado de lo Mer-

cantil nº 1 de Cádiz, de fecha 9 de marzo de 2009, se expresa con claridad: «Además le recordamos que la declaración de concurso no supone una modificación de las obligaciones tributarias de la entidad por lo que:

1) Deberá las presentar declaraciones a que resulte obligado en el plazo y forma establecidos por las normas reguladoras de los distintos tributos.

En el caso de que la entidad no pueda efectuar el pago de las autoliquidaciones que resulten a ingresar, podrá presentarlas:

- Con solicitud de aplazamiento especificando aportando la documentación..., proponiendo un calendario de pagos, e identificando la garantía que ofrece [sic].

- Como imposibilidad de pago.

En cualquier caso es de aplicación lo establecido en el art. 55.1 de la Ley Concursal y por tanto no se iniciará el procedimiento de apremio contra el patrimonio del deudor».

3.7. Medidas cautelares

3.7.1. Consideraciones generales.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26.11.92, dedica el art. 72 a medidas provisionales: “1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. 2. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imprevisible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las Leyes.”

No está de más citar las medidas cautelares previstas en el art. 81¹⁵ de la LGT y en el art. 33 del TRLSS¹⁶.

- 15 1. Para asegurar el cobro de la deuda tributaria, la Administración podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado. La medida cautelar deberá ser notificada al afectado con expresa mención de los motivos que justifican su adopción. 2. Las medidas habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar y en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda. En ningún caso se adoptarán aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación. 3. Las medidas cautelares podrán consistir en: a) La retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Administración tributaria. La retención cautelar total o parcial de una devolución tributaria deberá ser notificada al interesado junto con el acuerdo de devolución. b) El embargo preventivo de bienes y derechos, del que se practicará, en su caso, anotación preventiva. c) La prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos. d) La retención de un porcentaje de los pagos que las empresas que contraten o subcontraten la ejecución de obras o prestación de servicios correspondientes a su actividad principal realicen a los contratistas o subcontratistas, en garantía de las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación. e) Cualquier otra legalmente prevista. 4. Cuando la deuda tributaria no se encuentre liquidada pero se haya comunicado la propuesta de liquidación en un procedimiento de comprobación o inspección, se podrán adoptar medidas cautelares que aseguren su cobro de acuerdo con lo dispuesto en este artículo. Si se trata de deudas tributarias relativas a cantidades retenidas o repercutidas a terceros, las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier momento del procedimiento de comprobación o inspección. 5. Los efectos de las medidas cautelares cesarán en el plazo de seis meses desde su adopción, salvo en los siguientes supuestos: a) Que se conviertan en embargos en el procedimiento de apremio o en medidas cautelares judiciales, que tendrán efectos desde la fecha de adopción de la medida cautelar. b) Que desaparezcan las circunstancias que motivaron su adopción. c) Que, a solicitud del interesado, se acordase su sustitución por otra garantía que se estime suficiente. En todo caso, las medidas cautelares deberán ser levantadas si el obligado tributario presenta aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución que garantice el cobro de la cuantía de la medida cautelar. Si el obligado procede al pago en período voluntario de la obligación tributaria cuyo cumplimiento aseguraba la medida cautelar, sin mediar suspensión del ingreso, la Administración tributaria deberá abonar los gastos del aval aportado. d) Que se amplíe dicho plazo mediante acuerdo motivado, sin que la ampliación pueda exceder de seis meses. 6. Se podrá acordar el embargo preventivo de dinero y mercancías en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda tributaria que proceda exigir por actividades lucrativas ejercidas sin establecimiento y que no hubieran sido declaradas. Asimismo, podrá acordarse el embargo preventivo de los ingresos de los espectáculos públicos que no hayan sido previamente declarados a la Administración tributaria. 7. Además del régimen general de medidas cautelares establecido en este artículo, la Administración tributaria podrá acordar la retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar a personas contra las que se haya presentado denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública o se dirija un proceso judicial por dicho delito, en la cuantía que se estime necesaria para cubrir la responsabilidad civil que pudiera acordarse. Esta retención deberá ser notificada al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente, y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente.
- 16 Para asegurar el cobro de las deudas con la Seguridad Social, la Tesorería General de la misma podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado. a) Las medidas habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar. En ningún caso se adoptarán aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación. La medida cautelar podrá consistir en alguna de las siguientes: 1ª Retención del pago de devoluciones de ingresos indebidos o de otros pagos que deba realizar la Tesorería General de la Seguridad Social, en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda. La retención cautelar total o parcial de una devolución de ingresos indebidos deberá ser notificada al interesado juntamente con el acuerdo de devolución. 2ª Embargo preventivo de bienes o derechos. Este embargo preventivo se asegurará mediante su anotación en los registros públicos correspondientes o mediante el depósito de los bienes muebles embargados. 3ª Cualquiera otra legalmente prevista. b) Cuando la deuda con la Seguridad Social no se encuentre liquidada pero se haya devengado y haya transcurrido el plazo reglamentario para su pago, y siempre que corresponda a cantidades determinables por la aplicación de las bases, tipos y otros datos objetivos previamente establecidos que permitan fijar una cifra máxima de responsabilidad, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá adoptar medidas cautelares que aseguren su cobro, previa autorización, en su respectivo ámbito, del Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o, en su caso, del Director General de la misma o autoridad en quien deleguen. c) Las medidas cautelares así adoptadas se levantarán, aun cuando no haya sido pagada la deuda, si desaparecen las circunstancias que justificaron su adopción o si, a solicitud del interesado, se acuerda su sustitución por otra garantía que se estime suficiente. Las medidas cautelares podrán convertirse en definitivas en el marco del

3.7.2. *Medidas provisionales de la administración tributaria y proceso concursal.*

En este epígrafe acudo a la mención de medidas provisionales tributarias, en vez de medidas cautelares, por respeto al Derecho administrativo (art. 72 LRJAP y PAC) y al informe del CGPJ, que considera *nomen iuris* más adecuado, para distinguir las de las que se adoptan en sede jurisdiccional.

Pero lo que me propongo es cuestionar el “juego” de estas medidas provisionales, cuando el sujeto pasivo, en sus modalidades de contribuyente y sustituto, según nos enseña el profesor Sainz de Bujanda¹⁷, es sujeto activo de un proceso concursal, e intentar alcanzar alguna conclusión.

Pues bien, el común denominador del proceso concursal es la *par condicio creditorum*, principio general que tiene como base el enunciado del art. 1.911 del C. Civil. Esta regla de igualdad implica, por una parte, que todos y cada uno de los acreedores tienen el mismo derecho al cobro de sus respectivos créditos, y, por otra, que el deudor responde, frente a cada acreedor, con todos sus bienes, presentes y futuros. Sin embargo, el dogma enunciado es objeto de derogación, cuando el patrimonio del deudor es insuficiente para el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas, por virtud de las normas civiles y mercantiles sobre prelación de créditos. En el proceso de ejecución colectiva, actualmente en el concurso de acreedores, cuyos presupuesto objetivo se apoya en la insolvencia actual o inminente (art. 2 de la ley concursal), la graduación de créditos, es decir, su clasificación jurídica determina un orden de preferencia de cobro por los acreedores.

Pero vamos a entrar en materia e intentaré centrar el estudio de los créditos tributarios en sede concursal, consecuencia de la concurrencia de procedimientos, para destacar, *ex art.* 55 de la ley concursal, que la iniciación o continuación del procedimiento de apremio se suspenderá, cuando la apertura (inicio) del proceso concursal hubiese sido anterior. En positivo, puede afirmarse que la Resolución judicial por la que se declare el concurso suspenderá el procedimiento para el cobro de las deudas tributarias “en la masa” (créditos concursales), salvo que con anterioridad se hubiese practicado la diligencia de embargo y los bienes o derechos afectados no sean nece-

procedimiento de apremio. En otro caso, se levantarán de oficio, sin que puedan prorrogarse más allá del plazo de seis meses desde su adopción. d) Se podrá acordar el embargo preventivo de dinero y mercancías en cuantía suficiente para asegurar el pago de la deuda con la Seguridad Social que corresponda exigir por actividades y trabajos lucrativos ejercidos sin establecimiento cuando los trabajadores no hayan sido afiliados o, en su caso, no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social. Asimismo, podrán intervenir los ingresos de los espectáculos públicos de las empresas cuyos trabajadores no hayan sido afiliados ni dados de alta o por los que no hubieren efectuado sus cotizaciones a la Seguridad Social.

17 SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *op. cit.*, págs. 192, 193, 217 y 218.

sarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Dicha suspensión del procedimiento administrativo, en su caso, entraña, en mi opinión, la paralización de la gestión recaudatoria por la Administración tributaria, y nos permite aventurar que impedirá la imposición de recargos e intereses de demora, mientras se tramita el proceso concursal, cuando no se hubiera iniciado el período ejecutivo. Si se hubiere expedido la providencia de apremio, antes del inicio del proceso concursal, el devengo del recargo del 20% de la deuda apremiada será inevitable, pero no de los intereses de demora y se suspenderá la providencia y diligencia de embargo.

Interesa resaltar que la suspensión del procedimiento de apremio, cuando proceda de conformidad con las reglas sobre prioridad temporal en los procesos concursales, debe respetar el instituto de la suspensión previsto en el art. 94 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ante la no ejecutoriedad de los actos administrativos por establecerlo así la LGT.

Trataremos de concretar su incidencia, desde esta interpretación, en la gestión recaudatoria de las deudas tributarias, para el supuesto de concurrencia de procedimientos administrativos con procesos concursales:

a) Cuando la diligencia administrativa de embargo sea anterior al inicio del proceso concursal y los bienes afectados no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, la Recaudación podrá continuar su ejecución (subasta).

b) Cuando el proceso concursal se haya iniciado con anterioridad a la diligencia de embargo, se suspenderá el procedimiento de apremio y se cancelará la traba si es posterior.

c) Cuando el proceso concursal se haya iniciado con anterioridad a la apertura del período ejecutivo (Providencia de apremio), se paralizará el procedimiento administrativo. Más propiamente, no procederá la vía de apremio, consecuencia de la imposibilidad de que se expida la providencia de apremio en un procedimiento suspendido.

En resumen, aunque se trate de una medida provisional (medidas cautelares administrativas), nos encontramos ante una medida de ejecución en sede administrativa. Si es así, la iniciación de un proceso concursal veta la posibilidad legal de adopción de medidas provisionales (cautelares) por la Administración tributaria o de la TGSS, en virtud de lo dispuesto en el citado art. 55 de la Ley concursal: Declarado el concurso no podrán... seguirse apremios administrativos o tributarios otra el patrimonio del deudor.

Acudiré a un argumento que considero más objetivo. Si la legislación, que faculta a la Administración Pública para adoptar medidas cautelares, la jurisprudencia y la doctrina científica justifican el ejercicio de este desorbitado poder con finalidad de garantía: “para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” (art. 72.1 LRJAP y PAC) y “para asegurar el cobro de la deuda tributaria” (art. 81 LGT y 33 del TRLSS), es decir, es presupuesto o condición que debe concurrir *periculum in mora*, éste desaparece o está controlado por la autoridad judicial cuando el sujeto pasivo se halla sometido a su tutela en un proceso concursal y, por lo tanto, no procede la adopción de medidas cautelares de carácter provisional por la Administración tributaria o de la Seguridad Social.

Por último, en ningún caso se adoptarán aquellas (medidas) que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación, concordante con el art. 111.2 a) de la LRJAP y PAC.

El procedimiento concursal tiene un común denominador: la insolvencia, y los deudores declarados en concurso padecen lo que se denomina crisis económica coyuntural o estructural, provisional o definitiva, que supone dificultades en el cumplimiento regular de sus compromisos de pagos. Si en esta delicada situación económico-financiera, tramitada judicialmente, a la Administración tributaria o a la Seguridad social se le reconoce la competencia para la traba de embargos, aunque el procedimiento de apremio se limite a la adopción de esta medida con carácter exclusivamente cautelar, como declara la STCJ de 29.06.98, el perjuicio causado resultará irreparable, es decir, irreversible.

Recuérdese que los arts. 81 de la LGT y 33 del TRLGSS facultan para la retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Hacienda Pública o la TGSS. Es sabido que las empresas (también algunos particulares) planifican su tesorería mediante las previsiones de ingresos y pagos a corto, medio y largo plazo, particularmente los declarados en concurso, bajo el riguroso control de los administradores concursales nombrados por el juez. Nótese, también, que la medida cautelar puede consistir en el embargo preventivo de bienes y derechos, y que el embargo, según el art. 169 LGT, guardará el siguiente orden: «a) *Dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito*; b) *Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo*; c) *Sueldos, salarios y pensiones*; d) *Bienes inmuebles*; e) *Intereses, rentas y frutos de toda especie*; f) *Establecimientos mercantiles o industriales*; g) *Metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades*; h) *Bienes muebles y semovientes*; i) *Créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo*». Se imaginan el efecto que producirá el embargo preventivo (medida

cautelar) de las cuentas abiertas en entidades de crédito, que se formalizan con la firma autorizante de los administradores concursales, cuya notificación de embargo a la entidad de crédito implica la paralización de la cuenta, es decir, su indisponibilidad. Y qué decir del embargo preventivo (medida cautelar) de créditos, efectos valores y derechos realizables, a cuyos deudores u obligados (en general clientes) se les notifique dicha providencia que suspenderá el cumplimiento de su obligación para con el suspenso o quebrado, así, sin más, y causando un perjuicio irrisarcible. Pero el caso extremo, como despropósito, en uso de la competencia para adoptar medidas cautelares, es que la Administración tributaria pueda llevar a cabo el embargo preventivo (con carácter exclusivamente cautelar) del establecimiento mercantil o industrial intervenido judicialmente en el concurso de acreedores.

4. Recapitulación

PRIMERO. El artículo 49 de la ley concursal define la masa pasiva del concurso y se trata de un precepto capital, que pone fin al derecho de ejecución separada de las leyes concursales derogadas, con algunas excepciones: ejecuciones administrativas y laborales, en su caso (art. 55.1.II), y es concordante con el art. 84.1 de la misma Ley, que delimita la masa pasiva por exclusión: son créditos concursales los que no tengan la consideración de créditos contra la masa. En general, los créditos concursales sólo podrán satisfacerse a través del convenio o la liquidación, de modo que su pago fuera de tales fases será nulo o anulable y dará lugar a responsabilidad del autor (deudor y/o administración concursal, en su caso).

El artículo 164 de la Ley General Tributaria de 2003 dispone que en caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y el art. 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece en caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley concursal. Estos preceptos proclaman el respeto de los créditos tributarios y de la TGSS a lo dispuesto en la Ley concursal respecto a su determinación, clasificación y pago.

En la práctica concursal, la supeditación del crédito público concursal a la normativa concursal no ha sido pacífica y considero lo más seguro:

- a) Providencia administrativa de apremio anterior a la declaración de concurso. La continuidad de procedimiento ejecutivo del crédito concursal está supedi-

tada a que, también con anterioridad, se hubiesen trabado bienes o derechos que el Juez del concurso declare no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor.

- b) Providencia administrativa de apremio de crédito concursal posterior a la declaración de concurso. Nula de pleno derecho por imperativo del art. 55.3 de la Ley concursal, pese a la norma reglamentaria de la TGSS (art. 50) que vulnera la reserva de ley.
- c) Providencia administrativa de apremio de crédito contra la masa. Anulable, mediante el correspondiente incidente concursal, por virtud de lo establecido en el art. 154.2 Lc.

SEGUNDO. El pago de los créditos contra la masa, según el art. 154.2 habrá de hacerse a sus respectivos vencimientos y con los intereses devengados según Ley o contrato. No parece que el incumplimiento del pago a su vencimiento de créditos contra la masa de naturaleza pública permita la aplicación de recargos y sanciones.

TERCERO. No son créditos contra la masa los devengados antes de la declaración de concurso, aunque su vencimiento y exigibilidad sean posteriores a la fecha de declaración de concurso, es decir, se trata de créditos concursales.

CUARTO. Las sanciones tributarias, cuando la infracción de la que tren causa es anterior a la declaración de concurso son créditos concursales y no contra la masa

QUINTO. El artículo 58 de la referida Ley establece que declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que se hubieren cumplido los requisitos de la compensación con anterioridad a la declaración de concurso (créditos y deudas recíprocas vencidas, líquidas y exigibles).

El acuerdo de compensación de créditos y deudas concursales, con posterior a la declaración de concurso, producirá sus efectos cuando se hubieren cumplido los requisitos mencionados. Caso contrario será anulable mediante el incidente concursal correspondiente.

El acuerdo de compensación de créditos contra la masa con deudas posteriores a la declaración de concurso no puede alcanzar eficacia debido a que el régimen de cobro de los créditos contra la masa viene tasado en el art. 154.1 y 2 de la Lc, y aunque vencido y líquido le falta el requisito de la exigibilidad.

El acuerdo de compensación, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos, supone agredir un derecho de crédito en la masa activa, que se resuelve en la retención de un dinero en las cuentas del acreedor concursal, y se produce una actuación nula de pleno derecho por analogía del art. 55.4 de dicha Ley.

SEXTO. Sobre medidas cautelares administrativas, nos encontramos ante una iniciativa de ejecución en sede administrativa. Si es así, la declaración de concurso veta la posibilidad legal de adopción de medidas provisionales (cautelares) por la Administración tributaria o de la TGSS, con fundamento en la mejor doctrina de que en ningún caso se adoptarán aquellas medidas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación y en virtud de lo dispuesto en el citado art. 55 de la Ley concursal: Declarado el concurso no podrán... seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

JUAN CARLOS NOGUERA DE ERQUIAGA

Abogado

— JUAN CARLOS NOGUERA DE ERQUIAGA —
Abogado

LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.
EL CONCURSO CULPABLE.
LA REALIDAD DE LA PRÁCTICA CONCURSAL

1. OBJETO.

1.1.- Sobre la Pieza de Calificación.

De la lectura del Epígrafe VIII de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se desprende como una de las materias en que la reforma fue más profunda es la que se corresponde con la calificación del concurso.

Muestra evidente del carácter innovador de la norma en lo que a la calificación del concurso se refiere, la encontramos en la creación de una nueva pieza independiente dentro la fase cuarta o de determinación de la responsabilidad, conocida como sección sexta de calificación o, más comunmente, pieza de calificación. De esta manera, la Ley Concursal pasó a desprenderse claramente de la tramitación de la tradicional pieza quinta de calificación de la quiebra, concebida en su día, siguiendo las acertadas manifestaciones del Magistrado D. Miguel Ángel Narváez Bermejo, como “*una especie de instrucción indagatoria de posibles responsabilidades penales contraídas por el concursado en la producción de su situación de insolvencia al objeto de poder deducir el tanto de culpa correspondiente ante la jurisdicción penal, si hubiere méritos para ello*”¹.

¹ *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Aranzadi, 2006

Tras la llegada de la Ley Concursal y la consecuente creación de la nueva sección sexta o pieza calificación del concurso, resulta indiscutible el paso adelante realizado sobretudo en términos de celeridad y justicia “real” que, en el momento de enjuiciar, supone el hecho de que no sea necesaria, como condición objetiva para actuar penalmente contra el concursado o sus responsables, la previa tramitación de un procedimiento concursal del que se haya deducido la responsabilidad. Pero esta limitación estricta a la esfera civil de la calificación del concurso, derivada de la regulación dada en el art. 163.2 LC en relación con los apartados 3º y 4º del art. 260 de nuestro Código Penal y que separa nítidamente entre ilícito penal e ilícito civil en esta materia, si bien favorece la perseguibilidad penal del concursado, supone una desvinculación tan radical respecto de todos aquellos indicios de los que puedan derivarse consecuencias penales, que en ningún caso podrá resultar exenta de nuestra crítica.

De esta manera, y de igual forma que el art. 4 LC cuando nos habla de la intervención del Ministerio Fiscal establece que, ante los indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de existencia de una pluralidad de acreedores, éste deberá instar al juez que esté conociendo la causa a los efectos pertinentes, quizás tendría a su vez que imponérsele la obligación para que, cuando del procedimiento concursal que se encuentre en tramitación se deduzcan claros vestigios de incumplimiento de alguno de los tipos penales por parte del concursado o de sus responsables, éste también deba dar cuenta oportuna ante la jurisdicción penal.

1.2.- Causas de su apertura.

La formación de la sección de calificación procederá en dos supuestos muy concretos:

- 1º.- Cuando tenga lugar la aprobación de un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos a una espera superior a los tres años.
- 2º.- En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Así versa el artículo 163.1 de la Ley Concursal, del que puede determinarse que la posibilidad de apertura de la fase de calificación solo está prevista para aquellos supuestos especialmente gravosos para los acreedores, bien porque han tenido que aceptar un convenio con quitas o esperas muy relevantes, bien porque se ha procedido a abrir la fase de liquidación. Todos los demás supuestos de concurso quedan excluidos, por deseo del legislador, de una posible calificación.

Esta limitación de los supuestos de formación de la sección de calificación del concurso enlaza con el objetivo que con ella se persigue, y que no es otro que el de verificar si el concursado, mediante la conducta llevada a cabo con ocasión de producirse o agravarse su estado de insolvencia, ha infringido deberes que sobre él pesan y de cuyo cumplimiento se generan esos resultados perjudiciales para terceros. Ahora bien, esta solución taxativa creada por el legislador no ha dejado de plantear algunos problemas en la práctica habitual del derecho concursal. Piénsese por ejemplo en el caso de un convenio en el que se pacta una quita de un tercio o una espera de dos años y 11 meses y que, habiéndose confabulado el deudor con uno o varios acreedores, finalmente es aprobado. Está claro que no superaría los límites fijados en el art. 163.1 LC y, que por tanto, no podría ser objeto de calificación. Sin embargo, la actuación del deudor con dolo o fraude salta a la vista.

Otro de los problemas que suele plantearse en la práctica, lo encontramos en los casos en que procede la conclusión de concurso por inexistencia de bienes y derechos. Conforme a la previsión contenida en el art. 176.1.4º LC, en este supuesto procederá la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, salvo cuando se este tramitando la sección de calificación. Pero ¿qué ocurre cuando la inexistencia de bienes y derechos se aprecia nada más declararse el concurso, sin que halla dado tiempo a la apertura de la sección de calificación?. Está claro que en estos casos, aun existiendo terceros responsables, titulares de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores del concurso, lo cierto es que sus créditos quedarán impagados al resultar imposible depurar la responsabilidad de aquellos terceros, al menos en seno de concurso. Como puede verse, la situación en estos supuestos es de una alta inseguridad jurídica. La única solución que surge para estos supuestos se plantea fuera del concurso y vía ejercicio de la acción de responsabilidad ex artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

No obstante, y a pesar de todo lo dicho, el límite fijado por el legislador respecto a la apertura de la sección de calificación resulta necesaria al igual que justificada. Primero, por motivos de economía procesal, ya que la apertura de la pieza de calificación en todos los supuestos de concurso implicaría un cúmulo de incidentes, actuaciones y recursos que harían prácticamente inviable la solución del procedimiento. En segundo lugar -y en relación con lo que acaba de referirse-, por el incremento de costes procesales que ello implicaría, engrosando más el costo del proceso, ya de por sí bastante elevado, lo que no haría más que mermar las perspectivas de los acreedores de cobrar sus créditos. Y, en tercer lugar, por el incentivo que supone para el deudor el saber que en aquellos casos en que la lesión de los acreedores sea mínima no habrá sanciones ni responsabilidad civil derivada de la calificación. En mi opinión, esta

función incentivadora es, sin duda, la que más justifica la restricción de los supuestos de formación de la sección de calificación en la medida en que es la más perceptible para el deudor quien, a fin de cuentas, es el que ha de optar por una u otra solución a su concurso.

1.3.- Personas responsables. Alcance de la responsabilidad.

La Ley Concursal no especifica en ninguno de sus artículos quiénes pueden verse afectados por la calificación del concurso. No obstante, de la lectura de los artículos 164.1 y 172.2.1º y 172.3 se infiere que son el propio deudor cuando se trata de persona física o sus representantes legales, para el caso de que los tuviere; y cuando trate de deudor persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, quienes serán considerados responsables como autores de los actos o negocios que han determinado la declaración de culpabilidad del concurso. Junto con estos sujetos, también se podrían ver afectados por la calificación del concurso, pero en grado de cómplices, aquellos terceros que hubiese participado con ellos en la generación o agravación del estado de insolvencia. Vemos, por tanto, como la Ley Concursal diferencia entre el culpable, propiamente dicho, y su cómplice, configurando una regulación expresa para éste último en su art. 166.

Centrándonos en el concurso de persona jurídica, tal y como acaba de señalarse, podrán verse afectados por la calificación de la insolvencia aquellas personas que hubiesen ostentado su representación, bien de hecho, bien de derecho. A estos efectos, la Ley Concursal no fija un límite temporal², por lo que podrán ser considerados responsables de la insolvencia administradores o liquidadores que lo fueron con mucha anterioridad a la declaración de concurso, siempre que se les puedan atribuir los hechos de los que trae causa la culpabilidad.

2 El límite de dos años no parece expresamente determinado en la Ley Concursal. Su mención tan solo opera respecto a determinados efectos y, más concretamente, para el previsto en el art. 712.3 LC, relativo a la responsabilidad por las deudas sociales y en el art. 164.2.5ª respecto de la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor. E cuanto al resto de motivos de calificación de concurso como culpable no hay ningún impedimento legal para considerar que la culpabilidad puede vincularse a personas o actuaciones que se hubieran producido en un plazo superior al de dos años. Esta opinión, sin embargo, no es compartida por un sector doctrinal al frente del cual se situaría Machado Plazas, quien considera que el art. 172.2 LC omite el plazo de dos años por un mero error formal. En nuestra opinión, hay dos argumentos básicos que sustentan la inexistencia del límite temporal de dos años: a) el art. 164.1 LC, que contempla la calificación como culpable para determinada conducta de los administradores de la entidad concursada, cuando sea que se haya producido la insolvencia, por lo que carece de sentido que pueda limitarse a los que lo sean exactamente cuando se declaró el concurso; b) Si el pronunciamiento más grave de la responsabilidad suplementaria de administradores de personas jurídicas del art. 172.3 LC especifica la aplicabilidad a los que ostentaron el cargo, incluso por ejercer funciones de hecho, en los dos años previos a la apertura del concurso, cualquiera que se ala tesis que se baraje para interpretarlo, deben también ser afectados por los pronunciamientos necesarios menos graves, inhabilitación y pérdida de derechos, y que son el presupuesto, por los menos los cargos de dicho periodo previo. Nos adherimos así a la línea seguida por Juzgados como el Mercantil nº 2 de Bilbao, en Sentencia de 3 de octubre de 2.007.

En cuanto a los administradores o liquidadores de derecho, serán aquellos que ostenten dicho cargo en virtud de su nombramiento al efecto. Esta claro que en el caso de sociedades mercantiles, la responsabilidad del órgano de administración recaerá sobre el titular de tal cargo, sea persona física o persona jurídica. Ahora bien, en este último supuesto –administrador o liquidador persona jurídica–, cabe preguntarse si su responsabilidad en la pieza de calificación será derivada a la persona física que la representa. Y la respuesta es que no: la responsabilidad recaerá sobre la persona jurídica administradora o liquidadora, salvo supuestos de fraude en los que la facultad de decisión realmente reside en la persona física, que ha empleado una persona jurídica como mera pantalla. Solo en este tipo de supuestos se podrá derivar la responsabilidad y considerar culpable a la persona física representante de la persona jurídica administradora.

Respecto a los casos de órgano de administración colegiado, es importante resaltar que la responsabilidad de cada uno de los miembros lo es a título individual y no solidariamente.³ Esto es así porque en la pieza de calificación es imprescindible que medie dolo o culpa grave de los representantes legales, administradores o liquidadores, dolo o culpa grave que ha de tener incidencia en la generación de la causa de insolvencia o en el agravamiento de la misma, por lo que no será posible acudir a fórmulas de responsabilidad objetiva y los supuestos de culpa o negligencia leve o no grave tampoco determinarán la responsabilidad concursal, de igual modo quedarán excluidas de la sección de calificación aquellas acciones u omisiones que siendo dolosas o con culpa grave no hayan tenido incidencia en la generación o agravamiento de la insolvencia. Por tanto, para juzgar dentro de la sección de calificación el comportamiento de los miembros del órgano de administración habrá de ponderarse todos y cada uno de los factores que incidieron en la aparición de la insolvencia o en su agravamiento y deberán valorarse los actos u omisiones de dichos miembros de forma individual conforme a parámetros de dolo o culpa grave.

Como se ha dejado dicho, también pueden resultar afectados por la calificación los administradores o liquidadores de hecho, en cuyo caso el art. 172.2.1º impone la obligación de que la sentencia de calificación motive razonadamente la atribución de tal condición. Sin ser nuestra intención el entrar en una explicación exhaustiva de la figura del administrador o liquidador de hecho –que a día de hoy se encuentra

3 Se establece pues, una clara distinción entre la responsabilidad en el ámbito puramente mercantil (art. 133 y 134 LSA) y el ámbito concursal. Así, mientras en el primero nos encontraríamos con una responsabilidad solidaria o por culpa colectiva que afectaría a todos los miembros del órgano de administración de forma automática, en la esfera concursal se ha optado por individualizar la responsabilidad de modo que se analizara la actuación de cada uno de los administradores, y a raíz de su grado de implicación en la gestión, se establecerá por el juzgador la responsabilidad que le debe ser atribuida.

notoriamente delimitada y definida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia mercantilista-, si quieren resaltarse cuatro elementos que se viene entendiendo permiten identificarla:

- 1º.- La ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento.
- 2º.- El carácter sistemático, no meramente puntual, del ejercicio de funciones de administración. Es necesario que se acredite que de forma continuada en el tiempo, un sujeto que no forma parte del órgano de administración, ha estado realizando de forma autónoma actos de administración y dirección.
- 3º.- El desempeño de funciones propias de los administradores legales.
- 4º.- Su ejercicio autónomo efectivo, cuyo objeto no tiene por qué ser propiamente la marcha cotidiana de la empresa, sino que puede versar sobre la adopción de decisiones estratégicas la determinación del destino de la sociedad.

Los sujetos que pueden asumir la figura de administrador o liquidador de hecho son de lo más variopinto, pasando por el propio accionista, un acreedor del concurso, hasta un tercero totalmente ajeno a la deudora. Ahora bien, respecto a los accionistas, no puede confundirse la influencia ordinaria que ejerce un socio, con el fenómeno del administrador de hecho. En cuanto al supuesto del acreedor administrador o liquidador de hecho, la ausencia de jurisprudencia sobre este supuesto revela que es muy difícil que se les pueda atribuir dicha figura.

Finalmente, debe indicarse que también cabe la posibilidad de que un apoderado de la deudora con poderes generales pueda ser considerado administrador de hecho, siempre y cuando pueda constatarse –como en el caso de cualquier tercero-, que ha venido ejerciendo atribuciones propias del órgano de administración. De no ser así, la atribución de responsabilidad en la sección de calificación no será posible.

En la práctica concursal resulta habitual encontrarse con supuestos de calificación de concurso en los que concurren como culpables tanto administradores o liquidadores de derecho como de hecho. Y es que ha de tenerse bien presente que la existencia de unos en ningún caso excluye a la de los otros. Todo lo contrario. Se ha convertido en práctica habitual el contar con meros testaferros que tan solo figuran como administradores a efectos puramente registrales cuando quienes realmente gestionan y dirigen la sociedad son terceros distintos a aquellos.

Surge en estos casos la duda sobre si es posible una responsabilidad cumulativa entre el administrador o liquidador de derecho y el de hecho. Y lo cierto es que si es posible. Nos adherimos aquí a lo señalado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante, en SS de 9 de enero de 2.008, que fija como razones justificativas de la responsabilidad cumulativa las que a continuación se indican:

- a) La correcta interpretación del art. 164.1 LC en cuanto que la partícula “o” en él empleada no ha de ser entendida en sentido excluyente, sino que debe interpretarse como posibilidad de abarcar tanto a uno como a otro.
- b) La aplicación a estos casos de la jurisprudencia recaída en sede responsabilidad societaria, según la cual no puede eximirse al administrador de derecho en base a que era otro el verdadero gestor de la sociedad, pues es inconsistente, ya que legalmente responsable de la marcha de la sociedad es él como administrador (art. 127 TRLSA y 61 LSRL).
- c) El considerar que en estos supuestos nos encontramos ante dos administradores, de manera que responderá cada uno de ellos solidariamente, valiendo por extensión analógica la previsión del art. 133.2 LSRL, que determina la responsabilidad del administrador de hecho, pero no lo hace con exclusión del de derecho.
- d) El entender que la actuación del administrador de derecho sería complemento necesario del comportamiento del administrador de hecho, cooperando con éste de manera activa y consciente de manera que después no puede pretender eximirse de su actuación, por lo que debe asumir, solidariamente con aquél, las consecuencias dañosas derivadas de la gestión empresarial negligente; negligencia que no solo se produce por acción sino también por omisión, dejando la mercantil sin control, pues se responde tanto de actos propios como de los realizados por las personas designadas (culpa en eligiendo o in vigilando).

Hasta aquí hemos hablado de los sujetos que pueden ser considerados como autores de la generación o agravación de la situación de insolvencia. Pero como hemos dicho al inicio de este apartado, la Ley Concursal en su art. 166 regula expresamente la figura del cómplice o tercero de mala fe que auxilia o colabora con dichos autores en la generación o agravación de la insolvencia que determina la apertura del concurso. Esto es, estaríamos aquí ante quien, sin ser órgano de la sociedad en concurso ni de derecho ni de hecho, ha cooperado con el deudor o sus representantes legales en

la realización del acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable, siempre y cuando en su actuar haya mediado dolo o culpa grave.

Tras la lectura del referido artículo, puede verse que a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior⁴ a la promulgación de nuestra Ley Concursal, en donde se contaba con un catálogo de las conductas que eran consideradas auxilio o colaboración con el quebrado fraudulento, ésta ha optado por una definición de complicidad de carácter generalista y no sujeta a un *numerus clausus*. No obstante, en la actual definición legal de tal figura podemos encontrar cuatro notas básicas que permitirán identificar la existencia o no de complicidad concursal:

a) Sujeto pasivo: ha de ser una persona ajena al concurso en sentido estricto o en sentido amplio. Dicho en otras palabras, todo sujeto distinto a “*las personas que pueden ser afectadas por la calificación*” y que han sido relacionadas más arriba. Dentro de este sujeto pasivo cabe incluir determinadas figuras que, por sus especialidades, han de ser mentadas:

a.1.- Sociedades del grupo y sus administradores. Y es que no existe norma legal que impida que, cuando la sociedad concursada está integrada en un grupo, tanto las sociedades integrantes de dicho grupo como sus administradores podrán ser declarados cómplices del concurso calificado como culpable. Todo lo contrario, existen supuestos de concurso culpable en los que la intervención de un cómplice parece necesaria⁵.

4 Según el art. 893 del Código de Comercio, “Serán considerados cómplices de las quiebras fraudulentas:

1º.- Los que auxilien el alzamiento de bienes del quebrado.

2º.- Lo que, habiéndose confabulado con el quebrado para suponer créditos contra él, o aumentar el valor de los que efectivamente tengan contra sus valores o bienes, sostengan esta suposición en el juicio de examen y calificación de los créditos o en cualquier Junta de acreedores de la quiebra.

3º.- Los que, para anteponerse en la graduación en perjuicio de otros acreedores, y de acuerdo con el quebrado, alteraren la naturaleza o fecha del crédito, aun cuando este se verifique antes de hacerse la declaración de quiebra.

4º.- Los que deliberadamente, y después que el quebrado cesó en sus pagos, le auxiliaren para ocultar o sustraer alguna parte de sus bienes o créditos.

5º.- Lo que, siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado al tiempo de haberse notoria la declaración de quiebra por el Juez o Tribunal que de ello conozca, la entregaren a aquél, y no a los administradores legítimos de la masa, a menos que, siendo de nación o provincia diferente de la del domicilio del quebrado, prueben que en el pueblo de su residencia no se tenía noticia de la quiebra.

6º.- Los que negaren a los administradores de la quiebra los efectos que de la pertenencia del quebrado existieren en su poder.

7º.- Los que, después de publicada la declaración de la quiebra, admitieren endosos del quebrado.

8º.- Los acreedores legítimos que, en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos.

9º.- Los agentes mediadores que intervengan en operaciones de tráfico o giro que hiciere el comerciante declarado en quiebra.

5 En el II Congreso de Derecho Mercantil celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2.005, la Tercera Mesa Redonda estuvo dedicada específicamente a la Sección de Calificación y en ella se señaló que varios de los supuestos que el art. 164.2 LC prevé como determinantes “en todo caso” del carácter culpable del concurso son actuaciones que

- a.2.- Personas físicas que actúan en representación de las personas jurídicas administradoras de la concursada. En páginas precedentes se había indicado la imposibilidad de derivar responsabilidad a dichas personas físicas, salvo en supuestos muy concretos. Sin embargo, nada obsta que puedan ser considerados cómplices del concurso y asumir las consecuencias que ello implica⁶.
- b) Elemento objetivo: Acción u omisión cooperadora. Es necesario que el sujeto pasivo haya cooperado con el concursado o sus representantes legales tanto en la generación como en la agravación del estado de insolvencia. Dicha cooperación puede consistir bien en una actuación positiva, bien en una omisión. De ahí que la doctrina tenga señalado que por cómplice hay que tener tanto en el caso de *consilium fraudis* (ánimo de defraudar), como en el de *consciis fraudis* (connivencia)⁷.
- c) Elemento subjetivo: Dolo o culpa grave. Esto es, la actuación del cómplice ha de estar revestida de mala fe, exigiéndose un rango de lata culpa o dolo –no cabe imputar complicidad por culpa leve-, de modo que las acciones u omisiones del cómplice deben ser generadoras, por sí, de la insolvencia del deudor o, en su caso, agravante de la misma, y deben provocar la calificación del concurso como culpable⁸.

responden a patologías típicas de los grupos de sociedades, en las que pueden cooperar otras sociedad del grupo o sus administradores. Así, se señalaba como ejemplo, la consistente en que durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (art. 164.2.5º LC), o que antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6º LC).

6 Merece destacar la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2.008 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, en la que se fijaba la complicidad de las personas físicas representantes de las personas jurídicas miembros del consejo de administración de la concursada. Dicha Sentencia, señalaba que *“fueron las personas que físicamente tenían acceso a la información y tomaban las decisiones en el seno del Consejo y en la gestión y sin su acción u omisión no podían haber concurrido los hechos descritos. Estaban en posición de conocer y tenían deber de conocer la situación de la compañía y no debían haber permitido las irregularidades contables que llevaron a no reflejar la imagen fiel de la compañía durante los ejercicios cerrados a 31/3/2003 y 31/3/2004, no practicaron las regularizaciones necesaria y con su actuación indujeron una situación patrimonial ficticia; es decir, se les traslada de modo automático las responsabilidades que la administración concursada imputa a los miembros del consejo de administración, la suerte de este tipo de cómplices queda ligada a la suerte de los miembros del consejo a los que representaban, sin que se establezcan unos hechos distintos de los que imputan a los administradores ni un grado de dolo o culpa grave distinto del que pudiera imputarse al resto de miembros del consejo”*.

7 En este sentido se ha manifestado, entre otros, el Profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano.

8 La concurrencia de este elemento ha de quedar cumplidamente acreditada. Y es que el criterio de cooperación parte de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso, pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Ahora bien, la determinación de la concurrencia de dicho culpabilidad grave procederá de una presunción judicial o “*praesumptio ad homini*” con arreglo al método del art. 386.1 LEC, por el contrario de las presunciones legales para los afectados que no resultan de aplicación a los cómplices, ni por analogía. Esta es la línea seguida por nuestra jurisprudencia, como es el caso de la Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 19 de diciembre de 2.007, y la Audiencia Provincial de Vizcaya, en SS de 29 de diciembre de 2.009.

- d) Relación de causalidad: el art. 166 LC requiere para la declaración de complicidad la concurrencia de un adecuado nexo de causalidad entre la cooperación del cómplice y la actuación concreta que determina la calificación de culpabilidad del concursado.

Este concepto de cómplice, tal cual ha quedado definido, choca, sin duda, con la figura del cómplice que nuestro Código Penal perfila en su art. 29⁹. Ocurre que mientras desde un punto de vista criminalista o penalista, la complicidad queda restringida a un supuesto muy concreto, en el ámbito concursal se dota a este concepto de una extensión superior, más amplia. Así, son dos las grandes diferencias que se aprecian entre una y otra apreciación: la primera estriba en el criterio de imputación, puesto que en la esfera concursal, la complicidad puede cometerse con culpa grave; la segunda distinción versa sobre las circunstancias de la cooperación en la medida en que en la calificación concursal resulta indiferente si la cooperación fue necesaria o secundaria, o si fue posterior o no al acto que determina la calificación de insolvencia culpable.

En cuanto a los efectos que la calificación del concurso tendrá sobre el cómplice, esta cuestión será abordada más adelante. Sin embargo, debe adelantarse que no serán tan amplios como los previstos para el concursos o sus legales representantes, sino que quedan limitados a la esfera de los previstos en el art. 172.2.3^o.

Finalmente, no se puede terminar este apartado sin hacer referencia a dos aspectos sobre la complicidad concursal que han sido fuertemente criticados por un sector doctrinal¹⁰. El primero versa sobre el solapamiento e incluso contradicción que se produce entre los efectos de la rescisión de actos perjudiciales para la masa (art. 71 y ss LC) y las consecuencias de la complicidad (art. 172.2.3^o LC). El segundo, es lo tardío del momento procesal en que la complicidad ofrece soluciones.

Pues bien, la primera de las cuestiones planteadas realmente no supone mayores problemas en la medida en que en la práctica es altamente complicado que se de dicho solapamiento. Debe partirse del hecho de que la esfera de acción de los art. 71 y ss y art. 172 LC. Así, mientras este último exige un nexo causal entre la conducta del cómplice y la causación o agravación del estado de insolvencia, siendo necesaria la existencia de dolo o culpa grave, la acción rescisoria tan solo requiere de un acto perjudicial para la masa activa, realizado dentro de los dos años anteriores a la decla-

9 Versa el art. 29 CP que "*son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*". Vemos, por tanto, que se opta por una definición negativa del concepto de cómplice

10 A su cabeza se sitúa Alcover Garau, quien considera que ofrece soluciones tardías que no mejoran la posición de los acreedores en la satisfacción de sus créditos. Vid., en este sentido, *Derecho concursal*..., 2003, pp.500 y 201.

ración de concurso, haya mediado o no intención fraudulenta en su ejecución.. Vemos por tanto, que habrá muchos supuestos en los que un tercero que hubiese participado en un acto perjudicial para la masa y, por tanto, rescindible, pero que no haya dado lugar a la calificación culpable de la insolvencia, no será considerado cómplice. Y de ser así, esto es, de ser considerado finalmente como cómplice, entendemos que más que un solapamiento entre los efectos de una y otra acción, lo que se produce es una agravación de la sanción para el tercero.

En lo que atañe a la segunda crítica relativa a la tardanza en los efectos de la calificación de complicidad, no estamos de acuerdo. Nos sumamos a la opinión del Ilustre Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, quien considera la complicidad como una medida más –y no la única ni la más esencial- de nuestro ordenamiento jurídico para proteger a los acreedores ante la lesión de su derecho de crédito. La figura de la complicidad constituye un plus de sanción civil, que obedece a la gravedad del resultado alcanzado con el comportamiento del cómplice.¹¹

2.-TRAMITACIÓN.

2.1.- Breve Introducción: sobre la importancia del informe de la Administración Concursal.

Quiere comenzarse este apartado, relativo a la tramitación de la sección de calificación, ensalzando la importancia que en la práctica del derecho concursal ostenta el informe que al efecto habrá de elaborar en la Administración Concursal y cuya regulación encontramos en el art. 169 LC. Consideramos que desde un punto de vista teórico se ha hablado mucho sobre su contenido y forma de presentación. Sin embargo, no se ha destacado la gran relevancia que en la calificación del concurso tendrá la opinión que los Administradores concursales reflejen en su informe y de la que dependerá, en gran medida –por no decir, totalmente-, la calificación del concurso como culpable o fortuito.

Como más adelante será expuesto, la tramitación de la sección sexta finalizará de forma casi automática en aquellos casos en los que la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal califiquen el concurso como fortuito, ya que en estos casos el juez deberá proceder a dictar auto de conclusión y consecuente archivo de actuaciones. De igual manera, cuando ambos coincidan en la calificación culpable o cuando exista disparidad en la opinión de uno y otro, la pieza sexta continuará su tramitación. Pues

¹¹ Rodrigo Bercovitz, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, pp.1768-1770

bien, hemos querido resaltar la relevancia y significación del informe de la Administración Concursal porque en aquellos casos en los que califique el concurso como fortuito, es altamente probable que el Ministerio Fiscal emita su informe en el mismo sentido. Al menos, así se revela en la práctica procesal. Entendemos que ello se debe a motivos de congestión de la jurisdicción penal que hacen que el Ministerio fiscal se vea incapaz de asumir el peso procesal de la alegación y prueba del incidente, en tanto que única parte demandante. Si a esto añadimos el hecho de que el juzgador no puede actuar de oficio, sino a instancia de dichos dos órganos, el resultado es, como se viene diciendo, que la trascendencia del informe de la Administración Concursal es patente.

Con lo que acaba de decirse no quiere restarse importancia al dictamen del Ministerio Fiscal, ni mucho menos. Pero lo cierto es que su orientación, en uno y otro sentido, vendrá en buena parte condicionada por la opinión que del concurso merezca la Administración Concursal. De ahí la importancia de colaborar con dicho órgano judicial. Y es que la calificación del concurso como fortuito debe partir necesariamente de la rigurosa observancia por el deudor del deber de colaboración e información contemplado en los art. 42 a 45 LC. Está claro que para el caso de concurrir de forma suficientemente acreditada alguna de las actuaciones (art. 164 LC) y presunciones de culpabilidad (art. 165 LC), la calificación como culpable se hace imperativa. No obstante, en aquellos casos en que no existan indicios suficientes o no esté suficientemente clara su confluencia, y siempre que halla existido una actuación proactiva del deudor, la inclinación hacia una calificación fortuita de la insolvencia será mayor.

2.2.- Formación de la pieza separada.

2.2.1.- El motivo de apertura de la sección de calificación.

Como se deduce del tenor literal del art. 163 LC y como se ha dejado dicho al principio de este artículo, el motivo de apertura de la sección de calificación (o pieza de calificación) viene determinado por dos supuestos taxativamente fijados: (i) cuando el convenio aprobado establece para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1.1 LC); y (ii) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

En este sentido y diferencia del sistema anterior, aquel en el que la mencionada pieza de calificación se abría con carácter general en todos los procedimientos de quiebra (art. 895 C de C y 1382 y ss LEC) y en los de suspensión de pagos siempre que se declarase definitiva la insolvencia (art. 20 LSP), nos encontramos como el

hecho de “mandar abrir” la sección sexta del procedimiento concursal ha pasado a ser una decisión absolutamente reglada que necesariamente habrá de concurrir, por imperativo legal, en aquellos casos en que se dicte resolución judicial que apruebe un convenio con contenido gravoso para los acreedores¹², o la apertura de la liquidación.

2.2.2.- La formación física de la pieza separada. Resolución judicial inicial.

El pronunciamiento por el que el Juzgado acuerda la apertura de la sección de calificación del concurso, la cual se tramita en pieza separada (sección sexta), se encuentra integrado o tendrá que formar parte necesariamente de otra resolución, es decir, que la decisión por la que el juez ordena la formación física de dicha sección formará parte bien del auto de apertura de liquidación, con independencia de quien la haya solicitado, bien de la sentencia que apruebe un convenio en el que se establezca una reducción del importe del crédito a satisfacer a los acreedores atendiendo a las condiciones establecidas en el art. 163.1.2 LC.

Una vez ordenada pues su apertura mediante la resolución judicial de que se trate, y debido a la naturaleza independiente que a la misma le es inherente y que resulta directamente derivada de su tramitación como pieza separada, nos encontramos como el legislador, plenamente consciente de la elevada carga litigiosa a la que esta generalmente deberá ser sometida, pudiendo llegar incluso a manos en última instancia del Tribunal Supremo mediante recurso de casación¹³, haya tenido a bien el hecho de establecer la obligatoriedad de incorporar a ella, a parte del testimonio de la resolución judicial en la que se ordena su formación, toda una serie de documentos y/o actuaciones encaminados a facilitar el conocimiento o entendimiento sobre aquello que se está juzgando.

En cuanto a la documentación a testimoniar para su unión a la pieza de calificación, cabrá que distingamos entre aquel supuesto en el que la solicitud de declaración del concurso haya sido presentada por el deudor (concurso voluntario, art. 6 LC), y aquellos en los que en cambio, dicha solicitud, haya sido llevada a cabo por el acreedor y/o los demás legitimados (concurso necesario, art. 7 LC).

De esta manera, mientras que para el caso del concurso necesario además del escrito de solicitud del deudor deberán acompañarse algunos documentos de indis-

12 Sentencia de fecha 5 de marzo de 2008 del Juzgado Mercantil nº 2 de Bilbao; “*El convenio que justifica la apertura del mecanismo de calificación es exclusivamente el de especial sacrificio, esto es, que compromete la condonación de más de una tercera parte de los créditos o aplazamiento de más de tres años*”

13 Art. 197.6 LC

tible trascendencia para la posterior calificación como bien pueden serlo la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, el inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, la memoria de los cambios significativos de los cambios operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y presentadas, y de las operaciones que, por su naturaleza, objeto y cuantía, excedan del giro o tráfico del deudor, etc. (véase art. 6 LC), si el concurso es en cambio necesario, al testimonio de la solicitud del acreedor deberán añadirse todos aquellos documentos en los que se exprese y acredite tanto el origen como la naturaleza, el importe, las fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, así como documento del que resulte su legitimación para los supuestos en que la solicitud haya sido presentada por los demás legitimados (véase parágrafos 1º y 2º del art. 7.1 LC).

Resulta absolutamente significativo en cambio, que esta relación de documentos anteriormente referida en ningún caso pueda suponer una barrera infranqueable a la incorporación de otros que también puedan resultar relevantes o útiles para la calificación, como el informe de la Administración Concursal, adhiriéndonos por tanto a aquella argumentación doctrinal que defiende que estos, en ningún caso, conformarán un estricto *numerus clausus*¹⁴.

2.2.3.- *El supuesto especial del art. 167.2 LC.*

Ante la problemática consistente en el incumplimiento de un convenio con el contenido previsto en el número 1º, del apartado 1 del art. 163 LC (“quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años”), situación que provocaría la apertura de una nueva sección de calificación directamente de oficio por parte del tribunal¹⁵, y a fin de evitar lo que supondría una posible duplicidad de piezas separadas, nos encontramos como el legislador distinguirá entre tres posibles soluciones dependiendo de las circunstancias en las que se haya producido el incumplimiento, diferenciándose por tanto los supuestos en los que ya se haya dictado el auto de archivo o sentencia de calificación¹⁶ y aquellos en los que la calificación estuviese todavía en tramitación (art. 167.2.2º LC).

a) Incumplimiento posterior al auto de archivo.

Se tratará de aquellos supuestos en los que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1º del art. 170 LC, se haya dictado auto ordenando el archivo

14 Rodrigo Bercovitz, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p.1776

15 Art. 143 LC

16 Art. 167.2.1º LC

de las actuaciones sin más trámite ante la coincidencia de calificación fortuita por parte de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal –o en ausencia de la propuesta de este segundo¹⁷-. En estos casos, la resolución judicial por la que se acuerde la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio mandará la reapertura de la sección teniendo el juzgador la posibilidad, ahora sí, de declarar el concurso culpable o fortuito.

b) Incumplimiento posterior a la sentencia de calificación.

En estos casos, de igual forma que en el supuesto anterior, la resolución judicial por la que se acuerde la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio también ordenará la reapertura de la sección, dando lugar en cambio a una problemática con la que antes no nos encontrábamos: la vulneración de los efectos de la cosa juzgada¹⁸.

De este modo, se podrá distinguir entre la vertiente doctrinal que, al considerar que la reapertura de la calificación estará condicionada por aquella primera sentencia que se dictó, entiende que hubiese sido mucho más acertado que el legislador hubiera previsto la postergación de la emisión de la misma hasta producirse el cumplimiento o incumplimiento definitivo del convenio¹⁹, y aquella que, considerando en cambio este proceso como autónomo, entiende que nunca cabría desactivarla por una eventual e injustificada alegación de litispendencia por referirse a un motivo de imputación diferente del que se pudo alegar con anterioridad²⁰.

c) Incumplimiento estando en trámite la pieza de calificación.

En esta tercera hipotética situación en cambio, la cual se encuentra regulada en el art. 167.2.2º LC, y a diferencia de las anteriores, nos encontramos como el legislador ante la existencia de un motivo más para calificar el concurso como culpable que no pudo ser alegado antes por inexistente –el incumplimiento del convenio–, optó por establecer la formación de una pieza separada “autónoma” dentro de la pieza de calificación que ya se encuentra abierta, dirigida por tanto única y exclusivamente a la determinación de las causas de incumplimiento y las responsabilidades que de esta se deriven.

17 Auto del Juzgado Mercantil nº1 de Bilbao, de fecha 13.04.2007; “*No ha habido calificación de concurso fortuito en el caso del Fiscal, pero tampoco se ha calificado en el término que señala el art. 169.2 LC, por lo que, como dice tal norma “se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación”*”.

18 Art. 222 LEC

19 Rodrigo Bercovitz, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p.1778

20 *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, p.1727

2.2.4.- *La personación de los interesados.*

Uno de los mayores aciertos de la Ley Concursal, lo encontramos en la facultación a cualquier acreedor o persona con interés legítimo, y siempre que se cumplan ciertos requisitos²¹, para personarse en la sección de calificación del concurso a fin de formular las alegaciones que se consideren relevantes para la posterior calificación como culpable, cerrándose de esta manera la hermética interpretación anterior que impedía un equilibrio procesal de partes legitimadas²².

Este derecho de personación y alegaciones escritas de los acreedores y de aquellos que acrediten un interés legítimo, una vez abierta la pieza separada de calificación, podrá ejercitarse en el plazo de diez días desde la última publicación que se hubiese dado, bien a la resolución judicial de aprobación del convenio (con el contenido previsto en el art. 163.1.1º LC), bien a la de apertura de la liquidación, a través de edictos o en los Boletines Oficiales señalados en las leyes procesales, pudiendo sustituirse, en su caso, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos en los términos que reglamentariamente se determinen²³.

Es evidente, respecto al alcance y valor de este derecho de personación, que nos encontramos con un trámite más formal que de trascendencia real para la calificación del concurso, ya que tal y como hemos visto anteriormente²⁴ si coinciden el informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal en cuanto a la calificación fortuita del concurso, directamente se ordenará la procedencia del archivo de las actuaciones. Cabe destacar en cambio, el cómo resultará por contra una herramienta de gran utilidad para considerar cumplidas las exigencias de certidumbre y defensa de los acreedores y demás personas afectadas por la calificación de la quiebra²⁵, cuyas alegaciones deberán limitarse estrictamente a aquello que pueda ser considerado relevante para su calificación como culpable.

En el supuesto de personación por parte de los acreedores e interesados legítimos afectados por el incumplimiento del convenio con el contenido previsto en el art. 163.1.1º LC en la pieza autónoma prevista en el art. 167.2.2º LC, el ejercicio del derecho del mismo deberá limitarse, únicamente, al planteamiento

21 Art. 168 LC

22 Véase "LUCES Y SOMBRAS DEL REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO, DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL (UN INTENTO DE REFORMA PARA LA CRISIS)" del Profesor D. Sebastián Sastre Papiol que se encuentra recogida en esta misma publicación.

23 Véase art. 23 LC

24 Vid supra apartado 2.2.3 a)

25 Rodrigo Bercovitz, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p.1782

de las causas relacionadas con el incumplimiento del mismo, evitándose de esta manera el hecho de que puedan plantearse nuevas consideraciones a efectos de una posterior valoración del concurso como culpable.

2.2.5.- Administración Concursal y Ministerio Fiscal. El informe y el dictamen.

En primer lugar y en cuanto al informe de la Administración Concursal se refiere, nos encontramos como dentro de los quince días siguientes a la expiración de los plazos para personación de los interesados²⁶, la Administración Concursal deberá presentar ante el tribunal un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso con propuesta de resolución –quedando sustituidos por tanto los derogados arts. 1382 y 1383 LEC que se referían al informe del antiguo Comisario y la exposición de los Síndicos-.

De esta manera, y siguiendo el acertado criterio de parte de nuestra doctrina²⁷ sobre el contenido de esta actuación documental atendiendo a lo que se establece por la Ley Concursal, podremos distinguir cinco aspectos que devendrán imprescindibles: (i) la propuesta de calificación; (ii) documentada; (iii) razonada; (iv) con identificación de los demandados -y sus cómplices-; y (v) la determinación de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado, inciso añadido en el trámite parlamentario de la Ley Concursal por el Pleno del Senado a fin de “evitar que sea necesario recurrir a un procedimiento posterior para fijar daños y perjuicios”²⁸.

Haciendo mención en segundo lugar al dictamen del Ministerio Fiscal, podemos comprobar como una vez unido a la pieza de calificación el informe de la Administración Concursal, el Secretario judicial dará traslado del contenido de toda la sección al Ministerio Fiscal para que en un plazo de diez días²⁹ -que podrá prorrogarse por diez días más- emita dictamen relacionado con la calificación del concurso que en su caso estime procedente. Cabe indicar en cambio, que ante la falta del mismo y como hemos dicho antes, en aras a la instauración de un proceso concursal rápido y sin dilaciones indebidas, se seguirá adelante con el proceso tomándose dicho silencio como la aceptación de la propuesta de calificación efectuada por la Administración Concursal.

26 Art. 169.1 LC

27 *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, p.1743

28 BOCG, serie A, de 19 de junio de 2003, núm. 101-23, p.10

29 Art. 169.2 LC

Nuevamente nos encontramos en este caso con la particularidad del supuesto previsto en el art. 167.2 LC en el que se determina la apertura de una pieza autónoma integrada en la pieza de calificación que esté en trámite. Ante esta situación pues, y en consonancia con establecido en el art. 168. 2 LC, tanto el informe como el dictamen de la Administración Concursal deberán limitarse a las causas del incumplimiento del convenio, considerando la imputabilidad respecto del concursado, y si por ello, el concurso deber ser o no calificado como culpable.

2.2.6.- Concurso fortuito y concurso culpable. Distinciones en la tramitación.

El art. 170 LC, precepto en el que hayamos la regulación que se refiere a la tramitación de la sección de calificación, nos ubica claramente entre los dos caminos a seguir y que dependerán de si la calificación de la administración judicial (Administración Concursal y Ministerio Fiscal) es de concurso culpable o si lo es de concurso fortuito.

En este sentido, podemos comprobar que mientras que en el supuesto de coincidir en su calificación como fortuito el informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, o incluso en ausencia de presentación del mismo por parte de este segundo³⁰, se determinará sin más trámite el archivo de las actuaciones por el juez mediante auto contra el que no cabrá recurso alguno³¹, en el supuesto de pretensiones divergentes, se dará efectividad en cambio a la exigencia de tutela judicial del deudor y de las personas que puedan verse afectadas por la calificación, así como la de los cómplices, a través de la regulación de un procedimiento en el que se les concederá audiencia emplazándolos, por un plazo de diez días, para que comparezcan y formulen las alegaciones que consideren convenientes³².

Entendemos que resulta importante, por su relevancia en la práctica del proceso, hacer mención a aquel sector de la doctrina que considera que con este archivo inmediato de las actuaciones en el caso de la concurrencia de los requisitos fijados en el art. 170.1 LC, se estará privando al acreedor o persona que acredite interés legítimo del derecho a la defensa contradictoria establecido en el art. 24 CE. Argumentamos confiados en cambio, atendiendo a la sucinta motivación que siempre le será requerida a dicha resolución³³, que el juez, aduciendo los motivos que le han llevado a acordar

30 Art. 169.2 LC

31 Art. 170.1 LC

32 Art. 170.2 y 3 LC

33 Art. 208 LEC

el archivo del concurso a la vista del informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, justificará o al menos “nos estará dando a entender” que las alegaciones que se hasta el momento se han ido formulando no han sido lo suficientemente relevantes como para proceder a una calificación culpable del mismo³⁴.

2.3.- Sustantación de la oposición.

Para el caso de que el informe de la Administración Concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal sean contradictorios o cuando ambos coincidan en su calificación como culpable, tras dichas calificaciones, se abrirá un plazo de diez días en el que se dará audiencia al deudor para que haga efectivo su derecho de defensa, practicándose a su vez el emplazamiento de todas las personas que pudieran ser afectadas por la calificación del concurso, o declaradas cómplices, a fin de que en el plazo de cinco días comparezcan en la sección³⁵, siendo declaradas, en su defecto, en rebeldía³⁶.

2.3.1.- Ausencia de oposición.

Si el deudor y/o los demás comparecidos en la pieza de calificación no hubiesen formulado oposición, en el caso del primero y atendiendo al plazo fijado por el art. 170 LC dentro de los diez días desde que se le concedió audiencia y, para el caso de los segundos, a contar desde que comparecieron en la sección, el juez directamente dictará sentencia en un plazo de cinco días³⁷.

2.3.2.- Oposición. La vía del incidente concursal.

La oposición referida en el art. 171 LC no es otra cosa que la contestación a la demanda incidental a que se refiere el art. 194.4 LC y, en consecuencia, la forma de oposición será la general del art. 405 LEC al cual se remite³⁸.

Respecto al plazo para formularla, y a falta de una previsión expresa por parte de la Ley Concursal que lo regule, deberá entenderse tal y como hemos visto en el apartado anterior que, de conformidad con el plazo fijado por el art. 170 LC, este será de diez días desde la concesión de audiencia para el caso del deudor y, para los demás afectados, de diez días a contar a partir de su comparecencia en la sección de calificación.

³⁴ Rodrigo Bercovitz, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p.1795

³⁵ Art. 170.2 LC

³⁶ Art. 496 LEC

³⁷ Art. 171.2 LC

³⁸ *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, p.1767

Dicho esto, nos encontramos como el trámite posterior a la oposición será el del incidente concursal³⁹, lo cual nos llevará por aplicación de lo dispuesto en el art. 194.4 LC al señalamiento y la consecuente citación⁴⁰ para la vista del juicio verbal, procedimiento cuyo trámite está regulado en el Título III de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil –y que será de aplicación en nuestro caso salvo en lo relativo a la celebración de la vista–, recayendo en todo momento la carga de la prueba a la parte demandante, es decir, a la Administración Concursal y/o, en su caso, al Ministerio Fiscal.

2.3.3.- *La vista.*

Por medio de la fijación de los trámites del juicio verbal⁴¹, el legislador optó claramente por la concentración de las actuaciones en un solo acto procesal. Una vez practicada la citación para el acto de la misma, la cual se regirá por lo dispuesto en el apartado 1º del art. 440 LEC, nos encontramos ante una vista caracterizada por la oralidad y la intermediación, donde tendrá lugar la ratificación de los fundamentos invocados por las partes en sus escritos de demanda y contestación así como la proposición y práctica de la prueba admitida por el juzgador⁴². Cabe destacar que el juez, tal y como establece claramente el apartado 4º del art. 194 LC, únicamente citará para la vista cuando las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación y “previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados”, procediéndose, en caso contrario, a dictar sentencia sin más trámite.

2.3.4.- *La sentencia de calificación: culpable o fortuito. Contenido.*

Dependiendo de la calificación que finalmente se le de al concurso, o bien culpable o bien fortuito, nos encontramos como en el segundo de los casos y aunque el art. 172 LC no nos lo diga expresamente, la sentencia que declare el concurso como fortuito deberá reflejar inequívocamente la causa o causas que hayan motivado dicha calificación⁴³, mientras que para el supuesto de que dicha resolución lo califique como culpable, esta deberá, además de cumplir con la exigencia general de motivación concretada en la Ley Concursal y que se refiere a la necesidad de indicar la causa o las

39 Sentencia de fecha 19 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª: “*Es evidente, por tanto, que tal escrito de oposición que fue presentado en tiempo y forma...debió generar procesalmente, conforme a lo dispuesto en el art. 171 de la Ley Concursal, su sustantación por los trámites del incidente concursal, y no como error aconteció, el dictado de la sentencia sin más trámites, ya que esta posibilidad sólo queda reservada para el caso de que el concurso fuese calificado como fortuito por la Administración Concursal*”

40 Art. 440.1 LEC

41 Art. 194.4 LC

42 Rodrigo Bercovitz, Comentarios a la Ley Concursal, 2004, p.1957

43 Véase art. 218.2 LEC que obliga a la motivación de todas las sentencias y art. 120.3 CE

causas en que se funde la calificación⁴⁴: (i) enumerar las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, las declaradas cómplices⁴⁵; (ii) declarar la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación⁴⁶ así como la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la declaración o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa⁴⁷; (iii) establecer la condena a devolver los bienes o derechos que estos hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa activa; y (iv) fijar la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado⁴⁸.

Finalmente, y en lo que al contenido de esta sentencia de calificación se refiere, es importante destacar que, tal y como se establece en el apartado 3º del art. 172 LC, y siempre que concurren determinadas circunstancias -deudor persona jurídica, sentencia de calificación culpable dictada tras la apertura de la sección de calificación- esta deberá también indicar, en el caso que proceda como se verá más adelante, la responsabilidad de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable así como de todos aquellos que hubieran ostentado esa condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, sólo teniendo sentido, por su carácter potestativo y no necesario, *“si va justificada por una vinculación entre la(s) conducta(s) que ha(n) permitido calificar culpable el concurso, imputable(s) a los referidos administradores y liquidadores, y la generación o agravación de la insolvencia”* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 29.12.2008)

En cuanto a los recursos contra dicha sentencia, podemos comprobar como esta será susceptible de recurso de apelación, únicamente -recordemos- por quienes hubieran sido parte en la sección de calificación⁴⁹, en un plazo de cinco días⁵⁰ contados a partir de la fecha en que se notifique la sentencia, iniciándose posteriormente y una vez se tenga por preparado el mismo, el plazo de veinte días para interponerlo. Contra la sentencia de la Audiencia, cabrá a su vez posterior recurso de casación y extraordinario por infracción procesal según lo dispuesto en el art. 197.7 LC.

44 Arts. 164 y 165 LC

45 Art. 166 LC

46 Art. 172.2.2º LC

47 Art. 172.2.3º LC

48 Art. 172.2.4º LC

49 Art. 172.4 LC

50 Arts. 197.1 LC y 457 LEC

3.- CONCURSO FORTUITO O CONCURSO CULPABLE. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN CULPABLE.

3.1.- Preliminar: Concurso fortuito o concurso culpable.

Como ha sido expuesto en el apartado anterior, la sentencia de calificación del concurso deberá señalar si el mismo ha sido calificado como fortuito o como culpable, entre otros pronunciamientos. Enlaza esta clasificación de la calificación del concurso con la tendencia histórica mantenida en nuestro derecho al concentrar los casos de insolvencia bajo dos conceptos básicos: el que determina la culpabilidad y el que no la determina y este criterio ha sido el mantenido por el legislador en el actual procedimiento concursal.

Respecto al concurso fortuito, no recoge la Ley Concursal un concepto de lo que debe entenderse por tal, si no que más bien se entiende que estaremos ante un insolvencia fortuita cuando no concurren en la conducta del concursado o de sus representantes legales actos que permitan calificarlo de culpable. En definitiva, se trata de un concepto por exclusión, aunque hay quienes siguen estimando útil la definición del Código de Comercio que en su art. 887 disponía que “*se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieron infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas*”. Vemos por tanto, como este precepto asimilaba el concepto de concurso fortuito con un supuesto de culpa leve.

No obstante, y desde un punto de vista práctico, la realidad es que, como hemos dejado dicho, el concepto de concurso fortuito queda relegado a un segundo plano de modo que su apreciación quedará a expensas de la no calificación de la insolvencia como culpable.

En cuanto al concurso culpable –concepto que será explicado en profundidad en los apartados que siguen–, nos encontramos con que el concepto general se fija mediante una fórmula abierta general de cierre frente al sistema de *numerus clausus* tradicional (art. 165.1 LC). Y al lado de este tipo general, se establecen, por un lado, los ilícitos concursales, tipificaciones de actuaciones concretas cuya realización conlleva la declaración de responsabilidad (art. 164.2); y por otro, se recogen presunciones de dolo o culpa grave del concepto general, un catálogo de conductas que hacen referencia a deberes concursales o deberes relacionados con las cuentas anuales (art. 165 LC).

Finalmente, señalar que las consecuencias previstas en la Ley Concursal para uno y otro supuesto son totalmente extremas, pues mientras que el concurso fortuito no traerá consigo ningún tipo de efecto sobre el concursado ni ningún otro sujeto pasivo del concurso, para el supuesto de concurso culpable son diversas las consecuencias previstas en la norma.

3.2.- Dolo o culpa grave.

3.2.1.- Principio general de culpabilidad. Introducción.

Para la calificación como culpable, la Ley Concursal exige la concurrencia de dolo o culpa grave. De esta manera, nos encontramos como el art. 164 LC establece que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (nexo causal⁵¹) y/o, en su caso de terceros -representantes legales o, en los casos de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores-.

El legislador, siguiendo el criterio clásico *culpa lata dolo aequiparatur*, ha justificado la equiparación entre dolo y culpa lata a efectos presuntivos, estableciéndose habida cuenta la dificultad de demostrar el dolo directamente, que la culpa lata sería presuntamente dolo⁵².

La misma Ley Concursal, pasa a enunciar respecto a este principio general de culpabilidad arriba indicado, dos importantes matizaciones, fijando por una parte toda una serie de presunciones que no admitirán prueba en contrario (“*iuris et de iure*”)⁵³, y por otra, toda una serie de supuestos que llevarán consigo una presunción, que si admitirá en cambio prueba en contrario, de dolo o culpa grave⁵⁴ (“*iuris tantum*”).

3.2.2.- Presunciones iuris et de iure.

El art. 164 LC pasa a regular todas aquellas presunciones que únicamente precisaran de la concurrencia del supuesto de hecho para que el concurso, sin más, se declare como culpable, no admitiéndose por tanto prueba alguna en contrario.

51 Sentencia de fecha 5 de febrero de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª; “*En los casos en los que el concurso se califique como culpable por concurrir alguno de los supuestos del art. 164.2 de la Ley Concursal, la previsión de que el concurso ha de calificarse en todo caso como culpable lleva implícito el enlace causal ex lege entre la conducta del deudor o su representante y la insolvencia*”

52 Rodrigo Bercovitz, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p.1754

53 Art. 164 LC

54 Art. 165 LC

Siguiendo el orden establecido por la norma, nos encontramos la primera de las causas establecidas *iuris et de iure* en el incumplimiento de los deberes contables por parte del deudor, pero no cualquier incumplimiento, sino únicamente aquellos que por su relevancia impidan conocer fehacientemente la situación patrimonial del deudor⁵⁵. En este sentido, el legislador entiende que la calificación como culpable sólo se dará⁵⁶ si: (i) se incumple sustancialmente esta obligación; (ii) si llevara doble contabilidad; o, (iii) si hubiera cometido irregularidad relevante⁵⁷. La segunda de las causas, se corresponde con la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados, bien con la solicitud de declaración de concurso bien posteriormente, o la existencia de documentos falsos⁵⁸, es decir, un comportamiento claramente negligente a la hora de reflejar la situación patrimonial del deudor y/o la ocultación de la realidad. En cuanto a la tercera de las causas que determinaran dicha calificación, la Ley Concursal se refiere a la apertura de la liquidación de oficio por incumplimiento de convenio por causa imputable al concursado⁵⁹, presumiéndose por tanto como motivo de la misma el comportamiento doloso o culposo del deudor. La cuarta de las causas, ya contemplada tradicionalmente en nuestra legislación⁶⁰, hace referencia al alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores⁶¹ (no necesariamente de todos) así como a aquellos actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo⁶². A continuación, y en quinto lugar, nos encontramos con la comisión por parte del deudor de actos fraudulentos, y más concretamente, cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso hubieran salido fraudulentamente –siendo necesario para su concurrencia que se acredite una conducta del deudor tendente a producir o aumentar su propia insolvencia, todo ello con el propósito de dañar a sus acreedores⁶³- del patrimonio del deudor bienes o derechos. Finalmente, y en cuanto a la sexta de las causas se refiere, la Ley Concursal hace mención a los

55 II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Tercera Mesa Redonda: La sección de calificación: aspectos procesales y sustantivos; Segundo bloque –Presunciones de culpabilidad-; “*Desde luego incumplimiento sustancial será la no llevanza de contabilidad, y en general, aquellos incumplimientos en materia contable que impidan determinar y conocer la verdadera situación del deudor*”

56 Art. 164.2.1º LC

57 Sentencia de fecha 26 de abril de 2007 del Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao; “*No basta que exista la incorrección, de alguna importancia, que supone la irregularidad. Es necesario además que aquella sea grave, de tal importancia que carezca de justificación, afectando directamente a las finalidades de claridad, rigor y precisión que derivan de las exigencias legales*”.

58 Art. 164.2.2º LC

59 Art. 164.2.3º LC

60 Art. 890.1º C de C

61 Sentencia de fecha 17 de julio de 2006 del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid; “*En definitiva, la desaparición de parte de los bienes del deudor sin dar explicación satisfactoria de la misma, determina la concurrencia de la presunción de concurso culpable del artículo 164.2.4º de la LC, en tanto que implica un alzamiento en evidente perjuicio de los acreedores que ven reducida la posibilidad de satisfacción de sus créditos en el importe de realización de dichos bienes*”

62 Art. 164.2.4º LC

63 Sentencia de fecha 19 de enero de 2007 del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona.

actos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, englobando por tanto supuestos como bien podrían ser el reconocimiento de deudas supuestas, la simulación de enajenaciones, de créditos participativos, etc., en definitiva, la simulación de una situación patrimonial inexistente.

3.2.3.- *Presunciones iurus tantum de dolo o culpa grave.*

A diferencia del que lo precede, el art. 165 LC enumera toda una serie de presunciones de dolo o culpa grave (no de concurso culpable), las cuales, además, si que admitirán prueba en contrario.

De esta manera, podemos comprobar como la Ley Concursal está reduciendo aquí a tres los supuestos en los que se presumirá dolo o culpa suficiente que haga derivar la consecuente calificación como culpable, produciéndose en el supuesto de su concurrencia y de conformidad con lo establecido en el art. 358. 2 LEC la inversión de la carga de la prueba del acreedor al deudor⁶⁴.

a) Incumplimiento del deudor del deber de solicitar la declaración de concurso.

Nos encontramos con este deber en el art. 5 LC, en el cual se establece expresamente que el deudor deberá solicitar la declaración del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, presumiéndose este conocimiento, salvo prueba en contrario, en el caso que se cumplan las circunstancias contempladas en el art. 2.4 LC.

b) Incumplimiento del deber de colaboración con el juez y la Administración Concursal, falta de entrega de documentación y falta de asistencia a la Junta de Acreedores.

Partiendo del principio de buena fe procesal regulado en el art. 247 LEC, se presumirá que de cumplirse los supuestos enumerados por la norma concursal⁶⁵ se habrá actuado con dolo o culpa grave, derivándose en lo que será la consecuente declaración del concurso como culpable.

⁶⁴ Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª; “*Ello supone una suerte de inversión en la carga de la prueba, esto es, que aquel a quien se imputa la conducta presuntiva puede destruirla mediante su actividad probatoria. Caso de no realizar actividad probatoria al respecto o no tener virtualidad para destruir la presunción deberá considerarse que la conducta tipificada conlleva la declaración del concurso como culpable*”.

⁶⁵ Art. 165.3º LC

c) Más incumplimientos de naturaleza contable.

Según reza el art. 165.3º LC, si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad⁶⁶, no hubiera formulado las cuentas anuales -“*al cierre del ejercicio*”⁶⁷-, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo⁶⁸, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso⁶⁹, se presumirá la existencia de dolo o culpa grave –salvo prueba en contrario–.

3.3.- Efectos meramente civiles.

De la valoración de la conducta del deudor en el proceso concursal derivan una serie de efectos, patrimoniales y personales, pero todos con un eminente carácter civil. Dicho en otras palabras: tras la entrada en vigor de la actual Ley Concursal, el ámbito civil y el ámbito penal han quedado totalmente desvinculados, de modo que en ningún caso una calificación culpable del concurso desencadenará un efecto penal sobre la persona afectada. Así lo enuncia claramente la Exposición de Motivos de la Ley –VIII, último párrafo- en que se dice textualmente que “*los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La Ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia*”.

Históricamente, bajo la anterior legislación de quiebras y suspensiones de pagos, la calificación civil de la quiebra se configuraba como un requisito de procedibilidad penal, hallándose íntimamente vinculados ambos órdenes, civil y penal. Así, nos encontrábamos con que una calificación de quiebra fraudulenta llevaba pareja la automática instrucción de un sumario penal. Sin embargo, como hemos apuntado, esta situación se modifica, primero por el Código Penal de 1.995 cuya redacción del art. 260 que rompe con la dependencia del orden civil y el orden mercantil y proclama la independencia procesal de la jurisdicción penal respecto de la civil, contenido éste que es recogido por el propio art. 163 LC.

A grandes rasgos podría decirse que la principal novedad que supuso en su día, tanto el Código Penal de 1.995, con la posterior modificación operada por la Ley 15/2003, así como la Ley 22/2003, Concursal, no ha sido la de suprimir la necesidad de esperar a una calificación civil para iniciar la vía penal así como que, aun en su-

66 Art. 25 C de C

67 Art. 34 C de C

68 Véase art. 41 C de C que nos remite a la normativa específica societaria.

69 Art. 365 RD 1784/1996

puestos de calificación de concurso como culpable con existencia de fraude, la apertura de la vía penal no dimana automáticamente de dicha calificación civil, si no que deberá acudir al correspondiente procedimiento penal que determine las respectivas consecuencias disciplinarias.

La doctrina ha discutido mucho acerca de la conveniencia o no de dichas reformas y sobre si han resultado más gravosas que ventajosas. No siendo nuestra intención entrar en un debate doctrinal sobre dichas cuestiones, si no la efectuar una valoración práctica sobre la repercusión de tales cambios en seno de procedimiento concursal, debemos decir que nos adherimos totalmente a la opinión acertadamente ofrecida por Sala Reixachs⁷⁰ en tanto que, en cualquier caso, la autonomía de los órdenes penal y civil no obsta para que, en caso de declaración de concurso y de ser este calificado como culpable, exista una repercusión no sólo en la responsabilidad civil del sujeto afectado, no que también puede extender sus efectos al orden penal. Y ello, porque en sede de concurso quedan constancia de muchos hechos que pueden ser constitutivos de delitos tipificados en el Código Penal. Por ello, aun habiendo sido depuradas las responsabilidades civiles de sus autores, en muchos casos nos encontraremos ante la incoación de las correspondientes diligencias penales, todo ello impulsado por los ánimos de vindicta de determinados acreedores del concurso que se han visto agravados por el mismo.

Pero dejando todo lo hasta aquí explicado un poco al margen, y centrándonos en lo indicado al inicio de este apartado, esto es, los efectos meramente civiles de la calificación del concurso como culpable, pudiendo distinguirse, a estos efectos, dos tipos de consecuencias: las que operan sobre la esfera patrimonial de los afectados (pérdida de derechos y devolución de bienes vía art. 172.2.3 LC^o); y las consecuencias en el orden personal (inhabilitación vía art. 172.2.2^o LC). Además, con carácter especial y reservado para los casos más graves, nos encontramos con la llamada responsabilidad por deudas sociales, regulada en el art. 172.3 LC y prevista tan solo para los administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

3.3.1.- Inhabilitación de las personas afectadas por la calificación del concurso (art. 172.2.2^o LC).

La redacción del art. 172.2.2^o LC ha dado a lugar múltiples críticas, pues al referirse a las personas que podrán ser inhabilitadas tan solo menciona a las personas afectadas por la calificación del concurso, lo cual parece dar a entender que solo

70 Sala Reixachs, Comentarios al Código de Comercio, T. III, pp. 2194

afectaría a los administradores o liquidadores de hecho o derecho de la concursada, pero no a la propia deudora. Sin embargo, para evitar el absurdo que ello supone, el referido precepto ha de ser interpretado en el sentido de incluir tanto al deudor como a sus representantes legales. En cuanto a la inclusión de la figura del cómplice, existe diversidad de opiniones. Nosotros nos inclinamos porque no procede su inclusión al entender que la inhabilitación para administrar se corresponde con el resultado de la insolvencia del concursado, que no es el caso del cómplice. También por interpretación sistemática de los puntos 2º y 3º del art. 172.2., puesto que mientras el punto 2º, respecto a la inhabilitación tan solo se refiere a las personas afectadas por la calificación del concurso, en el 3º relativo a la pérdida de bienes y derechos, se especifica que también afectará a los cómplices, con lo que entendemos que si la intención del legislador hubiese sido la de incluir a los cómplices en la sanción de inhabilitación lo hubiese especificado en iguales condiciones que lo hace en el punto 3º. En cuanto a la legitimación activa para solicitarla, corresponde a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal⁷¹, aunque también podrá acordarse de oficio.

Por lo demás, pocas complicaciones plantea este pronunciamiento. La inhabilitación podrá serlo por un plazo de dos a quince años, siendo el juez del concurso quien gradúe dicho plazo, en virtud de las amplias facultades que le atribuye la Ley, si bien deberá hacerlo atendiendo al criterio de gravedad de los hechos y entidad del perjuicio, como bien apunta la propia norma. No obstante, debe realizarse una puntualización. En la práctica, se ha revelado que determinados juzgadores, ante la falta de una petición mayor por la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal, han impuesto tan solo la inhabilitación por el plazo mínimo de dos años al considerar que, de lo contrario, se estaría causando indefensión jurídica a los afectados ya que podrían haber propuesto prueba para justificar que se les impusiera en esa extensión mínima. Asimismo, en la medida que la inhabilitación puede ser acordada de oficio, lo normal es que el juzgador opte también por la imposición de su grado mínimo en dichos supuestos.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de la inhabilitación, todo parece apuntar que más que ante un supuesto de incapacidad de obrar, nos hallamos ante una prohibición de disponer o administrar determinados bienes y derechos, siendo la mejor muestra de ello el que la inhabilitación no lo es para la administración de los propios bienes, sino para la administración de bienes ajenos o representación de terceros.

71 No puede olvidarse que la intervención de los acreedores y terceros perjudicados en esta sección queda limitada a la inicial personación con el objeto de alegar lo que consideren relevante para la calificación del concurso como culpable, pero sin que quepa por su parte el ejercicio de acción alguna ni deducir concretas pretensiones.

3.3.2.- Pérdida de derechos como acreedores concursales o de la masa y devolución de bienes o derechos. (art. 172.2.3º).

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior, en el que dentro del concepto de “*personas afectadas por la calificación del concurso*” debe entenderse incluido el concursado, no ocurre lo mismo aquí ya que los efectos de carácter patrimonial de la norma afectan a bienes y derechos propiedad de terceros y nunca del deudor. La legitimación activa corresponde igualmente a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal.

En cuanto a la pérdida de derechos de los sujetos pasivos, la sentencia de calificación declarará extinguidos dichos derechos concursales o contra la masa, en virtud de lo que disponga el listado de acreedores definitivo.

Y en cuanto a la restitución de bienes o derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa activa, debe entenderse que se está haciendo referencia a negocios a título gratuito, en sentido amplio, comprendiéndose aquí el uso ilícito de tarjetas de crédito, el pago de servicios inexistentes o la realización de transferencias sin causa, entre otros supuestos⁷². Por el contrario, no supondría la necesidad de restituir los bienes o derechos que hubiesen sido obtenidos en virtud de un negocio oneroso, realizado en condiciones de mercado, de modo que no se restituirían los salarios o retribuciones, salvo en supuestos de acreditación de exceso en su percepción⁷³.

Como apunte práctico a tener en cuenta, indicar que cuando lo que se pretenda sea la devolución de bienes o derechos obtenidos ilícitamente por los sujetos pasivos, quién así lo intereses deberá especificar a qué bienes o derechos se refiere o, al menos, mencionarlos de manera indiciaria. El motivo viene dado para evitar posibles sorpresas, puesto que se han dado casos en los que nuestra jurisprudencia menor ha declarado que aun habiéndose calificado el concurso como culpable, no procede declarar ni la devolución de lo obtenido indebidamente del patrimonio del concursado ni recibido de la masa al no haberse pedido ni identificado ni acreditado por el interesado lo que aquellos habían obtenido y cuya restitución se interesaba⁷⁴.

72 Sentencia AP Madrid, de 5 de febrero de 2.008.

73 Sentencia JM Barcelona núm. 3, de 5 de octubre de 2.007.

74 Sentencia Juzgado Mercantil de Alicante núm. 1, de 18 de julio de 2.008.

3.3.3.- *Indemnización de daños y perjuicios (art. 173.2.3º LC).*

Aun cuando esta consecuencia de la calificación del concurso se incluye en el mismo apartado que la pérdida de derechos y la devolución de lo indebidamente devuelto, consideramos que procede su mención en apartado al margen.

Respecto a los sujetos pasivos, son los mismos que se han dejado indicados en el apartado anterior. Y en cuanto a la legitimación activa para reclamar estos daños y perjuicios, corresponde a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal (art. 169 y 170 LC). Por tanto, esta indemnización, nunca podrá ser acordada de oficio por el juez del concurso.

Cuestión importante en relación con dicha indemnización es la determinación de su naturaleza jurídica, a fin de poder concretarse en qué supuestos y bajo cuáles condiciones procede su solicitud. Pues bien, debe quedar totalmente descartada la idea de identificar la indemnización prevista en el art. 172.2.3º LC con la acción social contra los administradores prevista en los art. 134 LSA y 69 LSRLE. La principal razón que nos lleva a descartar esta identificación no es otra que la compatibilidad de la sección de calificación con un potencial ejercicio de dicha acción, tal y como se deduce del art. 48.2 LC que atribuye incluso directamente legitimación a la Administración Concursal para su ejercicio. Lo mismo ocurre respecto a la acción individual de responsabilidad⁷⁵. Por ello, debe rechazarse completamente la idea de que se trate del ejercicio de tales acciones en sede concursal.

Lo cierto, es que la indemnización de daños y perjuicios que la Ley Concursal prevé tiene una clara naturaleza resarcitoria y por ello ha sido identificada con la responsabilidad de daños y perjuicios regulada en el art. 1902 de nuestro Código Civil⁷⁶, razón por la que resulta necesario que en su determinación concurren los tres requisitos clásicos y propios de esta responsabilidad y que son:

- Acción u omisión negligente del sujeto afectado por la calificación del concurso o su cómplice.

⁷⁵ Respecto a la acción individual de responsabilidad, su descarte también vendría dado por el hecho de que tal acción debería ser ejercitada por los acreedores y terceros perjudicados con la finalidad de ser directamente indemnizados, si bien ello no sería posible en la sección de calificación en la que su intervención se limita a la inicial personación con el objeto de alegar lo que consideren relevante para la calificación del concurso como culpable, pero sin que en ningún caso puedan ejercitar acción alguna ni deducir concretas pretensiones.

⁷⁶ Responsabilidad extracontractual o aquiliana.

- Causación de un daño que se identifica con la generación o agravación de la insolvencia.
- Relación de causalidad entre uno y otro.

La indemnización de daños y perjuicios del art. 172.2.3º LC exige de una concreta prueba de tales elementos puesto que solo así podrá determinarse el concreto daño cuya indemnización se postula, lo cual resulta de vital importancia para acordar tal indemnización. Dicho con otras palabras: constituye una existencia el demostrar la existencia real de dicho daños y perjuicios para que la obligación resulte exigible, no siendo suficiente meras hipótesis o conjeturas, ni daños difusos, por cuanto solo será indemnizable aquel daño que se halle perfectamente acreditado por elementos probatorios suficientemente explícitos, que halla sido definido y perfectamente delimitado de modo que puede procederse a su cuantificación. Lo que en ningún caso será aceptable será la fijación de una cantidad alzada de reparara daños y perjuicios no concretados y menos aún una obligación genérica de satisfacer daños y perjuicios no probados.

Esta exigencia de identificación y prueba de tales elementos que justifiquen y acrediten la fijación del *quantum* indemnizatorio lo impone el art. 169.1 LC a la Administración Concursal en su informe, en el que deberán determinarse claramente los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. Este requerimiento encontraría su justificación en el reforzamiento del derecho de defensa de la persona afectada, de modo que puede discutir, en igual de condiciones, la cifra de la reclamación. Pero esta exigencia de especificación y prueba de los daños y perjuicios no solo corresponde a la Administración Concursal, sino también el juez del concurso a la hora de dictar su sentencia de calificación. Así, aun cuando tal exigencia no dimane del referido precepto 169 LC, ni de ningún otro que exija dicho grado de detalle, lo cierto es que en estos supuestos resulta aplicable, de forma supletoria, la previsión contenida en el art. 219 LC, que exige que en las sentencias dictadas en procesos de reclamación del pago a cantidades de dinero habrá de cuantificarse exactamente el importe de la condena y nunca cabrá una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlo⁷⁷.

⁷⁷ Esta exigencia de fijación clara en la sentencia de calificación de los daños y perjuicios causados con cuantificación de los mismos, todo ello en base a elementos probatorios explícitos, con rechazo total de sentencia que fijen una obligación genérica de indemnización ha llevado a que instancias judiciales superiores hallan estimado en apelación la no apreciación de la indemnización fijada por el juzgado de instancia por no haber identificado claramente los daños indemnizables ni haber fijado con precisión el *quantum* indemnizatorio. En esta línea cabe destacar la Sentencia Audiencia Provincial Guipúzcoa, de 23 de octubre de 2.008.

Como último inciso, resulta necesario aclarar qué se entiende por daños indemnizables. Eso es, la norma analizada no especifica si los mismos se refieren exclusivamente al concurso, al patrimonio del deudor o a los patrimonios particulares de los acreedores o demás interesados del concurso; tampoco precisa si tales daños y perjuicios han de verse desde una perspectiva general o necesariamente deben quedar delimitados a los supuestos regulados en ella. Pues bien, consideramos que el concreto de daños indemnizables se refiere a cualquier daño y perjuicio causado sobre el concursado y por ende, a la masa, y no a los limitados por ser acreedores concursales, por haber obtenido bienes o derechos indebidamente o por haber recibido bienes de la masa activa.

3.3.4.- Responsabilidad por las deudas sociales (art. 172.3 LC).

Sin duda, esta responsabilidad por las deudas sociales constituye la principal novedad respecto a regímenes de insolvencia anteriores al introducir una norma que impone consecuencias altamente lesivas para determinados sujetos a los que se atribuye la generación o agravación del estado de insolvencia.

Antes de entrar a valorar la naturaleza de esta responsabilidad y sus principales características, se hace necesaria una breve exposición de los requisitos necesarios para su aplicación, puesto que solo así podremos formarnos una idea exacta del alcance de esta responsabilidad. Tales requisitos son los siguientes:

a) Que se haya formado o reabierto la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

Por tanto, los efectos de este precepto entrarán en juego en dos claros supuestos: el primero, cuando el juez haya ordenado la liquidación con consiguiente apertura de la sección sexta; y el segundo, se dará en los casos de reapertura de la sección de calificación que será cuando se hubiese aprobado un convenio, que posteriormente resultó incumplido.

Cierto es que la sección de calificación también puede abrirse en el caso de aprobación de un convenio con quitas superiores a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años. No obstante, en estos casos, si el convenio se cumple, no será aplicable la sanción prevista en el art. 172.3 LC. Por el contrario, en caso de incumplimiento, sí que será de aplicación.

La razón de esta exclusión (supuestos de apertura de sección de calificación por aprobación de convenio gravoso que se cumple) resulta bastante lógica.

La aprobación de un convenio con quitas produce unos efectos novatorios que suponen la extinción de los créditos en la parte a que alcance esa quinta. Por ello, si finalmente se cumple el convenio, se habrán satisfecho los créditos en la parte no extinguida, con lo que no cabrá pagar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa en tanto en cuanto ya habrán recibido el importe total de sus créditos.

b) Que el importe de la masa activa a liquidar no sea suficiente para cubrir el de la masa pasiva.

Dos son las cuestiones a clarificar respecto a este requisito. Por un lado, habrá de tenerse presente que en los casos de reapertura de la sección por aprobación de convenio con quitas que luego resulta incumplido, la parte del crédito extinguida por efecto de los efectos novatorios – a los que hemos hecho referencia más arriba – no podrá ser incluida dentro de la masa pasiva de la que tendrán que responder los sujetos afectos por esta responsabilidad. Esto es: no cabrá resucitar la quita aplicada puesto que se ha extinguido y dicho crédito ya no existe.

Por otra parte, el art. 172.3 LC condena a pagar a los acreedores concursales, que con aquellos cuyos créditos nacieron con anterioridad a la declaración de concurso. Frente a estos acreedores concursales, nos encontramos con los acreedores contra la masa o acreedores cuyos créditos se han originado con posterioridad a dicha declaración. Pues bien, respecto a los créditos contra la masa, por todos es sabido que habrán de ser satisfechos antes que los créditos concursales, lo cual implica que el importe resultante de la liquidación de la masa activa vendrá disminuido por la satisfacción de dichos créditos. La duda surge en aquellos casos en los que de la liquidación de la masa activa no surge un importe suficiente para pagar, en su totalidad, los créditos contra la masa. En estos supuestos, si se abriese pieza de calificación que declarase el concurso culpable imponiendo a los administradores o liquidadores la sanción prevista en el art. 172.3 LC, ¿deberán responder también de los créditos contra la masa que no han podido ser satisfechos? La respuesta es que sí. Junto con los créditos concursales, deberán también responder de aquellos créditos contra la masa cuyo importe no ha podido ser satisfecho.

c) Que las personas afectadas sean o hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso administradores o liquidadores de hecho o de derecho de la concursada.

Quedan, por tanto, excluidos de esta responsabilidad los cómplices así como los administradores o liquidadores de hecho o derecho que lo hubiesen con

anterioridad al plazo de dos años a contar desde la declaración de concurso, aun cuando hubiesen causado o agravado la insolvencia del deudor⁷⁸.

Dato a resaltar es que, dado el redactado del precepto, cabría la posibilidad de que si la sociedad concursada se hubiese fusionado con otras, se podría condenar a quienes hubieren sido administradores de todas las sociedades fusionadas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

d) Que el concurso sea declarado culpable y que se impute al administrador o liquidador de alguno de los supuestos de culpabilidad concursal.

Resulta obvio. La sanción del art. 172.3 LC tan solo procederá en los casos de calificación culpable del concurso con imputación al administrador o liquidador del acto u omisión causante o agravante de la insolvencia. La única duda que se plantea aquí versa sobre si podría apreciarse esta responsabilidad incluso en los casos en que no ha mediado dolo o culpa grave en la actuación del administrador o liquidador. Esto es, si cabría la posibilidad de entender que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Nuestra opinión es que no es posible. Aun cuando el redactado del precepto pueda dar lugar a dudas, no puede olvidarse que el art. 172.2 deja bien claro que la sentencia de calificación habrá de determinar las personas afectadas y deberá motivar la atribución de la condición de culpable. Pero no solo eso.

Debe recordarse aquí lo referido en nuestro apartado primero sobre las personas afectadas por la calificación del concurso. Allí y respecto a los órganos de administración colegiados, indicábamos que la responsabilidad de cada uno de ellos es una responsabilidad individualizada, siendo necesario analizar la conducta de cada uno de ellos para determinar la existencia o no de culpabilidad en su actuar. Por tanto, no cabe duda que el criterio de imputación y determinación de la extensión de la responsabilidad concursal se hace radicar en la conducta seguida por cada concreto administrador y que el criterio que determina la extensión de la condena y los administradores afectados por ésta no puede ser otro que la conducta individual de cada uno, que deberá ir revestida de dolo o culpa grave.

⁷⁸ Hay quienes consideran que la fijación de este plazo temporal de dos años genera indefensión jurídica a los acreedores concursales, sobre todo en aquellos casos en los que la prueba de la participación de dichos sujetos en la causación o agravación de la insolvencia en grado de dolo o culpa resulta más que evidente. Indicar que en estos casos, los acreedores o terceros afectados podrían acudir al art. 994 del Código de Comercio según el cual las acciones contra los administradores de la sociedad prescriben dentro de los cuatro años desde la fecha de su cese.

Visto lo hasta aquí expuesto, la principal duda que surge entorno a la responsabilidad por las deudas sociales es su naturaliza jurídica. Si le ha de ser atribuido un carácter punitivo o un simple carácter indemnizatoria. Para nosotros, la respuesta es clara: la naturaliza del supuesto del art. 17. LC es claramente sancionador. Y ello por diversos motivos:

- Primero, por la propia literalidad del precepto, en el que no se exige ninguna relación de causalidad entre la conducta y el daño, sino que solo se habla de un supuesto legal de responsabilidad por deudas ajenas que resultará exigible cuando se den unos determinados supuestos de hecho.
- Segundo, por la puesta en relación con la indemnización prevista en el art. 172.2.3º LC. Ésta, como hemos visto, si que tiene un inminente carácter resarcitorio, por lo que la responsabilidad contenida en el art. 172.3 se presenta como un plus adicional, un régimen agravado de responsabilidad civil. Lo contrario, sería equiparar ambas responsabilidades, puesto que alguna de ellas devendría superflua, redundante e innecesaria.
- Tercero, por su vinculación con el art. 48.3 LC, relativo a las medidas cautelares. Su redacción deja claro que se trata de medidas cautelares instrumentales de la acción prevista en el art. 172.3 LC y ni en uno ni en otro precepto se habla en ningún momento de un nexo causal entre la conducta causante de la probable calificación del concurso como culpable y el probable déficit concursal, que son los únicos dos elementos que exige el art. 48.3 LC.
- Cuarto, la causa de culpabilidad del art. 164.2º LC. Tal precepto sanciona como culpable “en todo caso” cuando concurre alguno de los supuestos que enumera. Sería contradictorio que aplicar la responsabilidad por deudas concursales sí fuera exigible un juicio de valor sobre la relación de causalidad y conducta del administrador con daño, cuando la declaración de culpabilidad se basa en la concurrencia ex lege, sin más valoración. Ello haría prácticamente imposible aplicar en estos supuestos el art. 172.3 con exigencia de tales elementos de culpa, daño y relación de causalidad en los supuestos del art. 164.2, cuando éste no los exige.
- Y quinto, por motivos de justifica retributiva. En este sentido debemos hacer nuestra el razonamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28, de 5 de febrero de 2008, en la que se decía que *“es un modo de atribuir o distribuir los costes del daño derivado e la insolvencia por*

parte del legislador, al considerarse que en los casos agravados de concursos en fase de liquidación y con déficit patrimonial, cuando los administradores, o algunos de ellos, han realizado conductas especialmente reprobables, normalmente idóneas para provocar un daño cuanto menos difuso al patrimonio social, es más adecuado que soporten el daño derivado de la insolvencia de la sociedad los administradores que han realizado tales conductas reprobables que los acreedores, pues aunque la insolvencia del deudor es uno de los riesgos previsibles para quienes participan en el tráfico económico, en los casos en los que es de aplicación el artículo 172.3 de la Ley Concursal no está justificado que sean los acreedores quienes soporten la insolvencia, siendo más adecuado que sea el administrador que ha incurrido en una de las conductas previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal quien soporte las consecuencias perjudiciales derivadas de la insolvencia, al menos la cobertura total o parcial del déficit concursal”.

Por todo estos motivos, entendemos que su naturaleza de sanción punitiva de los administradores o liquidadores de la sociedad o quienes lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso es indiscutible.

En cuanto características principales de esta responsabilidad, destacar que se trata de una responsabilidad personal, pues aun cuando se trata de obligaciones de la concursada, los condenados deberán responder con sus bienes personales, tanto presentes como futuros. Es una responsabilidad limitada⁷⁹ en cuanto que nunca excederá de la suma de las cantidades que los acreedores concursales y, en su caso, acreedores contra la masa, no perciban de la liquidación de la masa activa. Es obligatorio y no potestativa, de modo que siempre que se los requisitos necesarios el juez deberá imponerla a los sujetos responsables⁸⁰ Es una responsabilidad cumulativa con otras acciones de responsabilidad de administradores, tanto con las que ya han sido analizadas en este apartad (art. 172.2.º y 3º LC) como con la responsabilidad derivada de la acción social, con las que puedan resultar de la acción individual y de la responsabilidad “*ope legis*”, cuyo ejercicio no viene excluido por la LC, tal y como hemos venido diciendo a lo largo de esta presentación. Y, finalmente es una responsabilidad subsidiaria, ya que tan solo proceder en aquellos supuestos de déficits puesto de manifiesto tras la liquidación de la masa.

79 La fijación del *quantum* de la indemnización quedará siempre a la discrecionalidad del juez, sin que la Ley concursal haya fijado criterios a los que tenga que adherirse. No obstante, cuenta con un límite máximo que en ningún caso podrá sobrepasar y es el déficit patrimonial resultante tras la liquidación de la masa activa.

80 El empleo del verbo *podrá* ha de ser interpretado no en el sentido de que el juez puede o no puede imponerla, sino que solo podrá imponerla cuando concurran determinados requisitos, pero cuando estos concurran su imposición resulta obligatoria.

3.4.- Valoración práctica: utilidad de la sección de calificación.

Queremos dedicar este último apartado a realizar una sucinta valoración de la utilidad que en la práctica concursal tiene sección de calificación. O dicho a modo de interrogante: ¿realmente la sección de calificación permite establecer correctas responsabilidades respecto a aquellas personas que han generado o agravado la situación de concurso de una entidad?. Nuestra respuesta es que no. Pocos son los supuestos en los que existiendo indicios suficientes que permitirían una calificación culpable del concurso la sentencia de calificación acaba pronunciándose en ese sentido.

En nuestra opinión, son múltiples los motivos que llevan a que la mayor parte de los concursos tramitados en los juzgados mercantiles terminen con una calificación de fortuitos:

- Primero, los costes que implica que una correcta tramitación de la pieza de calificación. Ciertamente es que los efectos previstos por la Ley Concursal para el caso de una calificación culpable del concurso son puramente civiles. No obstante, la actividad probatoria a practicar es ardua puesto que son muchos los extremos que deben ser probados a fin de establecer la culpabilidad de los sujetos responsables. Todo ello sin olvidar que en dicha pieza puede ser salgan a luz hechos que pueden ser empleados para la posterior interposición del correspondiente procedimiento penal por los acreedores o terceros interesados. Eso hace que en muchos casos, se haga necesaria la intervención de profesionales del derecho con unos conocimientos muy concretos y especializados cuya intervención supone un incremento considerable de los costes.

A modo de ejemplo, cabe pensar en el caso de concurso abreviado, en el que solo se nombra un administrador concursal. Normalmente, en estos casos, el juez mercantil suele decantarse por economista, auditor de cuentas o titulado mercantil, en lugar por un profesional del derecho. Por ello, para el caso de que se optase por una calificación culpable del concurso, la intervención de un jurista con conocimientos precisos y capacidad de despliegue de elementos probatorios se haría imprescindible. El problema en estos casos, como venimos diciendo, radica en la asunción de los honorarios de dicho profesional que tendrán que ser asumidos por el administrador concursal⁸¹

⁸¹ Art. 32.2 LC: “Si el juez concediera la autorización, nombrará a los auxiliares, especificará sus funciones delegadas y determinará su retribución, la cual correrá a cargo de los administradores concursales y, salvo que expresamente acuerde otra cosa, en proporción a la correspondiente a cada uno de ellos. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la solicitud cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su denegación”.

- Segundo, y en relación con lo que acaba de indicarse, por una defectuosa tramitación de la sección de calificación. Esto es, casos en los que se ha optado por una calificación culpable del concurso, pero ante la falta de pericia en la dirección letrada del incidente, el juzgador opta por calificar el concurso como fortuito o, en caso de considerarlo culpable, no impone las máximas responsabilidades que hubiesen podido imponerse a los sujetos pasivos. Como venimos diciendo, la tramitación de esta pieza requiere de un alto nivel de conocimientos, sobre todo en el despliegue de elementos de prueba. La falta de rigor en su práctica y en la exposición fundada de las causas que sustentan la calificación culpable hace que en numerosos casos el juzgador se vea en la tesitura de no poder apreciar sus solicitudes, pues de no estar su sentencia de calificación suficientemente fundada estaría introduciendo un elemento de inseguridad jurídica.
- Y tercero, la duración de los procedimientos concursales, que hace que en muchos supuestos las partes en el proceso lleguen a la fase final del mismo fatigadas y con pocos ánimos para asumir un incidente como el que supone una pieza de calificación. Y es que aun cuando la Ley Concursal fue concebida con la intención de dar celeridad al proceso, la verdad es que en múltiples casos no ha sido factible. Sobre todo en concursos en que la concurrencia de acreedores es cuantiosa. En tales supuestos, la fase común suele alargarse más de lo normal ante la proliferación de demandas incidentales de impugnación de lista de acreedores/inventario de bienes y derechos. Ocurre así que cuando finalmente ,y en aquellos casos en que procede, se produce la apertura de la sección de calificación, tanto la Administración Concursal como el resto de partes en el concurso, optan por una solución rápida y sencilla: la calificación fortuita del concurso. De ahí que en muchas ocasiones nos encontramos con informes iniciales de la Administración Concursal que hacen prever una futura culpabilidad del concurso y que, llegada la hora de la verdad, concluyen con una calificación de insolvencia fortuita.

Estos motivos aquí enumerados, junto con muchos otros más que se presentan en la práctica diaria del derecho concursal, hacen que el verdadero objetivo perseguido con esta pieza de calificación, y que no es otro que el depurar posibles responsabilidades y otorgar ciertas garantías a los acreedores concursales como verdaderos afectados del estado de insolvencia del deudor, en muchos casos no se alcance.

JOSÉ J. PINTÓ RUIZ

Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras.

Doctor en Derecho. Abogado

JOSÉ J. PINTÓ RUIZ

Académico de Número de la Real Academia de

Ciencias Económicas y Financieras

Doctor en Derecho. Abogado

DE LA ACCIÓN PAULIANA, A LA RETROACCIÓN Y TRAS ELLA, DE NUEVO A UNA REMOZADA PAULIANA CONFIGURADA POR LA LEY CONCURSAL

1. La antigua acción pauliana como acción rescisoria

La literatura jurídica sobre la aún ahora vigorosamente operativa acción pauliana es abundantísima. Desde el antiguo artículo de FEDERICO DE CASTRO (publicado en RDP, 1932, pág. 193: La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial) hasta el más reciente de CAROLINA FONS RODRÍGUEZ (Los límites a la aclaración de sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana publicado en la Ley núm. 5.727 de 26 de febrero de 2003), aparece un nutrido y largo periodo repleto de producciones desde los grandes tratados (de CASTAN Derecho Civil Común; DIEZ PICAZO Instituciones; ALBADALEJO Curso de Derecho, etc., etc.) hasta las consiguientes monografías. Debemos destacar que FEDERICO DE CASTRO en su obra El negocio jurídico reedición de 1985 (Ed. Civitas - prologada por VALLET) en la pág. 522 atribuye a la acción pauliana las notas propias de la acción rescisoria del art. 1.291-3 del Código Civil, al afirmar que en el seno de dicho núm. 3 se halla el art. 1.111 del propio CC que menciona - con gran laconismo - la acción llamada revocatoria o pauliana. Con singular maestría, poco después, deducirá del mismo texto y contenido que el art. 1.295 del CC - aún en sede general de la rescisión - es aplicable sólo a los números 1 y 2 del art. 1.291 y no lo es a los 3 y 4 del mismo precepto. Es claro que la acción pauliana es una acción rescisoria, de carácter subsidiario, no sólo en el sentido propio del término ya que sólo es utilizable en defecto de otras causas de ineficacia, sino también en el sentido de que su viabilidad queda condicionada a que el acreedor no pueda perseguir eficazmente otros bienes del deudor (Vide 1.291-3º y 1.293 CC pues la lesión consiste

en el daño al acreedor causado por el éxodo del bien que le impide realizar su crédito; sic. También 1.294) pero, insistimos, conviene alcanzar una interpretación muy laxa de tal manera que se concluya que puede ejercitarse la acción pauliana, incluso también cuando la enajenación a rescindir cause problemas, dificultades y complicaciones de realización señaladamente superiores a las que hubiera tenido que sufrir el acreedor en el caso de no haberse realizado la enajenación combatida; es decir no debe ser exigible para la viabilidad de la acción, la radical y absoluta carencia de otros bienes pero sí la mencionada existencia de las graves dificultades antes mencionadas. (Vide según Carolina FONS lug. Cit. - PASCUAL LIAÑO Acción revocatoria o pauliana. Prueba de la insolvencia del deudor. Subsidiariedad de la acción - Comentario a la S del TS de 24 de noviembre de 1988 - en cuadernos CIVITAS en Jurisprudencia Civil, núm. 18, 1988, pág. 1021). Sobre los presupuestos que dan viabilidad la acción paulina, consultar en RDP 2003 pág. 295 el trabajo de ÁNGEL CRISTOBAL MONTES Presupuestos y condiciones de la acción pauliana. Para penetrar en profundidad en el sentido mismo de la acción rescisoria pauliana subsidiaria, son imprescindibles - además de la bibliografía que aparece actualizada en el artículo de Carolina Fons citado - las agudas puntualizaciones que ROCA SASTRE efectúa en su trabajos: “La acción revocatoria de donaciones en la Compilación”. (ADC, 1962, pág. 4); así como su precedente “La acción pauliana y la Constitución Per Tolre fraus” (RJC, 1935, pág. 131) ¹.

El laconismo del último inciso del art. 1.111 del CC al enunciar la acción pauliana, no obsta a percibir que la impugnabilidad que menciona tiene por objeto “los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”, lo que comporta el encuadramiento de dicha acción, en la lista de actos rescindibles que expresa el art. 1.291 del mismo cuerpo legal. En este sentido el núm. 3 que se predica de la frase “son rescindibles”, dice: “Los (contratos) celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”.

El contrato fraudulento y perjudicial para el acreedor, es pues rescindible, y la acción persigue la rescisión del contrato fraudulento.

La subsidiariedad de la acción es evidente, - insistimos - porque aquella es propia de toda acción rescisoria, como proclama clara y contundentemente el art. 1.294 del CC. Pero, además de esta proclamación general vuelve a reproducirse este carácter

1 Vide PINTÓ RUIZ, la voz Insinuación, en el tomo de la I de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, y en el libro de homenaje a Díez Picazo, titulado La inoponibilidad y la Constitución Per Tolre fraus. Sobre el problema de si la subsidiariedad, comporta que en aquellos casos, en que la enajenación fraudulenta sea inoponible al acreedor (vide 340 Compilación catalana), deba esgrimirse la pretensión de “inoponible” en primer lugar, dada la subsidiariedad mencionada, véase TORRES PEREA, Presupuestos de la acción rescisoria. Valencia, 2001 y la nota 34 del tratado citado de PINTÓ RUIZ en el libro homenaje a Díez Picazo, La inoponibilidad y la Constitución “Per Tolre fraus”.

en el núm. 3 del art. 1.291 CC que como es sabido regula la rescindibilidad de los actos efectuados en fraude de acreedores.

Esta acción de tipo claramente rescisorio conduce, en su estimación, al regreso del bien al patrimonio del deudor al objeto de hacer posible sobre él, la realización del valor mediante el oportuno embargo, para lograr hacer pago al acreedor.

Pero, también aquí la subsidiariedad, como ocurre en ciertas situaciones de oponibilidad, enturbia el carácter expeditivo que sería necesario proporcionar en la praxis a esta acción.

Se comprende pues, que como veremos seguidamente, en el antiguo procedimiento universal llamado “quiebra” el resorte de la retroacción (hoy sustituido) era entonces mucho más fácil y expedito que la acción pauliana, que adolecía del inconveniente de su subsidiariedad, y de la exigencia - después más mitigada - del “consilium fraudis” o mala fe en el adquirente para la recuperación del bien (retrotransmisión al deudor) y consiguiente eficacia del resorte.

Ahora, no hay ya retroacción. Pero subsiste a la vez – insisto, como veremos – la antigua acción pauliana y también (en régimen de coexistencia) la nueva acción pauliana concursal, que es una pauliana privilegiada pero ejercitable sólo en sede concursal

2. El hoy ya sustituido sistema más expeditivo de la retroacción: una lección de la historia. La atemperación jurisprudencial.

El conciso párrafo 2 del art. 878 del código de Comercio² al disponer, refiriéndose al quebrado que: “todos sus actos de dominio y administración,³ y disposición”

2 Se trata del Código de Comercio, hoy vigente, de 1885 publicado por Decreto de 25 de Agosto. Como es sabido, determinados artículos del anterior Código de Comercio de 1829, integran también la regulación de la quiebra. Véase sino entre otros los arts. 1035 y 1036 del antiguo Código de Comercio de 1829, evidentemente conexos con el 878 del vigente al que se refiere esta nota.

La explicación de motivos de la Nueva Ley de 9 de julio de 2003 dice que: “Aún más se agrava la situación del derecho concursal español con fenómenos tan anacrónicos como la actual vigencia de un buen número de artículos de nuestro primer Código de Comercio, promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829, en virtud de la invocación que de ellos hace la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, anterior al Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, y vigente en esta materia, conforme al apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, hasta la entrada en vigor de esta Ley Concursal”. Vide en LA LEY núm. 5856 de 24 de septiembre de 2003 pág. 1 La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal por VÁZQUEZ SOTELO.

3 Quiere decir de Disposición y Administración. Esta terminología es la más extendida. La nueva Ley concursal también la usa “Ad exemplum” art. 21, 2. En trance de distinguir entre actos de disposición, y de administración ha de considerarse que entre estos últimos se hallan los de conservación, reparación y explotación ordinaria, sin que el criterio

posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra son nulos” generó, con su contundencia y generalidad, copiosos y delicados conflictos considerados por abundantísima jurisprudencia del Tribunal Supremo desencadenando el afloramiento de una abundante literatura jurídica que en su conjunto muestra los efectos de este instituto y la importancia de las colisiones de intereses, que se produjeron en función del rigor que incidía en la interpretación del precepto.

No puede decirse que el largo camino recorrido haya sido estéril; antes bien, parece que condujo a poner de manifiesto la colisión de intereses de terceros interesados de buena fe que chocaba con el principio de reincorporación al patrimonio del quebrado de los bienes y derechos indebidamente segregados de aquél⁴, o ha servido para patentizar la colisión entre el “favor creditoris” y la indispensable conservación de la inmensidad de actos de administración y conservación efectuados, aún en el periodo mismo de retroacción, que podían generar o no generar lesividad o menoscabo patrimonial del quebrado. Ha servido, en fin, para poner de manifiesto, lo catastrófico que era, tener por inexistentes todos los actos de descripción y administración operados, durante el periodo de retroacción. Se puso de manifiesto la irreversibilidad de todos aquellos actos que como tales, fueron indispensables para la subsistencia y vida de la empresa⁵ y que en su día alcanzaron, dentro del periodo, plena consumación sin que pudieran, pese a la literalidad de la norma, ni material ni jurídicamente desvanecerse⁶. Y no sólo este complejo camino recorrido con sus conflictos problemas y soluciones

que diferencia disposición de administración atendiendo a si el acto comporta o no una propia enajenación sirva. En efecto la venta de objetos al público en una tienda comporta una propia enajenación, y en cambio; el acto es de mera administración como acto de explotación ordinaria. En cambio la enajenación de la misma tienda sí que es un acto de disposición.

Por esto, parece que el criterio más sensato es atribuir al acto dispositivo el carácter de “comprometer seriamente (irreversiblemente diría yo) el porvenir”. Se dirá: ¿el porvenir de quién? Pues el porvenir de aquello que se considera predicado de la disposición. En una juguetería la venta del juguete, claro que es una disposición del juguete. Pero no es una disposición de la universalidad empresarial. Si el predicado es la universalidad empresarial el acto es de explotación ordinaria. Si el predicado es el juguete, claro que se trata de una disposición.

Acerca de la abundante literatura jurídica en torno a esta cuestión, vide Pintó Ruiz, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, voz ADMINISTRACIÓN y también la voz DISPOSICIÓN.

- 4 Vide SS del TS “ad exemplum” de 22 de mayo de 2000 y la de 14 de junio del 2000. En ésta última se hace aplicación del principio de fe pública registral del art. 34 de la LH. Tiene especial interés el binomio de estas sentencias, ante el problema de la protección al subadquirente, del que más adelante se hablará.
- 5 La atribución de nulidad (que teóricamente resulta del texto del art. 872.2 del Código de Comercio de 1885) incluso a los actos de administración efectuados durante el periodo de retroacción, comporta un imposible que no puede trasladarse a la misma realidad. Dejar una actividad mercantil, sin los actos más elementales y borrarlos de la existencia, es imposible. Administrar es pagar los salarios, comprar y gastar combustibles, adquirir primeras materias, satisfacer contribuciones etc., etc.. Enseguida se comprende que habrá que dar sentido real a dicho texto.
- 6 Una cosa es echar hacía atrás, estimando nulos los actos nocivos para el patrimonio empresarial, y otra cosa es estimar nulos todos los actos de disposición - de dominio en denominación legal - y administración que hayan sido útiles, incluso necesarios para la marcha de la empresa. Como veremos esto es imposible, y el TS en su función interpretativa ha evolucionado con mayor o menor intensidad hacia la anulación selectiva (se trata de nulidad, no de rescisión de los actos lesivos, para la buena marcha de la empresa, es decir para los intereses de los acreedores). En este sentido es útil la lectura de la Sentencia del TS que seguidamente aparece en el texto de este trabajo.

jurisdiccionales ha puesto de manifiesto tales cuestiones, sino que ha incidido en la nueva Ley que tiende y aspira a superar tales dificultades.

La importante sentencia del TS de 3 de abril de 2002 en ponencia del magistrado Ilmo. Sr. MARIN CASTAN, expresa en significativa labor de síntesis, con claridad y precisión el camino conceptual recorrido en torno a la llamada retroacción rechazando lo absurdo y atemperando la norma jurídica. Así en su Fundamento jurídico TERCE-RO, en trance de describir los rasgos fundamentales del sistema de protección a los acreedores que según la jurisprudencia se desprende de la regulación de la quiebra en aquel ordenamiento jurídico anterior, decía lo siguiente:

“Ya se distinga entre acciones de retroacción y acciones de reintegración propiamente dichas, ya se considere la reintegración como una categoría amplia que comprendería dos métodos o técnicas diferentes, la retroacción de determinados efectos de la quiebra por un lado y un conjunto de acciones rescisorias por otro, la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo la opinión dominante en la doctrina científica, considera que la fecha de retroacción marca un momento equivalente o asimilable al de la propia declaración de quiebra, a partir del cual serían ineficaces los actos del deudor por estar inhabilitado o desapoderado de hecho conforme al art. 878 en relación con el 874 CCom, en definitiva por encontrarse ya en estado de quiebra real; y que a su vez indicaría una fecha para computar hacia atrás los distintos plazos que señalan los arts. 880 a 882 del mismo Código para atacar determinados actos según su naturaleza (SSTS 25-5-1944, 22-3-1985 y 17-3-1988), interpretación que cuenta con apoyo normativo en el art. 1366 LECiv/1881 cuando distingue entre actos en perjuicio de la quiebra hechos por el quebrado en «tiempo inhábil», que sería el período de retroacción, y actos que por su carácter fraudulento pueden anularse «aun cuando se hubieren hecho en tiempo hábil», es decir antes del período de retroacción.

De ahí que el período de retroacción debía ser fijado, según el art. 1024 CCom de 1829 (que la jurisprudencia y la doctrina entonces dominante consideraban vigente), «por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones», momento computable que sin embargo la jurisprudencia ha extendido también al de los actos del deudor realizados «con evidente mala fe o sin más propósito que perjudicar a los acreedores» (SSTS 27-2-1965 y 17-3-1988)”.

“En cuanto al grado de ineficacia de los actos del deudor dentro del período de retroacción, la doctrina de esta Sala es decididamente rigorista al decantarse por una nulidad radical o de pleno derecho (SSTS 2-12-1999, 22-5-2000, 12-6-2000, 14-6-2000 y 8-2-2001), en la que el adquirente directo del quebrado no resulta protegido

por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque la inscripción no convalidaría el acto nulo según el artículo 33 de la misma Ley (SSTS 2-12-1999 y 22-5-2000), no siendo pacífica en cambio la posición de esta Sala en torno a la protección del subadquirente cuando se dan los requisitos de este último precepto, ya que mientras para la sentencia de 22-5-2000 tampoco se daría tal protección, para la de 14-6-2000 sí habría que respetar la adquisición del subadquirente como tercero hipotecario.”

“Ahora bien, ese rigor jurisprudencial no está exento de matices, porque el propio fundamento del régimen jurídico de protección de la masa de la quiebra determina que no pueda ni deba prescindirse por completo del efectivo perjuicio causado para, excepcionalmente, mantener la validez de los actos que, realizados dentro del período de retroacción, sin embargo no afecten o no sean contrarios a los intereses de los acreedores (STS 20-9-1993), criterio que explícitamente se respeta, bien es cierto que subrayando su excepcionalidad, por las sentencias anteriormente citadas.”

Enseguida se observa ⁷ que en el anterior sistema hoy derogado la nulidad consecuencia de la retroacción descansaba en la entendida propia incapacidad absoluta de ejercicio del quebrado, de tal manera que el negocio jurídico de no ser por la atemperación jurisprudencial hubiera provocado la inexistencia por falta de consentimiento ⁸.

3. Nocividad de la vieja y substituida retroacción

Fue evidente la nocividad de equiparar el desapoderamiento del quebrado como consecuencia de la formal declaración de quiebra, al mismo desapoderamiento correspondiente al periodo anterior que se inicia con la quiebra de hecho.

⁷ Del citado art. 872.2 del Código de Comercio de 1885, en conjunción con los arts. 1035, 1036, 1037 del anterior Código de Comercio de 1829, se deduce que el quebrado, por la declaración de quiebra queda desapoderado de administrar y disponer de sus bienes queda inhabilitado, incapacitado. Y como quiera que el periodo posterior a la declaración formal de la quiebra, se equipara el periodo anterior que nace cuando se inicia la quiebra de hecho del quebrado (cuando este deja de cumplir sus obligaciones, por causas del desequilibrio patrimonial que genera tales incumplimientos generales) por esto, el legislador creyó oportuno dar a ambos periodos el mismo tratamiento; aparte claro está el aún más anterior periodo sospechoso de naturaleza distinta existente antes de iniciarse la situación de quiebra del hecho. Vide 1039 y siguientes del Código de Comercio de 1829 y 13.2 y 879 y siguientes del Código de Comercio de 1851.

⁸ Todo negocio jurídico (más allá del simple acto jurídico: éste sólo se quiere pero no se dibuja por quien consiente; el negocio jurídico se quiere y se determina, perfila y dibuja acordemente por ambas partes) descansa y existe gracias al poder atribuido a la voluntad unilateral o concorde bilateralmente. El principio de autonomía de la voluntad, comporta la inexistencia de cualquier negocio jurídico no consentido (1261-1 CC). Y en virtud del desapoderamiento que comporta la declaración de quiebra y la determinación de la fecha de inicio de la quiebra de hecho el quebrado, no pudiendo consentir, no consiente como no consiente un incapaz.

Lo que es así de claro, en la práctica comporta gravísimas dificultades, especialmente para dicho periodo de retroacción como veremos. Y como decía CASTAN en el prólogo de los Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil de Jerónimo González - Madrid: 1946, tomo I - “las tareas orientadas a la investigación y realización del Derecho en lo fundamental tienen la misma naturaleza, y ni siquiera cabe establecer una separación neta entre las actividades científicas y las actividades prácticas”. Si esto es así - y lo es - hay que admitir que una situación prácticamente nociva, es expresión de un error doctrinal, y en su caso, legislativo. Y como decía BIONDI lo absurdo es, en Derecho, lo injusto.

1. Esta equiparación, que parece lógica constituye la raíz de todos los males que se han manifestado en la práctica al desplegarse, caso por caso, los efectos de la retroacción.

Conceptualmente, claro está que entre la declaración formal de estado de quiebra (sobreseimiento generalizado de la obligación de pagar⁹ por causa del desequilibrio económico) y la misma quiebra de hecho anterior (por el mismo sobreseimiento y desequilibrio) no existe, aparentemente, otra diferencia que mientras ésta última descansa en una realidad de hecho, la otra, en cambio, descansa en una resolución judicial - auto - de la que es presupuesto fáctico el mismo sobreseimiento en los pagos como consecuencia del mismo desequilibrio¹⁰.

Es verdad que el desapoderamiento tiene razón de ser para evitar que los bienes desaparezcan en daño de los acreedores, y para sustituir una gestión que resulta mala; y este peligro y esta necesidad subsisten a partir del momento en que este sobreseimiento general en los pagos aparece (causa insolvencia), aunque sólo posteriormente surja la resolución judicial. Esta semejanza de situaciones: antes y después de la declaración de quiebra, parece justificar la identidad de tratamiento.

Pero no es así. Tal equiparación no es posible. Y al hacerlo así el legislador ha obligado a la jurisprudencia a matizar debidamente.

2. ¿Y por qué esta equiparación es mala? Pues porque del tiempo¹¹ no se puede prescindir. ¡Es tan diferente el tiempo de la retroacción, del tiempo posterior al

9 Vide en RAMIREZ, La Quiebra. Barcelona: 1959 Tomo I, págs 535 y siguientes los presupuestos necesarios para la declaración de quiebra.

10 Claro está que la fijación de la fecha de retroacción, con su extraordinaria importancia, es efectuada por el Juez en el auto de declaración de quiebra realizando una exquisita y finísima determinación que exige una gran sensibilidad jurídica.

La importancia de tal fijación, y la afección importante que comporta con respecto a diversos intereses explica que, en la realidad, se hayan tramitado incidencias, ora para pedir que se reduzca el tramo de retroacción, ora que se amplíe y se señale otra fecha situada aún más atrás en el tiempo.

Solo queremos hacer notar, que cuando se pide la reducción del ámbito de la retroacción se suele efectuar con el propósito de dejar fuera del periodo de retroacción un acto en el que ha sido parte el que lo pide.. Se está defendiendo pues, frente a la masa de acreedores, un interés personal del reclamante y es evidente su legitimación activa para pedirlo.

Mas si lo que se va a pedir es un alargamiento del periodo de retroacción, colocando su inicio aún más atrás en el tiempo, se está protegiendo y defendiendo un interés de la masa de acreedores y por ello, sólo sus representantes - y en la fase inicial el depositario - los síndicos están legitimados para ello.

Véase ALONSO HERNÁNDEZ, JAVIER. Sobre la fecha de retroacción absoluta de la quiebra. Revista Derecho y Empresa. 1er trimestre 2002 < www.iberforo.net > [consultado julio 2003].

11 El tiempo no nos oxida y envejece, sino el reloj biológico de nuestra naturaleza, el tiempo no es causa de los efectos ("post hoc, ergo propter hoc" era, según los escolásticos un puro sofisma) ni es el tiempo el que marchita las flores y los frutos, sino que "con" (no por causas de) el tiempo se marchitan. Es elemental concluir que el tiempo es la expresión del sucesivo acontecer, pero no es la causa de las mutaciones, sino al revés, si no hubiere nada que mutara o cambiara,

auto de declaración de quiebra! Y esta diferencia radica en que a partir del auto de declaración de quiebra, surge la figura del depositario¹² y el Juez comisario¹³ y verifica el juez ordinario¹⁴ y posteriormente los síndicos¹⁵, órganos capaces y apoderados para conservar, guardar, cuidar, administrar, explotar y en su día liqui-

si no sucediera el movimiento de la causa hacia el efecto, no existiría el tiempo.

El tiempo pues, es como el alma en el cuerpo; detecta todo lo que sucesivamente sucede en la vida temporal y no hay relación humana, familiar, social mercantil o jurídica que no transcurra en el “tiempo” que más que hacer “testifica” y constata la sucesión misma de las cosas.

- 12 Vid. Art. 1044.4º del Cod. de Com. de 1829. La declaración formal de quiebra suspende el derecho del quebrado a administrar y disponer de sus bienes, de su patrimonio. Estos bienes precisan de alguien que los conserve, administre, explote, defienda: este es el depositario, en espera del nombramiento de los síndicos que representan a la masa de acreedores. Esta persona que debe ser de la confianza del Juez (vide sino art. 1044 del Código de 1829) alcanza, bajo la supervisión del juez, funciones de gestión, y en tanto no se posesionan los síndicos representa (vide art. 1.181 LEC) a la quiebra.

La nueva Ley concursal ha comportado la desaparición del depositario. En efecto: de los arts. 27 y siguientes de la Ley 9 de julio de 2003, se deduce que la figura del depositario, queda substituida con variaciones esenciales en su alcance y naturaleza, por un órgano colegiado que en la ley aparece mencionado como “los administradores concursales” aunque, según los casos, actúa como órgano administrador, o bien, como órgano de intervención, con la correspondiente incidencia en el grado de cercenamiento de la facultad de ejercicio del deudor, cuya experiencia, conocimientos específicos sobre su empresa y relaciones con las personas incidentes en el tráfico mercantil de aquella parece querer aprovechar en lo posible el legislador, salvaguardando, claro está, el interés de los acreedores, sin duda teniendo en cuenta que a ellos además de a la sociedad, interesa más la conservación fructífera, viable, rentable de la empresa que su liquidación (Vide arts. 40, 43, 44 y 46.2 de dicha Ley).

No se trata sólo de cambiar al depositario por un órgano colegiado. Distinguiendo entre concurso voluntario y necesario el nuevo órgano sólo interviene, vigila y controla, o bien administra pero en términos de gran flexibilidad (vide art. 40 nº 3 y 4) pero a la vez expansivamente (vide nº 6, con respecto a la comunidad conyugal del concursado dejando incólume la facultad de testar (art. 40.6 último páf.) del concursado (la palabra “testar” debe entenderse en el sentido de comprender cualquier acto válido de última voluntad, incluso - pienso - donaciones “mortis causa”). Y en fin, la declaración de concurso, no produce “per se” la interrupción de la actividad empresarial (art. 44.1).

- 13 El Juez Comisario (vide art. 1045 del Cod. de Com. de 1829) o más propiamente comisario, es un comerciante que viene a realizar función de auxilio al Juez competente y de enlace entre éste, los síndicos (o el depositario) y el quebrado. Con acierto la nueva Ley, también prescinde de esta figura ciertamente anacrónica. El Juez de 1ª instancia competente y el órgano colegiado “los administradores del concurso” son suficientes.
- 14 La nueva Ley, mantiene la función tuitiva del Juez, propiamente rectora del procedimiento, formando un todo con los Administradores del Concurso, y el propio concursado. “La ley - dice la exposición de motivos de la nueva norma- configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentarán el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones”.

- 15 Como dice RAMÍREZ (La Quiebra, T.I op. cit. Pág. 472): “Pero los síndicos, al margen las citadas opiniones, todas ellas apasionadas, y dentro de nuestro ordenamiento positivo, no cabe duda: ostentan la representación legal de la quiebra, en juicio y fuera de él (artículo 1.218-1º - antigua -Ley Enj. Civil), y, en tal carácter, defienden los intereses y derechos de la masa de acreedores, tanto si son coincidentes con los del quebrado (arts. 1.264 y 1.381 Ley Enj. Civil), como si son antagónicos con ellos (art.º 1.366 - antigua - Ley Enj. Civil). Por lo que ni ostentan la representación de los acreedores aisladamente, sino como integrantes de la masa, ni ostentan la representación plena del quebrado, sino sólo en cuanto sujeto pasivo del procedimiento y titular de los bienes sujetos a la quiebra. De no ser así no tendría explicación que al margen de la actuación de los Síndicos, el quebrado, de una parte, y de otra los acreedores, aisladamente considerados, pudieran, como pueden, actuar y postular dentro del juicio de quiebra, incluso en contradicción con los que los Síndicos demanden o realicen.”.

Si advertimos que el mismo autor, antes en la pág. 78 op. cit. dice: “BLANCO CONSTANS arguye que, ‘mediante la quiebra, se establece una comunidad entre los acreedores del quebrado, y se forma con los bienes de éste una masa, un *universum ius*, en la cual cada uno de aquellos tendrá un derecho en proporción a la cuantía de su crédito. Estas comunidades de acreedores y bienes, que forzosas, puesto que no es la voluntad creadora de ellas, sino que las imponen las circunstancias, impiden que individualmente puedan entablarse acciones contra el activo del quebrado, que sólo pueden satisfacerse por medio de un procedimiento colectivo”’.

dar - si es preciso - los bienes del quebrado. Pero antes de esta declaración formal de quiebra, por más que el comerciante incumplidor, haya dejado de pagar, por más que de hecho esté en quiebra, no dispone de estos órganos substitutos (ni depositario, ni síndicos, etc., etc.) que, desempeñen las funciones de conservación, gestión y explotación de los bienes. No hay nada. Y a una empresa que ha estado funcionando - tan mal como se quiera pero funcionando - y este funcionar ha afectado a terceros, y este funcionar ha existido, no podemos dejarla sin gestor, sin nadie, y menos sostener la ficción de que consecuentemente no han existido actos de administración, ni actos de explotación, ni actos de disposición.

3. La diferencia entre uno y otro periodo es obvia. En el periodo post declaración formal de quiebra se desapodera al quebrado, que es substituido por unos órganos que suplen la carencia que el desapoderamiento genera. En el periodo de retroacción, se entiende generado este desapoderamiento que intenta hacerse efectivo, pero no hay, porque no los hubo, órganos que suplan esta carencia, por la sencilla razón, que el desapoderamiento con efecto retroactivo no alcanza, con efecto también retroactivo, la actuación de unos órganos, que no pueden disponer la ejecución de hechos que ya acaecieron antes. Y si difícil es retrotraer, por ejemplo en un contrato de tracto sucesivo disponiendo la restitución de las recíprocas prestaciones convenidas¹⁶ imaginar que, aún teóricamente posible, es prácticamente inviable deshacer y volver atrás toda la actividad de una empresa a partir de la fecha de retroacción¹⁷.

La Jurisprudencia del TS ha tenido que efectuar una labor propiamente correctiva e integrativa⁽¹⁸⁾, que aún confirmando la posición doctrinal: inhabilitación del quebrado, tiende a aproximarse a los efectos propios de la rescisión.

4. La nueva y actual acción rescisoria concursal de tipo pauliano

Previo – Fuente de la Reforma (la reforma y la reforma de la reforma)

El cambio radical en el Derecho concursal se operó por la Ley concursal de 9 de julio de 2003. No es este el lugar para mostrar la trascendencia del cambio. De una

16 Vide arts. 1.123, 1.295, 1.303 y 1307 del CC, y evidentemente igual restitución se produce en los casos de nulidad radical - salvo lo dispuesto en el art. 1.306 - *ope legis potestate et autoritate*.

17 Que puede alcanzar (en función del inicio de la quiebra de hecho) uno o más, o menos, años.

18 Vide la S. del TS de 3 de abril de 2002 transcrita en el texto de la introducción de este trabajo. Es utilísima la obra de M^a ANGELES MARTÍN REYES. *La Retroacción Absoluta de la Quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 1.995, que agrupa por conceptos tratados en el marco de una exquisita y rigurosa sistemática, las diversas sentencias del TS en torno a la retroacción. Vide JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO *La situación caótica y "laberintica" de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal* LA LEY núm. 5856 de 24 de septiembre de 2003 pág. 1.

manera muy superficial y periférica permítasenos decir que en lugar de la duplicidad (suspensión de pagos, quiebra) el procedimiento concursal cobija las diversas situaciones; se tiende a promover soluciones que eviten la extinción de la unidad orgánica productiva; los órganos del concurso no sustraen siempre al concursado la administración y gestión ordinaria aplicando en cambio, a veces la figura de la intervención. Un órgano colegial – la administración concursal – tiene una muy generalizada actividad y no se desprecia, antes bien, cuando es posible se aprovecha la experiencia, conocimientos, actividad y colaboración del concursado, en lugar de tenerlo por incapaz. Desaparece el antiguo arresto del quebrado.

Esta Ley concursal fue modificada por el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo. Habrá pues que atenerse al texto resultante tras dicha modificación, que ya figura así refundido en las ediciones actuales. Si el lector desea, mediante un examen fácil, detectar rápidamente los últimos cambios, puede acudir a las “colecciones de OTROSI” (Noviembre 2009) del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que bajo la rúbrica “Reformas legislativas” luce un opúsculo titulado “La reforma legislativa concursal. Cuadro comparativo” en el que figura a la izquierda el texto originario de la Ley concursal y en la siguiente columna a la derecha, el texto resultante que recoge la modificación, pero destacando en negrita la parte del texto introducido o modificado. Las alteraciones pues, se perciben clara y fácilmente.

Ha de cotejarse pues, dicha reforma de la reforma.

a - La nueva normativa: Ámbito y delimitación del tema especial aquí tratado.

Claramente desaparece¹⁹ el antiguo y en verdad perturbador²⁰ sistema de la retroacción. Pese a la antes aludida atemperación jurisprudencial²¹, la retroacción, en gracia de la Ley concursal, es substituida por el nuevo sistema que seguidamente se analizará.

19 Vide la disposición derogatoria única de la Ley 9 de julio de 2003, en su apartado 3, y en su apartado 4 que contiene la norma derogatoria genérica. El páfo. último de la página 26908 del B.O.E. de 10 de julio de 2003 que publica la exposición de motivos de la tantas veces repetida Ley concursal, y que contiene la frase “ el perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración...”. Vide para cotejar su derogación los preceptos que se expresan “supra” en las notas 1 y 6, de este trabajo. Vide art. 71 de la nueva Ley.

Hay que atender también muy específicamente, al núm. 1 de la disposición final 3ª en relación a la trigesimoquinta, ambas de la Ley concursal, de los que resulta, que ya ahora (o sea antes ya de la vigencia general) las limitaciones de la capacidad procesal del concursado se regirán por lo establecido en la Ley concursal.

20 Vide íntegro, el párrafo parcialmente transcrito en la nota anterior de la exposición de motivos de la Ley, que califica de “perturbador” al sistema de la retracción. Vide apartado II - *La nocividad de*”supra” de este trabajo.

21 Vide “supra” en el capítulo I la importante Sentencia del TS de 3 de abril de 2002 que parcialmente allí se transcribe

El resorte de la retroacción queda substituido por el establecimiento de una acción especial - especial porque forma parte de la regulación del concurso²² de tipo rescisorio - enmarcable dentro de la rescisión por fraude de acreedores y más concretamente dentro del tipo propio de la acción²³ pauliana (art. 1.111) y que, mediante la rescisión del acto, tiende a que el objeto del contrato rescindido retorne al patrimonio del concursado y pueda así integrarse en la masa activa y ser un elemento más de la ordenada realización del valor, (que de no haber convenio que permita la subsistencia²⁴, va a operarse para pagar así, también con arreglo a Derecho a los acreedores según las prelaciones y orden que aquél determina²⁵; acción en fin, cuya regulación, no afecta a todas las otras acciones, resortes y medios tradicionales que el Derecho tiene establecidos para combatir el fraude de acreedores²⁶, los cuales quedan incólumes

22 Vide art. 71, páfo. 1, 5 “*a contrario sensu*” y 6, así como 72.3. Si comparamos el apartado 6 del art. 71 en relación con el apartado 3 del art. 72 veremos que éste último determina el cauce para el ejercicio de la acción rescisoria especial que substituye al sistema de la retroacción, mientras que páfo. 6 del art. 71 determina el cauce para el ejercicio de las acciones clásicas “*pro creditorum*”, de las rescisorias de actos ejecutados en fraude de acreedores que subsisten igual que antes incólumes, salvo -repito- que en virtud de la vis atractiva y unidad de jurisdicción entenderá de ellas el juez mercantil, dentro del concurso y por el procedimiento incidental, incidente concursal que la Ley perfila (art. 192 y siguientes). Así pues, tanto las antiguas clásicas acciones, como la subrogatoria, y como la pauliana o cualesquiera otras que tiendan a impugnar actos del deudor, (vide “supra” apartado IV) podrán ejercitarse igualmente. La nueva Ley no lo impide, pero se van a tramitar dentro del concurso por el cauce incidental mencionado, al igual que la acción rescisoria especial que substituye el sistema de la retroacción y que crea la nueva Ley - con notoria afinidad con la clásica pauliana - que también se tramita por dicho cauce.

Digamos finalmente que cuando el apartado 6 dice que el ejercicio de las acciones rescisorias especiales (las que substituyen la retroacción) no es incompatible ni impide el ejercicio de las citadas acciones clásicas que naturalmente quedan subsistentes (-art 71.6-) de impugnación de los actos del deudor, debe interpretarse laxamente en el sentido de que en la palabra “actos” se entienden también las omisiones o las imperfecciones, pues es evidente que subsiste la acción subrogatoria del art. 1.111 del CC que tiende a corregir también la abstención o imperfección o insuficiencia de los actos del deudor en la defensa de sus propios derechos, a la postre, de su patrimonio. Y dada la finalidad perseguida por el art. 71, y atendiendo al art. 3 del Código Civil, es obvio que así hay que entenderlo.

23 Vide “infra” nota número 27.

24 Vide art. 98 y siguientes de la Ley Concursal. El convenio está dotado de una gran incidencia procesal, pues además de los caracteres propios de un acto conjunto y de la potencia creadora *sine qua non* del voto (*sine qua non* pero no suficiente) abundan las disposiciones de “*ius cogens*” (sic. art. 100, núm. 3, aparte de los restantes números, 101, 104-2, 105, 108-3, “*ad exemplum*” aparte el fuerte reglaje de su tramitación) de la verificación judicial del trámite, y de la necesidad de la aprobación judicial (art. 109 y siguientes) para su eficacia, es, al efecto, muy trascendente que el concurso, si hay convenio, se extingue por el cumplimiento de aquél (art. 141), cumplimiento verificado judicialmente, de tal manera que el convenio se extingue por la firmeza del auto de declaración de cumplimiento (art. 141) habiendo caducado las acciones de declaración de incumplimiento (art. 141). En fin, que el convenio se inserta en el proceso de tal modo que el proceso, el concurso, termina cuando el convenio se ha cumplido y es firme la resolución judicial (auto) que así lo declara.

Las dos soluciones previstas en la Ley, el convenio y la liquidación, se presentan como “solución normal del concurso” a la liquidación (Vide VI exp. motivos) aunque, incluso existiendo convenio, el deudor podrá solicitar la liquidación ante la imposibilidad de cumplir los pagos prometidos; pero repetimos la liquidación es siempre una solución “subsidiaria” cuando no hay o se frustraba el convenio (congruentemente vide 100 núm. 3). Basta la lectura de los arts. 142 y 143 de la misma Ley para confirmar lo expuesto. Véase sino, *ad exemplum* 142, 3º y el art. 143, 1º (en sus subnúmeros 1, 2 y 3).

En el fondo pues, la Ley aspira en primer lugar al convenio (que existirá o no y se cumplirá o no) más que al paso directo a la liquidación.

25 Vide art. 154 y siguientes de la Ley. Tener muy en cuenta que la disposición derogatoria de dicha Ley, en sus números 1º y 2º aparte de derogar los arts. 376 y 870 a 941 del Código de Comercio deroga también los arts. 1.912 a 1.920 y las letras A) y G) del apartado 2 del art. 1.924 del CC. Vide arts. 89 y siguientes de la Ley.

26 La creación de la nueva acción especial pauliana concursal, deja subsistentes y vivos los demás resortes.

salvo las alteraciones necesarias que el principio de concentración procesal y, en fin, la configuración del concurso impone en el tratamiento de las legitimaciones activa y pasiva como consecuencia de la erección de los órganos que éste crea²⁷.

Así pues, la acción rescisoria del tipo pauliano configurada por el art. 71 de la Ley de 9 de julio de 2003 es regulación de este tipo especial, y tal tipo especial, es sólo esgrimible en sede del concurso y por quien y contra quien y ante la autoridad judicial que dispone el precepto²⁸, no altera en los términos expuestos los demás resortes y acciones²⁹ que no están así suprimidos ni substituidos y substituye únicamente el medio de protección anterior llamado retroacción que efectivamente desaparece; desaparición ésta que es congruente y consonante con la nueva normativa de la capacidad del concursado³⁰ con la nueva regulación del grado de su intervención en la actividad mercantil³¹ con el respeto - en lo posible - al principio de conservación de los actos y

27 Como se desprende de lo dispuesto en el art. 72 de la Ley, el actor legitimado para el ejercicio de estas acciones es la administración concursal (vide art. 72 en relación con los arts. 26 y siguientes). Aquellos acreedores, que hayan instado de la administración concursal el ejercicio de alguna de dichas acciones rescisorias (cumpliendo los requisitos que el art. 72 exige concurren en el escrito que materializa tal petición) podrán instar por sí mismos - es decir, estarán así subsidiariamente legitimados - si la administración concursal no ha ejercitado efectivamente la acción dentro de los dos meses siguientes al requerimiento (art. 72.1). Para el cómputo de este plazo deberá estar a lo dispuesto en el art. 5 del CC, por lo que, consecuentemente, se computará de fecha a fecha. Si no hubiera día equivalente al día inicial del cómputo (por ejemplo si el vencimiento recayera en el día 31 de febrero) y el vencimiento se producirá el último día del mes, o sea el 28 de febrero o el 29 si fuera bisiesto. Cuando la acción se ejercita por el legitimado subsidiario debe notificarse a la administración concursal (Vide art. 72, núm. 3 último inciso). Es útil para constatar la mutación que provoca la Ley Concursal, consultar la bibliografía que aparece en núm. I-2004, pág. 443 de la nueva *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, así como los artículos doctrinales que dicho número publica.

28 Vide art. 72, núm. 3 de la Ley.

29 Vide "infra" cap. IV y nota "supra" 47. Al decir que suprime la "retroacción" damos a este término un sentido amplio, comprendiendo en él al llamado "período sospechoso": Vide disposición derogativa única de la ley de 10 de julio del 2003 (Ley Concursal) núm. 3 apartado 1º y 4º.

30 Existe una distancia abismal entre la teórica concepción inicial (después muy matizada) - vide "supra" capítulo I - para la que el quebrado era un incapaz que no podía perfeccionar ni ser autor de actos y negocios jurídicos no sólo a partir de la formal declaración de quiebra sino antes durante el llamado periodo de retroacción - y la configuración actual de la nueva Ley. Sólo en cuanto sea necesario, los actos de disposición y administración estarán conferidos a la administración concursal cuando, debiendo el deudor haber instado el concurso no lo ha hecho, o incluso en casos excepcionales que el juzgado, razonándolo lo estime oportuno. Pero, en la situación de concurso voluntario, y en otros casos los conocimientos y experiencia del concursado van a ser utilizados en una franca posición conservadora, decretándose sólo la intervención y no la administración.

Tampoco los actos anteriores a la declaración formal pero posteriores a la quiebra real, van a ser automáticamente destruidos; sólo, aparte del correspondiente régimen de presunciones, gozarán de rescinsibilidad, pero no serán, al revés de lo que ocurría antes de la nueva Ley, ineficaces. Vide al respecto arts. 71.1,2 y 3; 72.3; 21..2º, 40, 1,2,3 y 4. Vide también el núm. 7 del art. 40.

Las facultades pues de administración y disposición sólo se suspenden para atribuir las a la administración concursal cuando el concurso es necesario (art. 40), mientras que en el caso de concurso voluntario el deudor conservará las facultades de administración y disposición, aunque sometido a intervención (art. 40); todo ello sin perjuicio de que el juez pueda, razonándolo, cambiar tal régimen pasando de la suspensión a la intervención o viceversa, pero todo ello excepcionalmente (art. 40.2). Vide también art. 44 números 1 a 4.

La conservación de la masa activa está contemplada en el art. 43, en tanto que su gestión y gestión empresariales lo está en el art. 44.

31 Ver lo dicho en nota anterior sobre la suspensión de las facultades de administración y disposición, con la atribución de ellas a la administración concursal y sobre la mera intervención en la actividad del deudor que conserva sus iniciativas, salvo que, claro está, deben ser aprobadas por la administración concursal (vide, repito, arts. 43 y 44 de la Ley).

negocios jurídicos y con la regulación de los órganos del concurso y de sus funciones y facultades³².

El nuevo y actual sistema comporta, en fin, que la rescisión sólo será conseguible si el acto es lesivo o perjudicial, aunque se establezca un sistema de presunciones que faciliten así la estimación, y sólo será conseguible si judicialmente se ejercita la acción. Estamos pues en presencia de una simple rescindibilidad potencial que para ser acto necesita el respaldo jurisdiccional³³.

b - Concepto, características y naturaleza jurídica de la nueva acción rescisoria concursal.

El cap. IV del título III de la Ley, crea un resorte jurídico tendente a combatir los actos perjudiciales del deudor para la masa activa del concurso, que podría definirse como aquella acción especial de tipo rescisorio tendente a la declaración de ineficacia de aquellos actos del deudor realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración de concurso, (aunque no hubiera existido intención fraudulenta) que causen perjuicio a la masa activa, ordenada al consecuente restablecimiento del grado de solvencia existente con anterioridad al acto impugnado, acción, en fin, sólo tramitable en sede procesal del concurso.

Es pues una acción:

- a') Especial por su objeto. Ya que sólo tiende a rescindir los actos del deudor, perjudiciales para la masa realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

³² Vide arts. 26 a 39.

³³ No se trata pues de una nulidad radical, sino de una simple rescindibilidad que sólo provoca la rescisión, mediante el fallo estimatorio, que pone fin al incidente concursal. Incluso en los casos de presunción "*iuris et de iure*" del perjuicio, el acto sólo se torna ineficaz como rescindido, mediante el fallo judicial. La exigencia de un perjuicio es típico y propio del instituto de la rescisión (vide arts. CC 1.291, 1.294, 1.111, 642, 643) y está claramente proclamado en la nueva Ley (art. 71 números 1 a 5) que utiliza la palabra rescisión clara y abundantemente; no vemos, en cambio, proclamada la nota de subsidiariedad. Entendemos que esta acción, que es expresamente compatible con el ejercicio de otras acciones (se refiere a las clásicas) no es subsidiaria pues si como dice el núm. 6 del art. 71 de la Ley la acción especial no impedirá el ejercicio de otras acciones es obvio que sólo dice esto, y no dice (ni alude a la subsidiariedad) que han de ser inexistentes (las tales clásicas) o previamente desestimadas. Como consecuencia del principio de libertad civil, es claro que al no estar prohibida la utilización de tal resorte procesal especial, pese a existir otras acciones que conducen a la ineficacia, al no estar prohibida – repito – es que está permitida. Y esto es lo que aquí ocurre, cuando se ha configurado una acción de tipo rescisorio, pero desprovista de toda exigencia de subsidiariedad de tal manera que no es preciso haber utilizado antes infructuosamente cualesquiera otras acciones conducentes a la ineficacia del acto del deudor (vide art. 71 de la Ley) ni es precisa la carencia de otros bienes al revés de lo que acaece con las acciones clásicas (vide art. 1.111 CC).

Hemos dicho “sólo tiende a rescindir” porque por su cauce solamente los actos de dichas características son impugnables. Ello - insistimos-³⁴ no obsta a que aquellos actos que no reúnan tales características puedan ser perseguidos si procede mediante el ejercicio de las otras acciones y por los medios ya relacionados, ya que esta acción especial no substituye a las otras acciones³⁵ ni las modifica sino que coexiste con aquellas³⁶.

Ciertamente que surge la tentación de paliar, dulcificar o modalizar el cómputo del termino de dos años que expresa el pafo. 1º del art. 71 al igual que hiciera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el plazo de cuatro años atemperando el art. 1.299 del Código Civil³⁷ flexibilizando la toma de “*dies a quo*” del cómputo; más no creemos que sea así. Ese término hacia atrás del art. 71 de la Ley, no establece ni un plazo de caducidad, ni un plazo de prescripción; sólo dispone una “*conditio iuris*” “*sine qua non*”, para que esta acción especial - que no impide el ejercicio de otras acciones ordinarias³⁸) - pueda ser, como tal, ejercitada. Creemos que es así, además porque si atendemos a la finalidad perseguida por la norma (³⁹) que es corregir y alcanzar una situación más prudente, equilibrada, y menos perturbadora que la anterior, (como reacción a la posible fijación de la fecha de retroacción a cualquier momento anterior en que se apreciara la iniciación de la quiebra de hecho), observamos que lo que la norma pretende es que sólo aquellos actos perjudiciales realizados dentro de los dos años anteriores puedan ser rescindidos mediante el ejercicio de esta acción privilegiada especial, es decir, limitar la lejanía.

- b’) Especial por la regulación de su trámite procesal, puesto que sólo puede ejercitarse “por el trámite del incidente concursal(40)” lo que significa que esta acción especial, además de tener por objeto alcanzar la ineficacia de los actos perpetrados por el deudor dentro de los dos años anteriores, ha de ejercitarse después de declarado el concurso ya que necesariamente ha de tramitarse en su sede(41)

34 Vide capítulo anterior núm. 1.

35 Vide nota anterior.

36 Vide art. 71.6 de la Ley.

37 Vide Ss del TS de 29 de octubre de 1990; muy en especial S del TS de 16 de febrero de 1993; 4 de septiembre de 1995 “*ad exemplum*”.

38 Art. 71.6 de la Ley.

39 Norma que substituye al anterior sistema de la retroacción.

40 Vide arts. 72.3, 192, 193, 194 y 196 de la Ley.

41 Vide nota anterior.

c') El acto impugnado ha de ser perjudicial. La lesión o el perjuicio ha representado siempre un elemento típicamente desencadenante, con el concurso o no de otras exigencia, de la rescisión. Enmarcada esta acción dentro de esta figura, exige para su viabilidad la existencia de una lesión o perjuicio a la masa activa, precisamente porque ello comporta, una significativa disminución de la solvencia y consecuentemente de la eficacia de la posible realización de valor de aquella, y por ende una disminución (evidentemente lesiva) de la posibilidad de percepción por los acreedores del todo o parte de sus respectivos créditos. Se comprende pues, que esta exigencia es de todo punto lógica, y en Derecho, sólo lo justo es lógico. Ya se comprende pues, lo que significa el “*dictum*” de la Ley, actos perjudiciales. Pero creo que es conveniente precisar más. Claro que habría un perjuicio siempre que se produzca una disminución, un éxodo de todo o parte de la masa activa, sin contrapartida que compense, por comportar, congruentemente, el ingreso de algo patrimonialmente estimable y por lo menos equivalente al valor de lo extraído. Por esto, la donación por su propia naturaleza no puede ser ni es otra cosa que un acto disminuyente que empobrece y como tal perjudicial; y en la jerarquía de derechos, el derecho subjetivo del acreedor a título oneroso, claro que es preferente sobre el derecho del donatario que adquiere gratis. Esto se refleja en el régimen especial de presunciones que el propio art. 71 establece. Unas sin que quepa prueba en contrario o “*iuris et de iure*”, otras admitiendo en cambio prueba en contrario, es decir “*iuris tantum*” reglando así, para el caso, la carga de la prueba. Veamos pues:

a”) Presunción “*iuris et de iure*” (núm. 2 del art. 71)

El precepto es bien contundente: “El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito”.

Hacer notar empero, que aunque va decreciendo lentamente, aún muchas donaciones se encubren bajo la apariencia de una compraventa (simulación relativa) y por ello, para gozar de esta presunción será preciso acumular a la acción especial del art. 71 de la Ley (acción rescisoria) la acción de simulación relativa (vide 71.6 de la Ley) o la acción que proceda en situaciones semejantes.

Como es lógico las donaciones onerosas no se comprenden en la citada presunción del núm. 2 del art. 71⁴² y a mi juicio, es discutible si se

42 No se han de estimar comprendidas atendido el art. 622 del Código Civil primer inciso. El art. 71 núm. 2 de la Ley, establece una presunción “*iuris et de iure*” de perjuicio en las donaciones efectuadas por el deudor. La presunción no puede ser más acertada aunque conceptualmente lo que ocurre, no es que haya necesariamente que presumirse

comprenden las remuneratorias ya que el deseo de compensar - aún sin tener obligación de hacerlo - un servicio ya antes prestado o prestación (no nimio ni imaginario) hace que la donación no sea pura, que no sea una simple y auténtica donación lo que convertiría en inaplicable la norma especial del núm. 2 del art. 71. No obstante, muy restrictivamente con mucha cautela ha de entenderse tal exclusión, que siempre exigiría la plena constancia de su carácter remuneratorio y la demostración por quien pretenda tal exclusión del carácter significativo y a la postre útil para la masa del servicio remunerado. Creemos pues, sinceramente, que a efectos prácticos, es muy difícil la exclusión de tal zona de aplicabilidad, de una donación remuneratoria.

Hemos de señalar pues e insistir en que, siguiendo la tradicional posición en materia de rescisión por fraude de acreedores⁴³ la lesión se presume “*iuris et de iure*” -”sin admitir prueba en contrario⁴⁴ en las transmisiones a título gratuito. El precepto excluye las liberalidades de uso ya que no son propiamente, por su relativa poca importancia, un acto de disposición, ni se les puede atribuir automáticamente el carácter de perjudiciales, ya que pueden serlo o no. También excluye de la presunción los pagos anticipados y otros actos de extinción⁴⁵ de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración del concurso. Claro que el pago anticipado no es un acto gratuito, pues es debido pero no exigible cuando se paga. Lo que es gratuito es la anticipación, y esta anticipación sí que pueda ser trascendente y puede ser perjudicial. Es trascendente cuando el crédito que se extingue no es nimio sino importante en relación con el todo. Y es perjudicial no sólo porque paga lo aún no debido, cuando no se ha

la lesión, sino que en cuanto toda donación, patrimonialmente, constituye y es un empobrecimiento del donante, lo que si es cierto es que perjuicio se identifica patrimonialmente con donación. El goce o fruición moral que siente el donante con su desprendimiento, no puede ser tenido en cuenta en el seno del concurso, cuando en realidad este desprendimiento es a su vez un cercenamiento de la solvencia y por ello un cercenamiento de la posibilidad de que los acreedores ingresen en su patrimonio todo o parte del importe de sus créditos. El carácter laudable, por otra parte, de todo desprendimiento permanece cuando tal desprendimiento repercute sólo en el propio patrimonio; pero cesa cuando la generosidad se realiza a costa de los demás.

Por el contrario, en la donación onerosa (vide art. 622 del CC) hay una contraprestación que puede ser equivalente al valor de lo donado; por ello en este caso, en tales donaciones onerosas, ya no ha de aplicarse la presunción de lesión, sino que ha de ponderarse y calibrarse el grado de empobrecimiento y el grado de la lesión susceptible de producirse; ha de ponderarse y calibrarse, el grado de perjuicio deducible de la efectiva disminución de la masa activa del concurso.

43 Art. 1297 del CC; vide 643-2 del CC.

44 El núm. 2 del art. 71 de la Ley es contundente al decir “*El perjuicio patrimonial se presume sin admitir prueba en contrario cuando se trate de actos de disposición a título gratuito salvo las liberalidades y de uso y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*”.

45 Esta exclusión es expresa al decir el propio núm. 2 del art. 71 “*salvo las liberalidades de uso...*, etc”. Vide art. 1.156 del CC en cuanto anuncia los supuestos de extinción de las obligaciones.

Sólo aquellos en los que de algún modo interviene la voluntad del deudor concursado se han de entender mencionados. No ha de comprenderse en la mención, por ejemplo, la pérdida de la cosa si ésta es fortuita, ya que ello no será un acto extintivo ni dispositivo propio del deudor.

pagado a otros acreedores titulares de créditos ya vencidos, sino porque se pueden alterar las normas de preferencia en la satisfacción de todos los créditos. Cuando esto ocurre el pago o la extinción voluntariamente causada por el deudor es también rescindible, pero ha sido prudente el legislador al excluir estos supuestos de la presunción “*iuris et de iure*” que comentamos. En cada caso se verá.

b”) Presunción sólo “*iuris tantum*” núm. 3, 1º y 2º del art. 71

El propio art. 71 establece una presunción de perjuicio no ya “*iuris et de iure*” sino tan sólo “*iuris tantum*” que obedece también a criterios tradicionales.

El primer supuesto (subnúmero 1º del núm. 3 del art. 71) de presunción “*iuris tantum*” se refiere a los actos de “disposición⁽⁴⁶⁾ a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”. Esta presunción se justifica en que la relación especial predispone a favorecer, ayudar o auxiliar excesivamente al otro relacionado, efectuando actos que comportan en la realidad desde la “*fiducia cum*

46 Vide núm. 1 del apartado 3 del art. 71. Predica la presunción “*iuris tantum*” de perjuicio de “los actos dispositivos a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado”. El calificativo “dispositivos” equivalente a actos de disposición, debe entenderse en sentido técnico. No toda enajenación es un acto de disposición. En una universalidad empresarial en activo, las enajenaciones de productos manufacturados o adquiridos para revender, en régimen de tráfico ordinario y dentro del tráfico ordinario, son actos de explotación (o gestión productiva del negocio), pero no son actos de disposición. Solamente así se entiende - y se confirma - si se pondera el núm. 5 del art. 71 cuando expresa que “En ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados por el deudor en condiciones normales”. Así si un deudor enajena una de las cinco tiendas integradas en la universalidad negocial en favor de su esposa o de su hijo o de su pareja o como se llame, claro que ejecuta acto dispositivo, que de conformidad con el núm. 3, apartado 1º del art. 71 de la Ley, queda afecto a la presunción “*iuris tantum*” de causante de perjuicio patrimonial. Pero si la esposa o la amiga del alma del deudor, o el hijo compran uno de los productos que se venden al público en las tiendas (un pañuelo, o un par de guantes) al precio estándar establecido para el público, ésta enajenación no se presumirá perjudicial por no ser un acto dispositivo (y por ello inaplicable el núm. 3 del apartado 1º del art. 71) y no lo sería, porque además lo prohíbe el núm. 5 del art. 71. Estemos pues a considerar como decisivo el criterio de si “compromete definitivamente el porvenir” como se expresa “supra” en la nota 2.

*amico*⁴⁷, hasta la simulación absoluta⁴⁸ pasando por la simulación relativa⁴⁹

- 47 No sólo la “fiducia *cum amico*” sino también la “fiducia *cum creditore*” al mantener muchísimas veces - las más - reservado el “*pactum fiduciae*” (en donde se asumen los deberes del fiduciario que recibe el bien del fiduciante, deberes que alcanzan tanto el ámbito de la administración como el de la disposición) hacen necesario que aflore el contenido de la fiducia y así rescindirse el negocio global si ha generado fraude de acreedores. Recordemos - pues no siempre es así - cuando la persecución de los bienes de las Órdenes religiosas, la multitud de fieles que los adquieren y se convierten en dueños reales de tales bienes, guardándolos para retrotransmitirlos, cuando se pueda, a los fiduciarios, (vide según FEDERICO DE CASTRO op. cit. pág. 414, las leyes de 11 de julio de 1941, 1 de enero de 1942 y D.L. 28 de junio de 1962). Ello hace necesario que se revele y aflore la situación y que la acción pueda declarar la rescisión del negocio global sólo si comporta un fraude de acreedores. Vide en FEDERICO DE CASTRO *El negocio jurídico*, reedición. Madrid, 1988, págs. 379 a 443 así como la obra de NAVARRO MARTORRELL *La propiedad fiduciaria* que contiene un prólogo utilísimo de BONET RAMÓN. Por cierto que mientras BONET RAMÓN sostenía la doctrina según la cual el negocio fiduciario se componía de dos negocios conexos uno de transmisión, verdadero y real, y otro cual es el “*pactum fiduciae*” de alcance sólo obligacional en donde se establecían las obligaciones del fiduciario en orden a administrar, fruir y transmitir o conservar; FEDERICO DE CASTRO más allá de la doctrina inicial del TS (SS de 25 de enero de 1944, 28 de enero de 1946, 18 de febrero de 1965 - (Vide pág. 404 op. ct. F. de CASTRO y en ella también la nota 103) no admitirá la existencia de dos negocios jurídicos el real de transmisión y el obligacional determinante de lo que el fiduciario debía hacer con su propia propiedad, sino que sostiene que aunque estuvieran en documentos distintos (el de transmisión, normalmente en escritura pública para poder causar el asiento de inscripción en el Registro, y el de instrucciones o “*pactum fiduciae*” normalmente - aunque no necesariamente - en documento privado) constituirían no dos sino un único negocio quedando así el título de la transmisión afectado, modalizado y penetrado por el propio “*pactum fiduciae*” del tal manera que se constituía un negocio único un todo único. Después el TS en su Sent. de 2 de junio de 1982, parece deslizarse ya hacia el seno de la teoría del efecto único, abandonando la citada teoría del doble efecto, (defendida por BONET y también CASTÁN) acomodándose a la teoría - repito - del efecto único. La fiducia, creación de la autonomía de la voluntad puede ser, en fin, ilícita si es ilícito, contrario a la ley o a las buenas costumbres o en fraude ley el fin que persigue. Pero de no estar presidida por esta finalidad desviada, es perfectamente lícita, como es de ver, en la copiosa jurisprudencia al efecto existente.
- 48 La simulación absoluta es una simple y pura apariencia carente de contenido. Es hacer ver que se contrata sin querer contratar; por esto se le llama un no negocio. Es típico hacer ver que se enajena un bien, sin enajenarlo. La “*causa simulandi*” o razón por la que se aparenta es hacer creer a los acreedores que el bien ya no pertenece al deudor. Por esto no reúne ninguno de los requisitos del art. 1.261 CC, ya que nada se consiente, no hay objeto alguno de un consentimiento inexistente, no existe ni entrega real del precio ni de la cosa, como razón de su otorgamiento, por lo que sin causa tampoco produce efecto alguno (art. 1.275) salvo el de aparentar. La consecuencia es la nulidad radical. Las más de las veces, el aparente vendedor, continua poseyendo. Y es esta posesión - como diría BONET - convincente testigo mudo de la simulación. En el negocio fiduciario, en cambio, (vide nota anterior) hay una transición querida, real y efectiva, y frente a terceros el fiduciario es dueño verdadero, sin perjuicio de que entre fiduciante y fiduciario rige el interno pacto obligacional o “*pactum fiduciae*” que constriñe a este propietario real y efectivo a comportarse según la consignada finalidad de la fiducia. Y esto ocurre tanto si admitimos la teoría del doble efecto, como si entendemos que en lugar de dos negocios - el real o de transmisión y el interno o *pactum fiduciae* - se trata de un único negocio como patrocina Federico de Castro (vide nota anterior). Queremos decir que el negocio fiduciario es verdadero, al revés del absolutamente simulado que es sólo una apariencia sin contenido. Vide, en fin, “supra” Cap. IV, apartado a) y nota 33. En resumen: nulidad radical por ser un negocio inexistente y nulidad radical por ser un negocio ilícito e inmorale, contrario a la ley.
- 49 Como ya dijimos antes (Vide “supra” cap. IV, apartado b) y notas 35 y 36) es frecuente ocultar la donación, haciendo ver que se otorga - y formalmente así se hace - una escritura pública de compra-venta. Ello puede efectuarse a veces con fines meramente fiscales, otras veces además para reducir la legítima de otro hijo, hermano del donatario pues si es donación, el valor cuenta a efectos de cálculo y la donación se puede rescindir por inofiosa, a veces para eludir prohibiciones sucesorias de enajenar a título gratuito, y como no, para eludir la presunción de perjuicio patrimonial que “*iuris et de iure*” dispone, en beneficio de los acreedores el núm. 2 del art. 71 de la Ley. El negocio simulado relativamente o disimulado, no es como ocurre en el de simulación absoluta, un no negocio, no es sólo una apariencia, sino la suma de dos cosas: un negocio de cobertura que sirve para ocultar el negocio que realmente se celebra, y que es el disimulado y este propio negocio querido pero disimulado por el velo que proporciona el aparente. Las reglas de este negocio disimulado son claras. El valor jurídico de este negocio, es el valor que corresponde al negocio verdadero oculto bajo la apariencia del negocio disimulante. Si el negocio oculto es lícito y válido, el negocio es válido con los efectos propios no del disimulante sino del disimulado. Si el negocio oculto es rescindible o anulable, el negocio es rescindible o anulable. Si es nulo el negocio es nulo.

ocultar la existencia de una donación⁵⁰ o en fin la existencia de cualquier negocio obediente a desviar todo o parte del patrimonio del deudor para sustraerlo a la acción propia del concurso, y por ende en perjuicio de los acreedores o a mostrarlo aparentemente gravado con la misma finalidad. “Entre las personas especialmente relacionadas con el concursado” se encuentra el cónyuge⁵¹ con la superpuesta complicación actual de aplicar el precepto a los cónyuges de hecho, compañeros estables sentimentales, o como se llamen⁵², aunque aquí yo personalmente, dado el carácter

A veces pues, es interesante aflorar y conseguir que se revele la simulación relativa, porque al quedar constancia de que se trata de una donación, puede gozarse a efectos de ejercicio de la acción especial del art. 71 de la importante presunción de perjuicio que establece el núm. 3.1 del propio art. 71.

Sobre la simulación relativa ocultando la donación de inmuebles en relación con la forma - escritura pública - que exige el art. 633 del CC, véase “supra” nota 36 en donde se expresa la práctica desaparición de la antigua teoría rigorista en la exigencia de la forma y la posición del TS.

- 50 En todo o parte. A veces a un hijo, se le vende un piso o un despacho, o un inmueble para su negocio, por un precio más o menos por debajo del precio de mercado, del precio normal. Es el clásicamente llamado “*negotium mixtum cum donatone*”, ya que es en parte donación por el precio que no cobra, y en parte venta por el escaso precio que se cobra. Así - art. 1.275 del CC - la causa no es una sino que actúan dos concusas : una la liberalidad - propia del título gratuito - otra onerosa propia de los contratos conmutativos.

- 51 Véase la expresa mención del cónyuge en el núm. 1 del art. 93 de la Ley concursal. Recuérdese la histórica y llamada *presunción Muciana*, según texto de Pomponio (D. XXXIV, I, 51) a cuyo tenor: “*Quintus Mucius ait: Quum in controversiam venit unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstrantur unde habeat, existimari, a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis questus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.*”

Aunque sin efectuar un estudio exhaustivo de la institución, hemos de hacer notar que si bien como apunta VASELLI (“La presunzione muciana”, Padova 1953, citado por BROSETA, op. citada, página 300; Rev. Derecho Mercantil 1960, pág. 300) y aparece con toda claridad en tiempos de la glosa con Bartolo y Baldo, la presunción de donación tenía por objeto (en el caso de disponer la mujer de título a su favor) el precio no la cosa comprada. Es decir, si el marido, con su dinero, compra un automóvil a la mujer y ésta figura como compradora se presume que el marido le regaló el dinero del precio, no el coche, opinión vigorosamente defendida por ROCA SASTRE.

Se presumía, en fin, que las adquisiciones efectuadas por la mujer, constante matrimonio, procedían de su marido. Existía pues una doble presunción. Si no se sabía de dónde venía el bien, había de presumirse que era transmitido por su marido; pero si la mujer había adquirido mediante título directo a su favor, y por ende disponía de título, había de entenderse que su adquisición o dominio eran inatacables, presumiéndose - repito - que lo que venía de su marido era el *precio*, no la cosa. Esta afectación al precio y no a la cosa, según VASELLI (La presunzione Muciana, Padova 1953, pág. 4, citado por BROSETA PONT, en Rev. Derecho Mercantil 1960, pág. 300) resulta ya del Derecho romano en el que (transcripción de BROSETA, op. cit.) “la mujer se hacía deudora de su marido por el valor de la suma donada para la adquisición”, y en el derecho intermedio, muy claramente con Bartoldo y Baldo. ROCA SASTRE en su Derecho Hipotecario, cita al efecto los textos siguientes: Código V, I 6, Ley 9; Código IV, 50, Ley 9; Código IV, 50, Ley 6.

Hoy, existen sólo residuos de esta presunción, (y Sic. vide art. 1.324, último inciso CC, 1.442 CC. La presunción de este artículo es como una Muciana bilateralizada y la estimamos vigente, pues tal artículo no esta derogado ni modificado pese al texto del núm. 4 del art. 71 de la Ley ya que esta presunción del CC se refiere no al perjuicio sino al dominio, la estimamos vigente y utilizable sic. 11 CF catalán, etc...) pero su evidente existencia histórica, su larga perduración en el tiempo, muestran que efectivamente la profundidad e intimidad del amor que hay que suponer entre marido y mujer (aún de hecho, parejas o como se llame) fomenta los trasvases económicos de uno a otro o la dispensación de favores de ocultación o simulación de negocios jurídicos, dispensación favorecida por la reciproca confianza. No es pues equivocado - como hace el art. 93 de la Ley concursal - colocar al esposo o a la esposa en el elenco de “personas especialmente relacionadas con el concursado” a que se refiere la presunción que dispone el apartado 1º del núm. 3 del art. 71 de dicha Ley concursal.

Es evidente que en este elenco no se comprenden sólo los cónyuges, sino también otras personas, fuertemente relacionadas con el concursado como hijos, padre, amigos muy entrañables, socios u otros relacionados por fuertes vínculos económicos, etc. (vide art. 93 Ley concursal).

- 52 Vide igualmente las precisiones a “convivientes con relación de afectividad que hace el núm. 1 (inciso 1º) del art. 93 de

excepcional y por ende la consecuente interpretación restrictiva de toda presunción, no creo deba hacerse tal extensión si no consta o no se prueba claramente la existencia del afecto y duración legal - vide art. 93, 1, 1º de la Ley - de la relación. También puede considerarse aplicable a las demás personas que menciona el art. 93, ya citado, de la Ley concursal.

El subnúmero 2º del número 3 del propio art. 71 dispone otro supuesto de presunción “*iuris tantum*” de perjuicio para la masa activa cuando el deudor otorga “la constitución (-ex novo-) de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas” en beneficio de algún o algunos acreedores, actos constitutivos de garantías reales antes inexistentes. Claro que esto perjudica a los demás acreedores y globalmente a la masa activa al alterar la calificación de los créditos y el orden de preferencia entre ellos y consecuentemente la ordenada percepción de lo que a cada acreedor le corresponde. El acto, si es real o verdadero, (no simulado) comporta un perjuicio para los otros acreedores que ven menoscabada su percepción como consecuencia de una preferencia indebida ganada injustamente por el favorecido y si la constitución de la garantía es simulada absolutamente y por ende inexistente, también es perjudicial, pues los acreedores reales sufren el mismo menoscabo en beneficio ilícito y fraudulento del deudor.

En resumen, hay que decir, que la rescindibilidad se fundamenta esencialmente en la lesión, en el perjuicio que produce; lesión o perjuicio que en las enajenaciones a título gratuito se objetiviza y se presumen *iuris et de iure* porque como es cierto que se produce (es de esencia el empobrecimiento del donante en la donación) en todo caso, y además el interés del acreedor en colisión con el del donatario es preferente al de éste último.

Claro que la masa activa del concurso es sólo una universalidad inerte que no siente y carece de conciencia y es difícil que se sienta perjudicada, pero el lenguaje del legislador deber ser directo e inteligible y es más fácil de entender la expresión “los actos perjudiciales para la masa activa” (y sobretodo más viva pues señala el objeto material en el que se produce el efecto nocivo del acto rescindible), que no otra más sofisticada como por ejemplo: “que causen disminución del valor o contenido de la masa en perjuicio de los acreedores que verán menoscabados los

la misma Ley concursal. El TS ha tenido ocasión, si bien que mediante diversos razonamientos, de aproximar (no sin guardar ciertas distancias) a los esposos de hecho, ciertos efectos económicos propios de los esposos. Vide sentencias del TS de 15 de enero de 2003 y de 17 de junio de 2003.

bienes susceptibles de la realización de valor efectuable, resultando así perjudicados”.

Fuera de los casos analizados (ámbito de las presunciones “*iuris et de iure*” y “*iuris tantum*” antes analizadas) la carga de la prueba corresponde a quien ejercita la acción rescisoria⁵³.

- d’) No es necesaria la intención fraudulenta. Es claro, - insistimos - que la rescindibilidad de esta acción especial descansa fundamentalmente en la existencia de lesión o perjuicio, y por ello no es requisito necesario para la viabilidad de la propia acción la existencia de intención fraudulenta ni por supuesto del llamado “*consilium fraudis*” según así resulta del art. 71.1 de la Ley; aunque la existencia o inexistencia de esta subjetiva desviación, genera consecuencias en la magnitud de los efectos de la estimación de la acción (vide art. 73).
- e’) No podrán ser objeto de esta acción rescisoria especial los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

Realmente quizá no era necesario que el núm. 5 del art. 71 dispusiera tal cosa, pero no deja de ser oportuno establecerlo así, pues al no exigirse intención fraudulenta (art. 71.1, final) descansando la viabilidad de la acción fundamentalmente en el perjuicio sin formal exigencia de antijuricidad en su generación, con más el precedente histórico - sobretodo inicial⁽⁵⁴⁾ - de la afección a todos los actos de administración y disposición efectuados dentro del periodo de retroacción⁽⁵⁵⁾ no está por demás mostrar claramente la supresión de aquella universalidad anulatoria nociva. Para comprender el precepto basta considerar un ejemplo: Un empresario, dentro del tráfico mercantil propio de su actividad,

53 Tres afirmaciones complementarias. 1ª: Como es natural, las presunciones “*iuris tantum*” no impiden la utilización de otras presunciones ordinarias que aprovechen la energía del enlace lógico entre hecho completamente acreditado y el perjuicio que se va a presumir. Por esto, al amparo del art. 386 de la LEC (que llama a estas presunciones genéricas, “presunciones judiciales”) pueden invocarse, siempre claro está, contando con la racionalidad del enlace lógico invocado. No hace falta insistir en que las presunciones reguladas en el Código Civil – prueba de las obligaciones – están ahora dispuestas en la LEC con derogación de los correspondientes preceptos de aquél (Vide disposición derogatoria de la LEC).

2ª El núm. 4 comprende una propia obviedad: En defecto de supuestos presumptivos (se refiere a la presunción “*iuris et de iure*” y a las “*iuris tantum*”) deberá probar el perjuicio quien pretenda la rescisión; esto coincide con las reglas genéricas de la carga de la prueba (Vide 217.2 de la LEC).

3ª Por otra parte, la prohibición que contiene el núm. 5 del art. 71 al decir que: “*en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional realizados en condiciones normales...etc.*” es una reacción contra la antes vigente normativa de la retroacción que - aunque siguió una mitigación jurisprudencial explicada en la introducción – llevaba a dejar sin efecto nada menos que todos los “actos de disposición y administración” por lo que, la nueva norma (art. 71.5) en el fondo alberga, consciente o inconscientemente, un cierto deseo pedagógico.

54 Vide lo dicho al principio “supra” sobre retroacción.

55 Vide “supra” cap. I y señaladamente II y III.

vende una mercancía inmediatamente antes de que se generara en el mercado una inesperada alza escalofriante. Esta enajenación no puede decirse que no sea perjudicial pues disminuye, con contraprestación que resultase no equivalente el stock, y poco importa que se haya efectuado sin intención fraudulenta ya que el art. 71.1 no exige, para la estimación de la acción tal fraudulencia. Pues bien, esta realidad que podría ocurrir perfectamente, no va a crear dificultad alguna gracias a la existencia de este precepto específico (art. 71.5) que comentamos. La acción rescisoria carecería de viabilidad. El citado inciso primero del art. 71.5 así lo dispone. Figura en la Ley un añadido por la reforma del citado Decreto-Ley que tiende a proteger frente a la rescisión posible, los negocios jurídicos de constitución de garantías a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica. Así pues, el así resultante apartado 3º del número 5º del art. 71 de la Ley concursal considera a los efectos de “escudo” frente a la rescisión privilegiada a estos negocios jurídicos que recibe el mismo tratamiento que reciben los actos ordinarios de la actividad del empresario realizados en condiciones normales del nº 1 del apartado 5º del art. 71 de la Ley.

Así pues, sólo cuando estos actos no se realicen, dentro del tráfico ordinario y normal de la empresa, podrán ser objeto de esta acción especial, si concurren los requisitos que hemos expuesto, pues es evidente que sólo si se trata de un acto empresarial perjudicial, otorgado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso en condiciones que no sean normales procede el ejercicio de esta acción, si acaso.

También - si procede - podrán ejercitarse las clásicas u ordinarias a las que tantas veces hemos aludido⁵⁶.

56 Por ejemplo. Dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, el concursado vende a un amigo muy especialmente relacionado con él, una casa por un precio vil, notoriamente insuficiente. Además, sin otorgarse contrato de arrendamiento, ni reservarse el usufructo o el derecho de habitación, la continua ocupando. Este acto es perjudicial para la masa dada la insignificancia del precio, se otorga en favor de una persona especialmente amiga, y tal enajenación tiene lugar dentro de los dos años. Cabe pues, la acción rescisoria especial del art. 71.1 de la Ley concursal, sin necesidad de alegar siquiera la intención fraudulenta (vide 71.1, 71.3). Que duda cabe que pueda ejercitar tal acción rescisoria por el trámite del incidente concursal en el seno del procedimiento universal mencionado (vide 72.3, 72.1 y 72.2). Pero claro que también puede utilizar la acción de nulidad (71.6) radical por simulación absoluta, aunque por el mismo procedimiento incidental y configurando la acción de tal manera que sean parte aquellos sujetos al efecto legitimados por el art. 72 y núm. 6 del 71 de la Ley Concursal. Y podrá ejercitar una u otra, o ambas acumuladas, pidiendo la nulidad radical y subsidiariamente la rescisión con las consiguientes consecuencias, todo ello – repetimos – por el trámite del incidente concursal.

Aclaremos finalmente, que como hemos dicho la Ley no establece, al configurar esta acción rescisoria especial, el carácter de subsidiariedad, propio de la acción pauliana clásica (vide arts. 1.294 y 1.291, 3 CC así como 1.111 CC); se puede ejercitar antes la acción rescisoria especial sin tener que ejercitar la acción de nulidad radical acaso procedente.

Por supuesto, que como es natural no podrán rescindirse aquellos créditos nacidos contra la masa, a los que se refiere el art. 84.2 de la Ley. Ello es obvio.

f') Tampoco podrán ser objeto de rescisión - por razones de seguridad en el tráfico mercantil - los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos, compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados (art. 71.5).

g') No tiene dicha acción el carácter de subsidiaria. Supresión de tal exigencia.

a'') La Ley no exige - suprime - el carácter de “subsidiaria” propio de la acción pauliana tradicional⁵⁷. No sólo prescinde la nueva Ley de este carácter al no exigirlo sino que implícitamente así lo expresa cuando dice en el núm. 6 del art. 71, que la acción rescisoria “no impedirá” el ejercicio de “otras acciones”, lo que es opuesto a afirmar la subsidiariedad de la rescisoria con respecto a “tales otras acciones”⁵⁸.

b'') Al decir “subsidiariedad” nos referimos también a la tradicional disposición del art. 1.111 CC que exige (vide “infra” nota 41) para el ejercicio de la acción pauliana la previa persecución de otros bienes del deudor. Esta exigencia desaparece en la nueva acción rescisoria (art. 71) de la Ley Concursal. Basta con que el acto del deudor a rescindir, sea perjudicial para la masa activa. La subsidiariedad pues deja de estar exigida (arts. 71.1, 2 y 3).

c - La alteración que comporta el nuevo sistema.

Visto lo anteriormente dicho, hay que observar como diferencias más importantes las siguientes:

a') Desaparece el ya analizado⁵⁹ instituto de la retroacción.

⁵⁷ Vide nota anterior, y especialmente “supra” nota 41.

⁵⁸ Una cosa es que además de la acción especial rescisoria de nueva creación, puedan ejercitarse otras acciones (como la de nulidad, por ejemplo, simulación, etc.) cosa ésta que dispone la ley en el núm. 6 del art. 71 y otra cosa bien distinta y de signo opuesto es afirmar que la acción rescisoria (como hacia el derecho anterior para la pauliana) no puede ejercitarse sino en defecto de la viabilidad o de estimación en su caso de las otras acciones. Realmente, dado el cumulo de problemas que la subsidiariedad – en el amplio sentido que antes comentamos – presentaba muy conveniente y útil la supresión de su exigencia. Supresión que para la nueva acción rescisoria efectúa la Ley (art. 71).

⁵⁹ Vide la disposición final 3ª de la Ley concursal.

En su lugar, y en substitución de aquél, se crea o añade a nuestro ordenamiento jurídico, una nueva acción especial y privilegiada, de tipo rescisorio pauliano que seguidamente analizaremos, y cuyo ejercicio no es incompatible con el ejercicio de las anteriores acciones ordinarias, salvo la retroacción, que como acabamos de decir desaparece.

Esta diferencia significa el fin de una grave perturbación⁶⁰ y hace innecesaria la laudable atemperación jurisprudencial de que fue objeto el anterior sistema⁶¹

b') Desviaciones. La retroacción no siempre fue utilizada rectamente para conseguir la reintegración de bienes a la masa activa de la quiebra o destruir actos nocivos para la masa activa. A veces se trató de extinguir garantías - casi siempre hipotecas - accesorias de una deuda real, para laminar un privilegio; otras para presionar al deudor y/o a otros acreedores privilegiados o, en fin, pudo ser empleada como arma de presión, al servicio de fines antisociales.

La regulación de la acción rescisoria nueva, el reglado de la legitimación activa, el principio de concentración en el seno de la jurisdicción especial que proporciona así una visión de conjunto, y el establecimiento del perjuicio real en la masa activa como elemento "*sine qua non*" de la eficacia de la propia acción, proporcionan un resorte, no desprovisto de serena contundencia, capaz de dar buenos frutos en el camino hacia la consecución de la justicia en el caso concreto⁽⁶²⁾.

c') La supresión de la retroacción es congruente con el tratamiento que la nueva Ley dispensa al ahora concursado antes quebrado.

El quebrado quedaba desapoderado como si fuera incapaz⁶³; y por esto la consiguiente nulidad radical se proyectaba - con las atemperaciones dichas⁶⁴ - hacia atrás desde la quiebra de hecho, desde el inicio pues, del periodo de retroacción.

60 Vide lo dicho « supra » al principio.

61 Vide la importante sentencia del TS de 3 de abril de 2002 que muestra la evolución de la doctrina de dicho Tribunal. Esta sentencia está en parte transcrita en "supra" al principio.

62 Vide "supra" cap. I y II. La restricción de la legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria especial, ase-gura (art. 72) aquella prudencia y sensatez de un órgano colegiado profesional. El ejercicio subsidiario por el acreedor que menciona el art. 72, irá precedido de una previa solicitud a la administración concursal, y sólo habrá reintegro de gastos para el actor si se estima (art. 72) judicialmente la acción.

63 Vide "supra" al principio.

64 Vide "supra" al principio.

La concepción de la nueva Ley es diferente. No siempre el quebrado es automáticamente desapoderado. Al revés de lo que ocurría con la antigua quiebra, el desapoderamiento no inutiliza siempre la actividad empresarial del deudor en el concurso por el mismo instado (art. 40 Ley); antes bien como dice dicho art. 40 “*en caso de concurso voluntario el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido” a la intervención de la administración concursal⁶⁵ que como es sabido respeta la iniciativa empresarial del concursado, aprovechando su experiencia, conocimiento y estilo. No sustituye la actividad, sino que sólo la verifica⁶⁶.*

Y si el concurso es necesario⁶⁷ si bien es cierto que quedan suspendidas las facultades de disposición y administración del concursado, también lo es que esta medida no es tan absoluta ya que el Juez puede dictar auto cambiando la situación de suspensión por la mera intervención. Y además, en todo caso, queda establecida la necesidad⁶⁸ de colaboración del deudor informando al Juez, y colaborando en la medida que sea conveniente para el interés del concurso⁶⁹, todo ello sin perjuicio de las medidas cautelares que procedan⁷⁰.

Ya no estamos pues ante aquél, absolutamente incapaz, cuya incapacidad se proyectaba hacia atrás desde el inicio de la quiebra de hecho⁷¹, latiendo una viva aspiración a la conservación de la empresa, de tal modo que incluso acordándose la liquidación⁷² no se descarta la enajenación unitaria de la empresa lo que comporta el aprovechamiento del valor mismo de la universalidad como tal.

d’) La simultaneidad (que dispone el art. 73.2º) en la recíproca devolución de las contraprestaciones del contrato rescindido estaba ausente en el anterior sistema de la retroacción⁷³.

65 Vide arts.26 y siguientes Ley.

66 Art. 40.1. Los actos se legitiman por la “intervención”, mediante su aceptación o conformidad pero quien los propone, quien los ejecuta, quien los decide es el concurtido. Sólo no es así, cuando la administración concursal no acepta o no autoriza el acto. El impulso es del concursado. La intervención, impide, frena, desaprueba o deja hacer aprobando o autorizando.

67 Vide art. 22.1 y 22.2.

68 Vide art. 42.

69 dem art. 42.

70 Vide art. 44.2 párrafo 2º de la Ley.

71 Vide capítulos I “supra”.

72 Vide art. 148.1 de la Ley.

73 Ningún privilegio tenía el crédito de la devolución.

*d - Efectos derivados de la estimación de la acción rescisoria especial*a') Previo

Como la acción rescisoria perfilada por la Ley concursal es una acción especial, con las limitaciones que se predicen de toda norma especial o excepcional⁷⁴ es claro, que salvo los problemas derivados de la legitimación que analizaremos⁷⁵, quedan incólumes⁷⁶ las demás acciones rescisorias, u otras tendentes a la ineficacia de actos nocivos⁷⁷ e incólumes⁷⁸ los efectos que les son propios. Por si lo dicho fuera poco, esta compatibilidad de la acción especial rescisoria de nueva creación, con todas las otras acciones están expresamente explicitada con un contundente “*no impedirá*” que es de ver en el núm. 6 del propio art. 71 de la Ley.

Por esta razón los efectos derivados de la estimación de esta acción especial, pueden ser diferentes de aquellos otros derivados de la ordinarias. El letrado actor, pues, aún sin abandonar el principio de concentración en la jurisdicción del juez del concurso⁷⁹ podrá ejercitar una u otras acciones, o ambas, compatibilizando, eso sí, los efectos rogados debiendo, en la construcción de estas peticiones, hacer gala de una exquisita sensibilidad y discreción de juicio ordenada al “*ius suum quique tribuere*” sobre todo hasta que la jurisprudencia, complementa el ordenamiento jurídico⁸⁰. Acumulando inteligentemente algu-

74 Vide art. 3 CC. La regulación de esta acción al ser una regulación especial para ella, sólo a ella afecta pero no afecta a las otras acciones clásicas, salvo, en zona procesal, lo dispuesto en art. 71.6 y 72.3 ya mencionados «supra».

75 Vide “infra” Elementos personales.

76 Es decir, en general la Ley no las modifica, solamente cuando expresamente lo dice, o sea en lo referente a las legitimaciones activa y pasiva, y al cauce procesal, cuando se impugnen actos del concursado. Vide arts. 77 a 80: evidentemente que estas presunciones “*iuris tantum*” pueden facilitar la prueba (sólo como presunciones genéricas o judiciales dada su racionalidad apreciable en cada caso: art. 386 LEC) en el ejercicio de las acciones o resortes clásicos, distintos de la acción especial rescisoria que se contemplan “supra” en el cap. IV. Sobre la legitimación activa y pasiva vide art. 72 y nótese que se refiere tanto a la acción rescisoria especial como a las “demás de impugnación”. Lo dispuesto para la legitimación pasiva es obvio. Vide 72.3 acerca del cauce procesal y nótese con respecto a las clásicas, como también dice “las acciones rescisorias y demás de impugnación”.

77 A estas otras se refiere el núm. 6 del art. 71 y también el art. 72 en sus números 1 y 3. Sobre ellas vide “supra” cap. IV. Vide último páf. “infra” nota 111.

78 En lo procesal, empero, téngase en cuenta lo dispuesto en los arts. 50, 51, 52, 53 y 55 de la Ley del concurso.

79 Vide art. 71.6. Vide nota anterior.

80 La plenitud de la seguridad jurídica (bien en sí mismo, aparte de su consagración constitucional: art. 9.3 constitución) y su esplendor se alcanzan, cuando la Ley promulgada, con el transcurso del tiempo ha sufrido, al aplicarse, el roce y pulimento de su contacto con los diversos, heterogéneos y sucesivos casos concretos así como ha recibido asimismo aquellas sanas y oportunas matizaciones y también complementos generados por la jurisprudencia (vide art. 1º CC). En este caminar hacia el esplendor de la seguridad jurídica, y durante este periodo, no precisamente corto, la tarea del letrado es a la vez delicadísima y trascendente. Es en la intimidad - y hasta recoleta serenidad - de su mesa de trabajo, donde se trasplanta a los autos aquel retazo de vida, acaso sólo muy tangencial a la norma, que con su reiteración, y subsiguiente tratamiento procesal, genera jurisprudencia que como tal, complementa el ordenamiento jurídico generalizando la solución. Tarea delicada porque requiere aquella profundidad, y pulcritud que CASTAN hacia predicar

nas de dichas acciones⁸¹ podrá alcanzar adecuaciones a las diversas situaciones de la vida.

b') En general

Produce los efectos propios de la rescisión; es decir, con la rescisión se torna insostenible la eficacia del título rescindido y consecuentemente dicha mutación del título (efecto personal) va a generar el deber jurídico, entre las partes, de proceder a restituirse las recíprocas prestaciones con sus frutos por una parte, e intereses por la otra. En este sentido, el art. 73, dibuja unos efectos, propios de la rescisión, en sensible concordancia con lo dispuesto en el inciso primero del art. 1.295 del CC⁸².

del sentimiento jurídico, y trascendente porque ella provoca esta complementación de la Ley y, a la larga, aquellas puntualizaciones que dándole una mayor delimitación y sentido proporcionan el ansiado esplendor de la seguridad jurídica. Otros letrados, no tendrán ya que "sufrir" el ejercicio de tan delicada tarea. El camino ya estará abierto. Será tan fácil, como una autopista de peaje; pero el peaje lo pagó ya anticipadamente el letrado, que en la delicadeza de su tarea, abrió brecha. Y también el cliente, inteligentemente audaz, que acepto correr el riesgo.

- 81 Vide art. 71.6 de la Ley del concurso. Vide asimismo art. 71.2 de la LEC. Ídem, art. 72 LEC. Las diferentes consecuencias sustantivas que devienen del ejercicio de las acciones diversas que pueden ejercitarse, permite obtener aquel conjunto de efectos adecuado a la solución justa del caso. La prodigiosa imaginación humana para construir ("*circumvalare*" que decían los romanos) disimuladas pseudoinstituciones fraudulentas, siempre ha de encontrar un recurso legal para desvelarlas. Como quiera que "el que pide lo más, pide lo menos", a veces, matizando o reduciendo los efectos particulares de una o varias acciones ejercitadas, puede conseguirse un efecto global eficaz contra el fraude. También puede pretenderse a mi juicio validamente, que algunas presunciones concebidas sólo para la acción especial (- por ejemplo los casos dispuestos en la Ley art. 71.2 o 71.3 -) operen igualmente en otras acciones impugnatorias. No por extensión de la Ley, sino por la racionalidad que la presunción legal comporta en sí misma, ya que esta racionalidad, este enlace lógico entre el hecho base y la consecuencia puede invocarse por la vía de art. 386 de la LEC, que hace las veces del derogado art. 1.253 del CC. Vide "supra" nota 106.

- 82 El art. 1.295 CC, debidamente espiritualizado en su propia esencia, es decir, en cuanto dispone que la rescisión obliga a la recíproca devolución de lo entregado en cumplimiento del contrato rescindido, en cuanto dispone sendas obligaciones personales de retrotransmisión o restitución. Este carácter personal del deber de restitución (incluso frutos e intereses) o retrotransmisión, en cuanto afecta a otra persona y eventualmente a su vez a otro (adquirente y al subadquirente) carente de complicidad, carente de mala fe, puede acarrear la consecuencia de que sea injusto y por ende jurídicamente imposible hacerle devolver, aquello que tan inocentemente adquiriera. Si así fuera, claro que no procede tal devolución, pero el CC en su art. 1.295.2, cuando alude a rescisión (en su párrafo 2º) quiere decir "devolución"; FEDERICO DE CASTRO, fue aún más contundente: El art. 1.295 no se aplica a la rescisión en fraude de acreedores. Veremos pues, más adelante en el texto, como la nueva Ley, ha resuelto el problema en el mismo sentido que ya venía haciendo la jurisprudencia. Vide "*ad exemplum*" S del TS 6 mayo 1997, al sostener que el adquirente en virtud de título rescindido, no ha de devolver la cosa, pero sí su valor. Vide asimismo la S del TS de 14 febrero 1963.

El efecto institucionalmente personal de la rescisión comporta la generación de un teórico deber de restitución con los frutos e intereses en defecto del equivalente indemnizatorio, ya que la rescisión no produce la anulación o desaparición del título de adquisición, (como ocurre en las situaciones de nulidad radical y ocurría antes con la retroacción) sino la obligación de restituir, como si no hubiera existido - pero existió - obligación ésta, personal.

Estamos pues, en la rescisión especial regulada en el art. 71 de la Ley, ante una propia rescisión, si bien se precisan más sus efectos en el propio art. 73.

Nótese en cuanto a los efectos de la retroacción con respecto al primer adquirente (aún de buena fe, titular registral), que, debía entenderse que no estaba tal primer adquirente protegido, estándolo en cambio el subadquirente. Ahora al estudiar los efectos, de la nueva rescisión (que sustituye al sistema de la retroacción) distinguiremos entre efectos para el concurrido así como para el adquirente de bienes inmuebles registrados, y para el subadquirente de tales inmuebles.

El propio art. 73, en esta acción especial, muestra una explicitación que como tal explicitación es nueva, aunque ahora es tan lógica como lo era antaño al obedecer al juego de la conmutatividad. Puesto que el soporte del contrato sinalagmático descansa en la estimada equivalencia subjetiva de las prestaciones que se intercambian (*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*) es lógico que si uno devuelve, devuelva el otro, pero simultáneamente. El art. 71.3⁸³, meridianamente así lo dispone, salvo mala fe en quien acredite su derecho a la devolución. La proclamación de este principio general, es pues también significativo y expresión de la racionalización de la normativa del concurso.

Hay que distinguir entre los efectos propios de esa rescisión especial en cuanto afectan al propio deudor concursado de aquellos efectos que afecten al adquirente del bien o derecho enajenado o constituido, adquirente el mencionado que es parte en el contrato perjudicial celebrado entre el mismo y el deudor concursado.

Es verdad que este adquirente puede ser de buena fe ignorando esta específica perjudicialidad - o de mala fe - conocedor del carácter perjudicial, y hasta cómplice en el fraude ("*consilium fraudis*") debidamente concertado con su transmitente. Pero esto no termina aquí. Puede ser que éste que adquirió del concursado, a su vez, vuelva a enajenar a favor de otro (subadquirente) quien, ciertamente puede ser de mala fe, pero es probable, muy probable que no lo sea.

En torno a los efectos de la rescisión dispuestos en la nueva Ley, hemos de insistir⁸⁴ en que estos efectos se activan en función de la existencia del perjui-

83 En la regulación de la quiebra anterior a la nueva Ley, un comprador que hubiera adquirido del quebrado un bien, mediante compraventa celebrada en el periodo de retroacción, tenía que reintegrar a la masa el bien por él comprado pero el importe del precio no se le restituía simultáneamente sino que sólo adquiriría lo que hoy llamaríamos un crédito, como común, que seguía la difícil suerte de los demás. Hoy, en cambio, gracias al núm. 3 del art. 73 de la nueva Ley, se establece una regla general: Este derecho a ser restituido del precio pagado por el comprador que retorna el bien comprado a la masa "habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido" teniendo la consideración de "crédito contra la masa" (vide art. 84.2 en relación el art. 154.1 y 2 que aleja toda la duda al respecto. Y es crédito contra la masa incluido dentro del núm. 11 del citado núm. 2 del art. 84.2 y se cobra "a su vencimiento"; art. 154.2). Y este "vencimiento" es el momento de la citada restitución (simultaneidad). En cambio, ahora tal como dice el art. 73.3 si el Tribunal aprecia en este adquirente mala fe el crédito tendrá la consideración de subordinado (vide art. 92; esta inclusión está dispuesta en el núm. 6º de tal art. 92; y el crédito subordinado - art. 158 - no se cobra "hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios"), es decir, que en la práctica, no se cobra. Cuando la Ley (art. 73.3) dice que "el Tribunal aprecie" no parece exigir una declaración formal y especial en tal sentido de conectar a la declaración formal de mala fe, la calificación de crédito subordinado al derecho a la restitución del precio, pero aunque sea así, al ejercitar la acción rescisoria, la prudencia, por si acaso, en tanto la jurisprudencia no lo aclare aconseja "*ad cautelam*" pedirla.

84 Vide "supra" cap. V.2 c).

cio para la masa activa. No es ya la intención fraudulenta del concursado, el dolo específico que ello comporta, la fraudulencia, sino que la piedra angular sustentatoria de esta rescisión especial está en el perjuicio. Si recordamos el art. 1.291 del CC, veremos que en el elenco de contratos rescindibles alude, en el núm. 1 a los celebrados por los tutores, y exige la lesión en el patrimonio del representado; en el núm. 2 alude a los celebrados por los representantes del ausente con igual exigencia de lesión, y en cambio, en el núm. 3, no se alude formalmente a la lesión patrimonial del deudor porque el bien protegido no es éste, sino el derecho del acreedor. No obstante el propio Código Civil, exige la subsidiariedad ambivalente, es decir, que se hayan ejercitado antes todas las acciones tendentes a la ineficacia del acto sin estimarse (art. 1.294 CC) y haber perseguido antes los otros bienes del deudor (art. 1.111 del CC), aunque la jurisprudencia suavizara la subsidiariedad citada en primer lugar (Sic. SS del TS de 12 de Junio de 1985 *ad exemplum*). La rescisión que se contempla en el art. 71 y siguientes de la nueva Ley, alude a un perjuicio objetivo para la masa, representado por la minoración patrimonial que comporta⁸⁵ produciéndose todos los efectos, sin exigencia de subsidiariedad⁸⁶.

También los efectos están consecuencialmente concebidos en la nueva Ley, en función de la finalidad perseguida. En la rescisión del art. 1.291.3º y 1.111 del CC la finalidad perseguida es evitar que el acreedor deje de cobrar lo que conduce a la posibilidad de una rescisión parcial (sic STS de 14 de junio de 1958) porque la rescisión está tan y tan ordenada al cobro de su crédito por el acreedor que si éste cobra consumiendo sólo una parte del valor del objeto del contrato a rescindir, el resto no es necesario que reingrese en el patrimonio del acreedor. En cambio, en la rescisión de la nueva Ley (art. 71) el objeto del contrato rescindido ha de retornar siempre íntegro a la masa, porque es la masa activa la que en virtud del principio de universalidad (art. 76) muestra una vis atractiva y una energía de succión que llama jurídica y vivamente el retorno de todo el bien a tal misma masa. Es lógico, además, porque no se trata de asegurar el cobro de un crédito determinado sino de todos los créditos concurrentes para restituir a aquella masa que ha de soportar las consecuencias del art. 1.911 del CC en su plena integridad económica.

85 La objetivización es evidente, y el carácter perjudicial del acto, y su demostración está adornado de un régimen de presunciones, algunas de ellas, como se va a ver seguidamente en el texto, "*iuris et de iure*". Vide cita nota inmediatamente anterior.

86 Frente a la rescisión clásica - art. 1.294 CC - aquí no aparece la exigencia de subsidiariedad. Al decir "subsidiariedad" nos referimos a tal palabra en sentido lato, refiriéndose tanto a la necesidad de perseguir antes otros bienes del deudor (art. 1.111 CC) o al menos demostrar y alegar su insolvencia (SS TS 20 febrero 2001 y 20 diciembre 2001), como al ejercicio infructuoso de otras acciones de ineficacia - art. 1.294 CC - Pues bien, ni una cosa ni otra, se exige en la nueva y actual Ley, para ejercitar la acción rescisoria especial del art. 71.

Siendo ello así, y tal como hemos dicho⁸⁷, es lógico que la exigencia de subsidiariedad desaparezca, y también es lógico que siendo el perjuicio objetivo la piedra angular de la rescisión, se prescinda, al menos como requisito “*sine qua non*” de la intención fraudulenta. La contundencia del núm. 1 del art. 71 de la Ley al decir que “*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 intención fraudulenta*” obedece a la lógica que estamos defendiendo, pero aunque ciertamente no sea necesaria la intención fraudulenta para la rescindibilidad si que es cierto que la posición anímica de las partes en el contrato tiene evidente influencia en los efectos de la rescisión, como se deduce de la distinción que efectúa la Ley en diversos supuestos de los números 2 y 3 del art. 73 de la Ley.

A estos efectos debemos distinguir entre “*consilium fraudis*”, mala fe y buena fe, y elementalmente consideramos que el “*consilium fraudis*” comporta en su acepción de máxima nocividad el previo concierto entre el transmitente y el cesionario, para perfeccionar un contrato que perjudique al acreedor o a los acreedores. Se integra por dos dolos específicos⁸⁸ del cedente y del cesionario coincidentes en generar el perjuicio a la masa. Pero en realidad, hoy se entiende que basta el conocimiento o la simple posibilidad de conocer, el daño patrimonial injusto.

⁸⁷ Vide nota anterior.

⁸⁸ Claro que se comprende aquella posición del concursado y el próximo pariente que quieren extraer parte del contenido económico de la masa para sustraerlo a la ejecución y esconderlo; pero también se produce este concierto cuando el concursado quiere esta finalidad, y el otro no la quiere, pero colabora apremiado por la presión familiar. O también aquellas situaciones en que lo que se busca es obtener liquidez, y no se quiere, pero se conoce el perjuicio que se causa con la operación, situación semejante a la que los penalistas llaman dolo eventual, o hasta, en fin, situaciones próximas a la culpa consciente.

Pero en realidad, para la acción revocatoria la doctrina y la jurisprudencia (vide S TS 7 junio 1990) sólo exigen el conocimiento, o aún más la simple posibilidad de conocer. Con Albadalejo, Moreno Quesada y otros dice DÍEZ PICAZO en Fundamentos III. Madrid 1996, pág. 739: “**12. El fraude como presupuesto de la acción rescisoria: el concepto de fraude**

El fraude supone un designio o un propósito del deudor de perjudicar a sus acreedores haciendo inefectivos sus créditos (consilium fraudis). Esta exigencia, cuya completa prueba por el actor haría imposible en la práctica el ejercicio de la acción, ha sido suavizada a través de diferentes líneas. En una primera de ellas se pueden situar quienes entienden que no es necesario probar un especial propósito o intención del deudor, sino que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (scientia fraudis). En un punto extremo se sitúan quienes consideran que la acción debe funcionar objetivamente, cualquiera que haya podido ser el ánimo o intención del deudor y las consecuencias o falta de ellas en el resultado producido con sus actos.

En nuestro Derecho Positivo, por regla general, la impugnación por fraude no es objetiva, aun cuando existan algunos preceptos que conducen, en casos especiales, a una línea de este tipo (cfr.: art. 1.001 CC). Por ello, ; se debe adoptar la idea de que el fraude queda constituido por el hecho de que el resultado sea perjudicial para los acreedores y tal resultado fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo.”

No obstante como veremos, a la hora de la verdad, la nueva Ley concursal distingue entre buena y mala fe. Y las situaciones, aún las más leves, de “*consilium fraudis*” son expresivas siempre de “mala fe” porque comportan conocimiento de la causación de perjuicio, conocimiento de la perjudicialidad.

La buena fe técnicamente, no es expresión de un acto volitivo, sino un estado del conocimiento, consistente en la ignorancia del defecto que afecta al acto que se va a perfeccionar⁸⁹ aunque una progresiva objetivización de esta cualidad, tiende a identificar la ignorancia con la imposibilidad racional de conocer el defecto u obstáculo⁹⁰ de tal manera que ya no es la propia ignorancia del defecto el elemento calificador de la buena fe, sino algo más objetivo consistente en la imposibilidad racional de enterarse de aquél. Así no tiene buena fe, aunque ignore el defecto, el que tenía posibilidades racionales, ordinarias normales de saberlo, repito, aunque no lo sepa. Aquél que conoce el defecto, o aunque no lo conozca podía racionalmente conocerlo tiene mala fe.

Esta buena o mala fe, es pues distinta de la calificación que se efectúa en función de la conducta o el propósito volitivo⁹¹ conducta la dicha, que aunque tiene relevancia jurídica⁹² no corresponde al sentido propio que comporta la alusión a la buena o mala fe que efectúan los números 2 y 3 del art. 73 de la Ley.

Así pues, delimitando el correcto significado de “ausencia de intención fraudulenta” (art. 71.1), y de buena fe o mala fe (art. 73 números 2 y 3) diremos

89 Esta mala fe, se caracteriza por el conocimiento del vicio u obstáculo. Del páf. 2º del art. 34 de la LH puede deducirse, que aunque la buena fe de terceros se presume tal presunción se destruye si se “prueba que conocía la inexactitud del Registro”. Es de buena fe quien contrata ignorando que hay algo que impide contratar, que ignora, en fin, la nocividad del acto. Esta buena o mala fe (conocimiento o desconocimiento) a la que se refiere el art. 71 de la nueva Ley, es un desconocimiento o conocimiento de lo que obsta la contrato, en nuestro caso su perjudicialidad en el sentido antes analizado es la buena fe a la que se refiere MODESTINO (D. 50,16,109 según Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, Tomo I edición 1979 pág. 650) al decir: “*bonae emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse*”. Esta es pues, la buena o mala fe a la que se refiere el art. 73 de la Ley Concursal; otra cosa distinta es la mala fe de quien se comporta mal, antisocialmente, del perverso que obra torticeramente; esta mala fe es aquella a la que es referida el art. 7 del CC cuando proscribire o censura un comportamiento que se desvía de las finalidades integradas en nuestro ordenamiento jurídico, y es también “*ad exemplum*” aquella a la que hace mención el art. 247 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil facultando al juzgador para que imponga multas bien directamente a la parte (247.3) bien al abogado o procurador (247.4) indirectamente excitando al respectivo colegio profesional (Vide JOAN PICÓ *El principio de la buena fe procesal*, obra aún inédita, Premio San Raimundo de Peñafort, Fundación Areces). Aun a riesgo de ser insistentes digamos que esta buena o mala fe, no es aquella a la que se refiere la Ley Concursal en su art. 73, pues este precepto alude a la buena o mala fe derivada del desconocimiento o conocimiento y no a la buena fe o mala fe de quien se porta bien o se porta mal.

90 En realidad es muy difícil, por perspicaz que se sea poder penetrar en el arcano de la conciencia de la parte y percibir si ésta conoce o no conoce el obstáculo. Por ello, el Derecho viene admitiendo el principio de que, en realidad, lo que va a tenerse en cuenta es si la parte podía racionalmente conocer o no. Si racionalmente podía conocer, es como si efectivamente lo conociera. Y si racionalmente era imposible que pudiera conocerlo, es lo mismo que si no lo conociera. Este principio lo vemos claramente acogido en el art. 36 apartado a) de la L.H. cuando dice: “*Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer antes de perfeccionar su adquisición...*”. Efectivamente equipara conocer a poder conocer.

91 Vide “supra” nota 19.

92 La conducta desviada presupone conocimiento y en este sentido es equiparable a la mala fe. De ahí, que pese a la clara distinción entre mala fe en razón del conocimiento y mala fe en razón de la conducta, a veces la mala fe conductual, comporta e implica el conocimiento del obstáculo.

que la intención fraudulenta es clara expresión de mala fe pues lejos de ignorarse el defecto (en nuestro caso perjuicio a la masa activa) se quiere, y sólo se quiere lo que se conoce. Buena fe es la ignorancia del defecto unida a la imposibilidad racional de conocerlo, siendo éste último inciso (imposibilidad de conocer) condición “*sine qua non*” del atributo de buena fe. Así pues aunque la buena fe se presume, tal presunción puede destruirse, ya que es una presunción *iuris tantum*, demostrando no ya el conocimiento del defecto sino que es descubrible racionalmente⁹³. Cuando en los números 2 y 3 se habla de buena o mala fe, se refiere a los conceptos expuestos, pero en la mala fe, se han de comprender también, dentro de ella, los actos dotados de intención fraudulenta pues tal actitud, es peor que la mala fe, pero comprende a la misma mala fe. Como veremos los números 2 y 3 cargan más, obligan más, al adquirente de mala fe, que al de buena fe⁹⁴, aunque no aluden a la intención fraudulenta, pero esta ha de entenderse como una propia manifestación de mala fe⁹⁵.

Por todo ello, vamos a distinguir, estos 3 supuestos: El concursado, el primer adquirente, y los subadquirentes como afectados por la rescisión especial que regula la Ley de concursos.

c') Efectos de la rescisión en el deudor concursado

El deudor ha de soportar la rescisión y la consiguiente reintegración del bien a la masa, no a él mismo (⁹⁶), para que, reintegrado en el seno de aquella pueda ser objeto de la consiguiente realización de valor.

El legislador, en la redacción del art. 73.2 contempla el caso de no ser posible tal reintegración por estar el bien en poder de persona distinta del deudor y no ser posible jurídicamente obtener tal reintegración, por las razones que menciona. Pero dispone, para tal caso el siguiente efecto: “*se condenará a quien*

93 Este principio es observable en el paf. 2º del art. 34 de la LH.

94 Vide explicación “supra” nota 113 que aquí damos por reproducida (vide art. 73.2 y 3).

95 Quien crea el mal, lo conoce.

96 El art. 73.1 es taxativo al disponer que la rescisión comportará la declaración de ineficacia y la condena a restituir las prestaciones con sus frutos o intereses.

En este sentido dicho art. 73.1 es coincidente con el primer inciso de paf. 1º del art. 1.295 del CC. Pero, como vamos a ver enseguida, algo es distinto.

La restitución rescisoria clásica comporta el retorno del bien al deudor para hacer así posible su ejecución al servicio del cobro del crédito de aquel acreedor. La restitución que contempla el art. 73.1 de la Ley, se produce, no a favor del concursado, sino de la masa activa para hacer posible la realización de valor en interés de todos los acreedores. Y mientras en la situación anterior como quiera que la rescisión estaba ordenada al cobro de un crédito determinado, cabría la rescisión parcial y el excedente iba a parar al deudor, en el actual concurso, la rescisión, comporta el retorno íntegro del bien a la masa.

hubiere sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran (los bienes) cuando salieron del patrimonio del deudor concursado más el interés legal...”.

Comoquiera, que evidentemente el deudor concursado fue parte al menos en la primera enajenación, cabe preguntarse, si hay que condenar o no al deudor en el supuesto contemplado ya que para tal supuesto dice el art. 73.2 que “*se condenará a quien hubiera sido parte*” y cabe pues preguntarse si el deudor está comprendido, como tal parte, dentro de esta condena. Creemos sinceramente que no es así, y que el precepto no se refiere al deudor. Y ello por las siguientes razones: a’) - Si para interpretar hay que atender fundamentalmente a la finalidad perseguida por la norma (art. 3 CC) y el procedimiento concursal es un medio o resorte para solucionar de manera ordenada y equitativa - y universal - todos los problemas derivados de la disfunción que se produce cuando el deudor tiene insuficientes bienes para atender a sus obligaciones todas, y la norma ha dispuesto y dispone resortes diversos para incrementar este activo “desfatiendo los entuertos” que lo han reducido indebidamente, es difícil imaginar que la norma en trance de perseguir tales propósitos disponga un aumento del pasivo condenado a satisfacer otra cantidad al deudor; es difícil de interpretar - repito - que una de las soluciones decretadas sea aumentar el pasivo cuando tal cosa es agravar la dificultad. b’) - Porque la frase está escrita en singular: “*se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido*” - dice - con lo que ordinariamente excluye a uno de los dos y éste - el excluido - no es otro, que el concursado. c’) - Confirma lo dicho, lo que por la propia norma se dispone a continuación. En efecto: al decir “*si la sentencia apreció mala fe en quien contrató con el concursado se le condenará a satisfacer la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa*” la norma indirectamente dice cuál es la parte a condenar, y esta es claramente “*el que contrató con el concursado*” que obviamente no puede ser el mismo concursado sino quien contrató con él.

d’) Efectos de la estimación de la acción especial (art. 71) rescisoria concursal, en quien perfeccionó con el concursado el acto⁹⁷ de adquisición rescindido.

Como se ha dicho abundantemente, la consecuencia de la estimación de dicha acción rescisoria es la obligación de devolverse las recíprocas prestaciones con sus frutos (de la cosa) e intereses (del precio pagado). Y esto es lo que manda el núm.1 del art. 73 de la Ley. Consecuentemente el adquirente habrá

⁹⁷ Acto o negocio jurídico.

de devolver el bien adquirido derivativamente del concursado⁹⁸ puesto que la sentencia le condenará a hacerlo.

Y esto ocurre si este adquirente, que recibió el bien derivativamente del concursado lo conserva en su poder, Más si no lo conservara en su poder, - cosa que puede acaecer - entonces ¿Qué ocurre?.

Debemos pues estudiar el supuesto contemplando en la regla general del art. 73 que dispone la devolución (o restitución), y también el supuesto excepcional (excepcional en sentido técnico, pues ocurre con cierta frecuencia) de que no lo tenga en su poder porque lo haya transmitido a otro. Estudiemos pues ambos supuestos por separado.

d'.1) El adquirente conserva en su poder el bien adquirido derivativamente del concursado mediante el acto o contrato rescindido.

La estimación de la acción rescisoria, despliega todos sus efectos propios, y la consecuente aplicación de la regla general contenida en el núm. 1 del art. 73 comporta la condena a devolver el bien con más los frutos percibidos (vide Civ. 1.095).

Así pues, este adquirente (primer adquirente) debe devolver el bien que salió del patrimonio del concursado.

Pero como la rescisión comporta una recíproca devolución de las correspondientes prestaciones de ambas partes, de tal manera que si el adquirente debe devolver la cosa (y los frutos) adquirida mediante el contrato rescindido, también el transmitente (concurtido) deberá devolver el precio y sus intereses.

Esta reciprocidad, (como si sobre ella flotara también el art. 1.100 del CC) conlleva y llama a la simultaneidad de devoluciones. Y así lo manda el núm. 3 del art. 73 al disponer que el derecho del comprador (que ha de devolver a la masa del concursado el bien comprado) a que se le devuelva el precio que antes pagara y sus intereses, tienen la consideración de crédito contra la masa, lo que significa⁹⁹ que se ha de pagar ya, y más precisamente, como reza el texto legal “simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido”. De manera pues, que la devolución

98 Recuérdese que la acción rescisoria especial concursal sólo puede ejercitarse impugnando actos perjudiciales perfeccionados dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso (art. 71.1). Ello no obsta al ejercicio de otras acciones rescisorias comunes (art. 716 Ley Concursal) sin olvidar el plazo de caducidad - aún con flexible interpretación jurisprudencial del “*dies a quo*” (SS 29-10-1990 y 15-02-1986) - de cuatro años (Civ. 1.299, LH 37 4º b) paf. 2º).

99 Vide arts. 84.2 y 154.1 y 2 de la Ley.

del bien y sus frutos para su incorporación a la masa activa ha de efectuarse simultáneamente con la devolución del precio más los intereses de aquél. No obstante, el texto legal configura este supuesto y dispone tal simultaneidad en la inteligencia de que esta persona que contrató con el concursado y adquirió así el bien en cuestión, efectuó tal adquisición y perfeccionó tal contrato transitorio a su favor, con buena fe. Ello es así, porque el texto legal, inmediatamente después añade, salvo que la “sentencia apreciara mala fe en el acreedor”. No hace falta insistir en que cuando dice mala fe en el acreedor, se refiere al citado adquirente del bien en virtud del contrato rescindido en cuanto es acreedor del precio y sus intereses.

Queremos, por ello, hacer notar dos cosas importantes: 1ª - Que el primer adquirente de buena fe ha de devolver el bien para su incorporación a la masa activa¹⁰⁰, pero queda simultánea y relativamente compensado por la devolución del precio y sus intereses¹⁰¹.

2ª - Que si no tiene buena fe, entonces este derecho a ser compensado con el precio y sus intereses¹⁰² ya no tiene la consideración de crédito contra la masa¹⁰³ sino que es crédito subordinado, lo que significa que no hay simultaneidad, no se cobra “ya”, sino que se cobra detrás de todos si aún hay, sí aún queda; es decir que en la práctica no se cobra¹⁰⁴.

d'.2) El adquirente ya no conserva en su poder el bien, porque ha salido de su patrimonio.

Cuando el adquirente (primer adquirente que contrató con el concursado) no conserva en su poder el bien, él no podrá devolverlo, y a veces será irrecuperable. En los casos en que la ley (art. 73.2) considera que son irrecuperables alguien ha de pagar el “*id quod interest*” o equivalente económico al valor del objeto que habría que devolver y no se puede. ¿Y quién es este alguien? Este alguien es este mismo primer adquirente que adquirió el bien, lo enajenó y no puede recuperarse del poder del tercero o subadquirente. ¿Y qué ha de pagar? El valor que tuvo el bien al momento de salir del patrimonio del concursado (art. 73.2). Y además ha de pagar los intereses devengables por este equivalente a tal valor desde el momento en

100 Del núm. 2 del art. 73 se deduce que con buena fe, o sin ella, el que contrató con el concursado, si hay rescisión tiene que devolver el bien y si está en poder de tercero de buena fe o irreivindicable en su defecto, indemnizar según se dispone. Más abundantemente puede verse ello “infra” en el análisis de la protección que acarrea el principio de la fe pública registral.

101 En diferente grado según haya buena o mala fe. Vide art. 73.2.

102 El texto utiliza una expresión más genérica: prestación.

103 Vide arts. 84.2 y 154.1 y 2 de la Ley concursal.

104 Vide 92.6 de la Ley y lo eventual de su cobro en 158 también de la Ley.

que el bien sale del patrimonio del concursado, hasta el momento de pagar al equivalente económico a la masa activa.

Esta es la regla general que está seguidamente excepcionada para el supuesto de que, apreciándolo así la Sentencia que estima la rescisión, el que adquirió del concursado tuviera mala fe. Pues bien, combinando la norma general con esta excepción resulta que si este primer adquirente (que contrató con el concursado) adquirió de buena fe debe devolver el antes indicado valor del inmueble que no puede retornarse a la masa, más los intereses devengados por el importe de este valor según hemos explicado antes; en cambio, si adquiere de mala fe “*se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causado a la masa activa*” (art. 73.2 Ley); claro está, para este supuesto, en el sentido y alcance que expresa el CC¹⁰⁵.

Resumiendo pues, cuando se frustra el retorno del bien a la masa activa haciendo imposible este efecto natural de la rescisión, quien sufre el deber de pagar en dinero, no ya “*in natura*” porque no se puede, es siempre - así lo dispone el art. 73 - el primer adquirente. Y tiene que pagar (o sea indemnizar) con menor o mayor intensidad según tenga buena o mala fe como se ha descrito, según hubiera adquirido de buena o mala fe.

Cabe, enseguida preguntarse: De la misma manera que este primer adquirente cuando ha conservado en su poder el bien, y devuelve el bien adquirido a la masa como consecuencia de haber sido rescindido su título de adquisición, tiene derecho, a que a su vez, le devuelvan, lo que pagó (precio con sus intereses) según comentamos en el anterior apartado A, cuando no devuelve “*in natura*” porque ya no tiene el bien, sino que indemniza en dinero, ¿tienen también el derecho a que se le devuelva el precio y sus intereses? La respuesta es “**SÍ**” pues el núm. 3 del art. 73 de la Ley habla genéricamente de “prestaciones”, incluso si no tuviera buena fe, es decir, si el Tribunal apreciara mala fe. Lo que ocurre - aquí también - es que si es de buena fe opera la simultaneidad (devuelvo y me devuelven a la vez) y este derecho a la devolución del precio e intereses tiene la calificación de crédito contra la masa, es decir, exigible ya (por esto cabe la proclamada simultaneidad); y en cambio si es de mala fe tiene derecho a cobrar, pero se trata de un derecho muy teórico, sino ilusorio, pues no hay simultaneidad, y es un crédito subordinado¹⁰⁶. En esta situación pues, en la práctica ha de indemnizar ya, y el precio y los intereses los recibirá; si los recibe, al final de todo¹⁰⁷.

105 Arts. 1.106 y 1.107 CC.

106 Art. 92.6 y 158.

107 Pues no hay simultaneidad de acuerdo con art. 73.3; vide nota anterior.

Finalmente la buena o mala fe del primer adquirente se refiere al momento de la adquisición, no al momento de la siguiente enajenación que acaso hubiera efectuado el que contrató (adquiriendo) con el concursado; aunque una cosa es la buena fe del primer adquirente cuando contrata con el concursado y otra cosa distinta es la buena fe del mismo cuando vuelve a enajenar a favor de un tercero. Más aunque los conceptos sean distintos, en la praxis son confundibles o intercambiables. Si el adquirente del concursado adquiere de buena fe, no sabe que el contrato puede rescindirse ni que tiene el deber de devolverlo, por lo que no sabe que no puede a su vez enajenarlo. Si el adquirente del concursado adquiere de mala fe, sabe que el contrato puede rescindirse y que habrá de devolverlo. Si lo enajena, infringe el deber de conservación y custodia que dispone el art. 1.094 del CC. Total que el que tiene buena fe al adquirir hay que presumir la tiene después al enajenar. Y por esto si tiene mala fe al adquirir, la tiene al enajenar.

e') Efectos de la estimación de la acción especial de rescisión concursal, en aquel subadquirente que adquirió de quien fuera el primer adquirente que a su vez adquirió del concursado.

Enseguida se ve que la Ley concursal, hace descansar el deber de restituir a la masa, en el primer adquirente según hemos visto en el apartado d) anterior. En todo caso el primer adquirente soporta la obligación de devolver el bien y frutos, y si no fuera posible porque ya no estuviera en su poder, o por estar en poder de terceros subadquirentes de buena fe, entonces, con cargo a su propio patrimonio (el del primer adquirente) deberá satisfacer, para la masa, el equivalente según hemos explicado - repetimos - en el anterior apartado d).

Con esta premisa, ya se comprende que estos subadquirentes, si el bien no fuera frente a ellos reivindicable¹⁰⁸ o ni siquiera fueren demandados, ellos

¹⁰⁸“Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa, por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia hubiera procedido de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad, o de protección registral, se condenará a quien hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal: si la sentencia apreciase mala fe en quien contrato con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”. Así reza el lacónico núm. 2 del art. 73. Al respecto contemplamos lo siguiente:

“no pudieran (bienes y derechos) reintegrarse a la masa”. Frente a la regla general: “condenara a la restitución de las prestaciones objeto de aquél (contrato rescindido)” establecida en el núm. 1 precedente, el núm. 2 comporta un supuesto excepcional, pero no infrecuente, cual es la imposibilidad de llevar a cabo la retrotransmisión o transmisión de la masa activa. ¿A qué imposibilidad se refiere? Pues se refiere precisamente a una imposibilidad jurídica (no contempla el perecimiento) ¿Qué impide la restitución “*in natura*” del bien o derecho?

a) Pertenecer el bien o derecho a tercero no demandado. ¿Y quién es el tercero? Es el subadquirente o sea el adquirente de quien contrato (primer adquirente) con el concursado. Es el adquirente que adquiriera derivativamente y no ha sido

continúan en la posesión, y dominio del bien adquirido y la indemnización económica que ha satisfacerse a la masa, debe pagarla el primer adquirente, es decir, el que contrato con el concursado.

En una palabra, en los casos en que pese a la rescisión el subadquirente se queda con el bien, este subadquirente queda indemne y es su antecesor, el que contrató con el concursado quien debe indemnizar en la forma ya expuesta.

Pero también es cierto, que si este subadquirente al que nos referimos en este apartado no tuvo, al adquirir, buena fe - y por ello no es tercero¹⁰⁹ protegido - y ha sido demandado puede verse condenado a devolver, en cuyo caso si devuelve, tiene derecho a ser compensado, en una cantidad no superior a la que le correspondería recibir al primer adquirente si fuera él mismo el que hubiera devuelto. Y su crédito, el crédito de este tercer adquirente no será de mejor condición que la que correspondería - según hemos comentado - al primer adquirente si fuera el quien devolviera. Decimos tal cosa, con toda la provisionalidad que comporta efectuar una afirmación que sólo la función complementaria que la jurisprudencia pueda efectuar podrá constatar. Pero lo decimos ya así, porque creemos que el derecho del subadquirente es un derecho derivado (por sucesión singular) del derecho adquirido por quien contrató

demandado. Se trata pues de un derecho o bien cuyo titular o “*dominus*” es una persona distinta del demandado. Pero sea lo que fuera, los requisitos exonerantes de la restitución, en este supuesto son los siguientes:

1º - Que el tercero no demandado sea legítimamente dueño o titular del bien o derecho.

2º - Que tal titular, al ejecutarse la acción rescisoria especial concursal no haya sidodemandado ni parte en el incidente concursal correspondiente.

b) Pertener a tercero que adquirió de buena fe. El sujeto, atendiendo a una interpretación gramatical - que coincide con la lógica - de la calificación de buena fe es el mismo tercero aludido en el supuesto “a)” anterior. Para el legislador pues, todo subadquirente de buena fe - es decir que no conozca ni haya podido conocer el perjuicio y consiguiente rescindibilidad del título adquisitivo de quien contrato con el transmitente - que sea legítimamente dueño ha de ser mantenido en esta adquisición.

1º - Que este subadquirente sea legítimamente dueño o titular del bien o derecho.

2º - Que sea de buena fe, y así haya sido apreciado por la Sentencia (“conforme a la sentencia”) dice el texto legal.

c) Pertener a tercero que gozase de irrevindicabilidad.

Con claridad se desprende que el sujeto continúa siendo el mismo. Si la dicha subadquisición proporcionará irrevindicabilidad, como por ejemplo deviniera de una adquisición en tienda abierta al público (vide art. 85 Código de Comercio) es claro que el bien, jurídicamente sería irrecuperable, y los requisitos exonerantes serían:

1º - Que el bien o derecho pertenecieran legítimamente a dicho tercero en virtud de adquisición que produjera tal irrevindicabilidad.

2º - Que así se apreciara en la Sentencia.

d) Que gozase de protección registral.

También el sujeto continúa siendo el mismo, y los requisitos de exoneración serán los siguientes:

1º - Que el bien o el derecho pertenezcan legítimamente a dicho tercero y conste su título inscrito y la consiguiente publicación.

2º - Que, conforme a la Ley, tenga protección registral. Vide “infra” la última parte de este capítulo.

¹⁰⁹ El art. 34 de la LH exige la buena fe, para activar el principio de fe pública registral. Vide ídem 37.4 b) de la LH con respecto a las rescisorias. Vide nota 22

con el concursado, y jamás el derecho derivado de otro puede ser mayor que aquél del que procede. Ello claro está, dejando siempre a salvo las acciones “inter-partes” restitutorias o indemnizatorias que sean consecuencia de la relación entre aquel primer adquirente (que adquiere del concursado) y el subadquirente, relaciones, en fin, derivadas de dicho último contrato transmisorio.

La Ley concursal, al fin y al cabo, en el núm. 3 del art. 73, al establecer y modalizar la exigibilidad de la prestación la atribuye a cualquier demandado, pero a la hora de precisar su determinación sólo lo hace (núm. 2 del art. 73) con respecto a quien fuere parte en el contrato con el concursado y en el caso de irrevindicabilidad del bien; situación esta que no es la presente. Por esto, la solución que se propone parece la más lógica acorde con el espíritu de la ley, y los principios generales del Derecho. Toda la mayor carga o perjuicio diferenciales que sufra el tercer adquirente condenado a devolver por supuesto que no debe soportarla la masa, sino el primer adquirente que contrato con el concursado y después con el tercero. Y esto es así porque el daño de la evicción¹¹⁰ lo ha de sufrir el vendedor no en este supuesto el antecesor del vendedor.

Bajo el punto de vista de la Administración Concursal o de los actores subsidiarios¹¹¹ siempre es aconsejable si el bien está ya en poder de terceros - por supuesto aparte de demandar a éste subadquirente que ha contratado con el primer adquirente - examinar si existen otras acciones, además de la rescisoria especial concursal (o pauliana privilegiada, analizada), que fueren ejercitables, para acumularlas a la dicha rescisoria vista su compatibilidad dado lo dispuesto en el núm. 6 del art. 71 de la Ley.

En definitiva, estos terceros sólo serán y estarán incólumes si son subadquirentes de buena fe.

Estos subadquirentes si adquirieron de mala fe, (carentes en su consecuencia de buena fe) habrán de restituir los bienes.

f’) Incidencia de la protección registral inmobiliaria en los efectos de la estimación de la acción rescisoria.

¹¹⁰ Vide arts. 1.475 y siguientes del CC.

¹¹¹ O sea aquellos acreedores que no consiguieron de la administración concursal (que es la legitimada principal) que instara, mediante el incidente concursal la rescisión del acto, estos acreedores llamados “legitimados subsidiarios” pueden solicitarla judicialmente. Vide art. 72.1 de la Ley.

f'.1) Primer adquirente.

Nos referimos aquí a aquel primer adquirente que contrató con el concursado perfeccionando el contrato transmisorio a favor de tal adquirente, contrato cuya petición de rescisión – por el especial cauce concursal – ha sido estimada. Claro está – esta es la hipótesis – que el concursado era titular dominical en virtud del título inscrito, que el contrato rescindido era un contrato oneroso, y el bien adquirido gracias a dicho contrato resta aún en poder de este primer adquirente, cuyo título también se inscribió en el folio correspondiente a la finca en cuestión.

Suponiendo en este primer adquirente buena fe (y esta se presume: art. 34.2 LH) cabe preguntarse, si el art. 34 de la L.H., en tal caso incide, y el principio de fe pública registral, desplegando su contundente energía, va a enervar el efecto de reincorporación¹¹² del inmueble a la masa activa del concurso. La respuesta es no. Razones:

1ª - El art. 73 de la Ley del concurso en su núm. 2, contempla la hipótesis de salida del bien del patrimonio del concursado, habiendo salido además del patrimonio del primer adquirente, para ingresar en el del subadquirente al que llama tercero, organizando el efecto restitutorio de la siguiente manera: Tras mencionar supuestos de irreivindicabilidad, dispone que el primer adquirente compensará económicamente a la masa, y el subadquirente en los supuestos de irreivindicabilidad que narra¹¹³ será mantenido en su adquisición. En suma este precepto establece excepciones al retorno de la masa, sólo referidas al caso de que el bien esté en poder del subadquirente, pero no produce excepción (que comporte la retención del bien) de ningún género a favor del primer adquirente, que está obligado a restituir por el vigor que exuda de la norma general del núm. 1 del propio art. 73. El deber de restituir del primer adquirente, para él, no está excepcionado en caso alguno.

2º - El art. 34 de la LH al desenvolver el principio de fe pública registral, lo que hace es garantizar al adquirente que la titularidad dominical del transmitente corresponde al titular que el Registro publica y tal dominio tiene la extensión y cargas que allí consta, pero el acto transmisorio, el negocio jurídico que provoca la transmisión y las relaciones por razón de tal negocio de transmisión entre las partes de aquél no está garantizado por el Registro (vide sino art. 33 de la LH) sino que su eficacia depende

112 Vide art. 73.1 de la Ley.

113 Vide “supra” nota 138 y nota 22.

la eficacia del mismo negocio. Este primer adquirente sería mantenido en su adquisición si su transmitente resultara después que no era dueño, o se resolvía su derecho dominical pudiendo efectuar así una adquisición incluso a “*non domino*”. Pero si el negocio de transmisión resultara en sí mismo nulo, o incluso rescindido, entonces el defecto, la debilidad pulverizante, estaría en el negocio provocante de la última adquisición, no en el derecho dominical del último transmitente, cuyo vigor – incluso aparente – es lo que protege el Registro. Pero el Registro nada obsta a las consecuencias mismas derivadas del negocio jurídico entre partes contratantes que produce entre ellas todos los efectos que según su naturaleza les son propios incluso el de restitución recíproca.

3º - El art. 37 de la LH establece una regla general según la cual las acciones rescisorias no se darán contra terceros. Bastaría considerar, que este primer adquirente no es técnicamente el tercero, sino que como parte en el negocio de adquisición sufre los efectos propios del negocio jurídico celebrado (art. 1.257 CC inciso primero) y de su ineficacia, por lo que, tal como hemos explicado en el núm. 2º anterior, al implicar la rescisión concursal una ineficacia del negocio por defecto de éste, pero no por inexactitud o resolución de la titularidad del transmitente no actúa el principio de fe pública que repetimos presume “*iuris et de iure*” la exactitud de la titularidad del transmitente y del contenido registralmente publicado, pero sabido es que la presunción *iuris et de iure* del principio de fe pública registral no afecta al negocio mismo de transmisión.

Consecuentemente, este primer adquirente, cuyo contrato de adquisición con el concursado se declara rescindido por estimación de la acción rescisoria concursal, tanto si tiene buena fe; como si tiene mala fe no será mantenido en su adquisición.

f.2) Subaquirente.

Nos referimos aquí a aquel subsiguiente adquirente que contrató con aquel adquirente referido en el apartado inmediatamente anterior. Nos referimos a aquel adquirente que adquiere el inmueble de quien a su vez lo adquirió del concursado.

En el supuesto que aquí contemplamos, el primer adquirente, es decir, el adquirente que contrató con el concursado llegó a inscribir el título de adquisición del dominio o derecho real a su favor, y publicada tal inscripción, después, otra persona, confiando en el Registro (en la titularidad

dominical y extensión del dominio que publica), perfecciona con este primer adquirente narrado un nuevo negocio de transmisión a título oneroso y también inscribe el título transmisorio de su dominio habiendo actuado de buena fe. Si después de esta segunda transmisión inscrita y sin mediar antes anotación preventiva alguna se estima la acción rescisoria concursal cabría preguntarse: ¿Este subadquirente estará protegido por el Registro y será mantenido en su adquisición? La respuesta es SÍ.

Y es así no sólo porque actúa, la excepción de protección registral del núm. 2 del art. 73 de la Ley concursal, sino también porque el art. 34 de la LH le ampara, ya que el anterior titular, el que contrató con el concursado inscribió el dominio a su favor, y el actual subadquirente (a la vista de la vigente anterior inscripción de dominio) inscribió a su vez. Y el negocio jurídico que se rescinde es el celebrado entre el concursado y el primer adquirente que contrató con él, y aunque se resuelva o rescinda el derecho del que contrato con el concursado, el subadquirente adquirió de quien aparecía en el Registro como dueño, y por ello es claro que la pulverización del derecho dominical de su transmitente (derecho dominical que publicado en el Registro para el tercero es “*iuris et de iure*” exacto) no perjudica a este subadquirente que será mantenido en su adquisición, ya que la rescisión no afecta a su negocio jurídico sino a la titularidad dominical de su transmitente, y - repito - publicada ésta por la inscripción se presume tal inscripción “*iuris et de iure exacta*”.

Y además, y a mayor abundamiento porque este subadquirente lo es de buena fe (Vide art. 37, 4º b de la Ley Hipotecaria).

¿Y si no existiera tal buena fe? Entonces, la respuesta sería de sentido contrario, ya que no habría la protección del principio de fe pública registral del art. 34 de la LH puesto que este mismo precepto exige para tal protección la concurrencia de buena fe en la adquisición del adquirente, quedando ello también reflejado en el art. 37 4º b) de la misma LH.

Consecuencia de todo ello: El subadquirente de buena fe está ciertamente protegido y por ende mantenido en su adquisición. El de mala fe NO.

5. Concurrencia con otros resortes para combatir el fraude de acreedores.

La acción rescisoria concursal privilegiada de tipo pauliano que tan extensamente hemos analizado, no comporta un efecto excluyente con respecto a los demás resortes jurídicos encaminados a combatir el fraude de acreedores.

Aunque, como se ha visto, la nueva acción pauliana concursal muestra una mayor simplificación y perfeccionamiento, nada impide que se puedan utilizar los otros resortes jurídicos (salvo la retroacción que ha desaparecido) y que a continuación a título de recordatorio reseñamos:

El éxodo de bienes, en perjuicio de los acreedores, como acto, en sí mismo ilegal, puede generar, siempre de mano del principio de rogación, la activación, según los casos, de diversos resortes. Sin pretender un estudio exhaustivo de cada uno de ellos, sí que cabe relacionar lo que en realidad puede ocurrir y ha ocurrido, con mayor frecuencia.

1'. Simulación absoluta.

A veces un deudor - normalmente titular de patrimonio exiguo - puede aparentar que enajena un bien, mediante un cambio de nombre realizado bajo el velo de una compraventa u otro contrato traslativo oneroso. En estos casos, la nulidad es radical, pues no quiere enajenar el dominio, sino tan sólo aparentarlo para zafarse de la realización del bien que generaría un proceso declarativo o acaso de simple ejecución. Al querer sólo aparentar nada se consiente y por ello, ausente el consentimiento no hay contrato (Civ.1.261). La “*causa simulandi*”, es decir la razón por la cual se aparenta, es claramente ilegal y antijurídica, por lo que, el acto, teñido plenamente de ilicitud es nulo también por contrario a la ley¹¹⁴.

Este acto, puede constituir también, el delito de alzamiento de bienes¹¹⁵.

Acreditada tal simulación - y ello no es difícil - el otro contratante no puede generar ninguna protección porque, contaminado por el evidente “*cosilium fraudis*” tiene perfecto conocimiento de que no adquiere nada, y del contenido del propio negocio. Y no puede invocar el art. 34 de la LH pues carece de buena fe, y además el negocio de transmisión es nulo en sí mismo (art. 33 LH).

Ese resorte proporciona el retorno del bien aparentemente extraído del patrimonio del deudor al mismo patrimonio, lo que permite el despliegue del efecto propio del art. 1911 de CC.

¹¹⁴ Vide CC arts. 1.275 y 1.261-1. Vide Ss del TS de 13 de diciembre de 2000. Cuando el motivo es decisivo e ilícito, por excepción, ocurre lo mismo. Vide Roca Sastre. *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: 1948, Tomo II., pág. 82-83 y S del TS de 12 de abril de 1944, 2 de abril de 1941, 17 de marzo de 1956, 23 de noviembre de 1961, etc.

¹¹⁵ Vide CP art. 257, art. 643 del CC.,

2'. *Simulación relativa-Donación.*

Es lógico, natural y equitativo, el que en situación de colisión de intereses entre el interés de un acreedor que lo es como consecuencia de un título oneroso, y el interés de un donatario sea decididamente preferido - y protegido - el interés de aquel acreedor que ha transmitido algo al deudor, o le ha prestado un servicio, o se le debe una cantidad mutuada, por ejemplo.

El principio general que acabamos de enunciar es además inducible de diversos y abundantes preceptos singulares¹¹⁶. Ello es tanto así, que la sensibilidad a la buena fe del donatario se desvanece bastante. La buena fe del donatario, aún siendo real, no ha de obstar a la preferencia que se atribuye al acreedor a título oneroso (art. 34 LH).

Durante muchísimo tiempo - aunque al presente la tendencia está disminuyendo - a veces por razones fiscales, se efectúan donaciones que se encubren bajo la apariencia de ventas inexistentes, dada la diferencia de tributación que existe entre una y otra figura¹¹⁷.

Enseguida se ve, que esta simulación relativa, es nociva al poder atribuir a un simple donatario, aún de buena fe, aquella protección frente al acreedor del transmitente, que correspondería a un adquirente a título oneroso, a un comprador, muchísimo más robusta.

El triunfo de esta acción al revelar la verdadera naturaleza del contrato que es la del que subyace (: donación) y no la del aparente (compraventa) restituye al acreedor, la posición jerárquica preferente que tiene el acreedor frente al donatario.

116 Vide art. 34 LH, arts. 1.297 y 638 del CC, art. 340.3º de la Compilación de Cataluña, y art. 531-14 del Código civil de Catalunya.

117 La práctica de otorgar compraventas, disimulando el otorgamiento de donaciones (simulación relativa) llegó a estar lamentablemente extendida, aunque la jurisprudencia, asumió la necesidad de desvelar la cobertura por conjunto de indicios sólidos, sin exigir prueba directa y plena para la estimación.

Dos factores han incidido actualmente aunque en sentido diverso en esta práctica. Por un lado la interpretación estricta del art. 633 del Código Civil que conducía a apreciar la simulación relativa indicada cuando el objeto de la transmisión era un inmueble y que llevaba a apreciar la nulidad radical, por falta de forma, de la transmisión (Federico de Castro *El negocio jurídico*. Madrid: reedición dirigida por Vallet, 1985, pág. 353. Vide Ss TS de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940, 12 julio 1941, 23 junio 1953, 7 enero y 17 febrero 1966, 1 diciembre 1964 y 24 junio 1988) viene siendo sustituida por una interpretación más laxa, que entiende que la transmisión no vale como compraventa pero si vale como donación, pues la forma - escritura pública - se guarda igual, pues la venta aún como cobertura es asimismo una escritura pública y debe prevalecer el principio de conservación del contrato (Vallet de Goytisoló *Estudio sobre donaciones*. Madrid: 1978 págs. 591 y sgtes. Ss TS de 23 septiembre 1989, 2 noviembre 1999.. El TSJC acoge esta tendencia), y por esto según la donación sea lícita o no, será eficaz o no el negocio de transmisión. La desaparición del riesgo de declaración de nulidad radical de la transmisión, comportaría un incremento de tal costumbre. Pero, por otro lado, la dificultad del donatario en justificar a efectos fiscales la disponibilidad del dinero correspondiente al precio disimulado, ha hecho que continuara la progresiva reducción de tales otorgamientos simulados.

3'. *Transmisión fiduciaria.*

Pese a ser difícil, de facto, evitar la confusión entre una simulación y una transmisión fiduciaria, la distinción conceptual es nítida. La transmisión absolutamente simulada es totalmente mendaz ya que no se quiere transmitir sino sólo aparentarlo, y parcialmente mendaz en la simulación relativa, ya que se quiere transmitir pero en virtud de un convenio causal que se oculta haciendo ver que tal convenio causal es otro de naturaleza diferente.

En la transmisión fiduciaria, se produce una transmisión de verdad, pero el adquirente queda constreñido a respetar los deberes propios de “*pactum fiduciae*”.

Las modalidades de la fiducia “*fiducia cum creditore*” o resorte de garantía, o “*fiducia cum amico*” ordenada a la satisfacción de diversos intereses pueden ser perjudiciales par la masa patrimonial del deudor dañando así a los acreedores. La penetración en el sentido del *pactum fiduciae* o su existencia e invencible opacidad pueden comportar, en cuanto acarrear una salida patrimonial sin contrapartida, un negocio perjudicial y fraudulento, rescindible en gracia de la acción revocatoria o pauliana, y si la perfección se hubiera producido precisamente para defraudar al acreedor, comportaría asimismo, por contaminación de la causa, una nulidad radical, que debería pedirse en primer lugar, dada la naturaleza subsidiaria de la acción pauliana y de las rescisorias¹¹⁸. También la consecuencia es el regreso del bien al patrimonio del deudor.

4'. *Los supuestos singulares de inoponibilidad.*

A veces, el Derecho, en una extrema simplificación no corrige la salida nociva de un bien del patrimonio del deudor estableciendo la reintegración del bien a aquel patrimonio, sino que, más directamente resuelve el problema únicamente impidiendo al adquirente que oponga al acreedor el éxodo de dicho bien, por no ser oponible tal salida y consiguiente adquisición de tal manera que tal bien, quede indemne del

118 Vide Civ. 1.294, 1.291-3, 1.111; Vide art. 531-14 del Código Civil de Catalunya. En cuanto a la nulidad radical por contaminación de la causa, remitimos al lector a los *Estudios de Derecho Privado* de ROCA SASTRE. Madrid: 1948 Tomo I, págs. 67 y 83 - donde se dice que aunque la causa y el motivo, son casos distintos (la causa de la venta para el vendedor es el precio que va a recibir, y como tal es relevante), el motivo por el que vende, es a lo mejor la aspiración a comprar otra cosa, y es irrelevante, como es irrelevante para el comprador el destino de la adquisición, ya que este es el motivo y la causa es el precio) cuando el motivo es ilícito, contamina de ilicitud a la causa y provoca la nulidad radical del negocio. Vide las 2 sentencias del TS que cita Roca, o sea las de 26 de enero de 1889 (compra de armas para fondos rebeldes); 12 de abril de 1944 (venta para perjudicar a los hijos legitimarios). También se incorpora el motivo a la causa, aún siendo aquél lícito, cuando la motivación se expresa en el contrato, vide STS de 30 de junio de 1948.

Se hace pocas veces ejercicio de la acción de nulidad radical, por motivación ilícita.

Vide, en fin, Ss TS de 30 de enero de 1960 y de 17 de febrero de 1989. Sobre la fiducia, vide “infra” nota 76.

consiguiente embargo o afectación. Así, el adquirente no podrá oponer al acreedor (inoponibilidad) la enajenación porque tal enajenación, para el acreedor, es, por imperio de la ley, fictamente como si no existiera, y fracasaría, tal adquirente, en la tercería de dominio.

No puede negarse que conceptualmente este resorte o sistema es ingenioso y simplificador, pero en la práctica existen graves dificultades para conseguir una propia eficacia.

Claro que este resorte no está generalizado. Por ejemplo, existe en el Derecho civil de Cataluña, mediante lo que queda de la antigua constitución *Per tolre fraus*¹¹⁹ y también en el art. 643 del CC según han querido ver algunos autores¹²⁰. También en

119 Vide ROCA SASTRE *La acción pauliana y la constitución "Pel tolre fraus"* en RJC, 1935, pág. 23 y *La acción revocatoria de las donaciones* en ADC, 1962. Vide PINTÓ RUIZ, en el libro homenaje a Díez Picazo *La inoponibilidad y la constitución "Pel tolre fraus"*.

120 Cfr. ALBADALEJO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid. 1986, Tomo VIII, vol. 2º, pág. 290-III y pág. 302. Realmente, yo creo que el art. 643 del CC está muy alejado del art. 1.111 y de la regulación de la acción rescisoria (art. 1.291-3) estando inserto dentro mismo de la regulación de la donación y parece regular un supuesto que es consecuencia de la singular naturaleza de una hipotética donación efectuada por el deudor. Vide TORRES PEREA, *Presupuestos de la acción rescisoria* op. cit., especialmente págs. 490 y siguientes. VAQUER ALOY advierte acertadamente – y ya lo hizo notar ROCA SASTRE – que el art. 340 de la Compilación, cual ocurría con la antigua Constitución “per tolre fraus” no trasciende con su aplicación protectora del acreedor, a reintegrar el bien al donante, no provoca la retrotransmisión, por lo que mal puede atribuírsele que su actualización comporte el ejercicio de una acción rescisoria – revocatoria. Por esto, el mismo VAQUER resumiendo las diversas posiciones dice en ADC 1999 pág. 1.513 (Inoponibilidad y acción paulina: La protección a los acreedores de donante en el art. 340.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña) lo siguiente: “Por este motivo, la mayor parte de la doctrina que defiende el carácter revocatorio del artículo 340.3 tiene que introducir importantes matices en su régimen jurídico. El primero, ROCA SASTRE, que si ya había marcado la pauta a seguir antes de la Compilación en su artículo repetidamente citado aparecido en la RJC en 1935, dibujará luego las líneas maestras de la interpretación del artículo 340.3 en otro artículo, que igualmente ha sido ya objeto de cita, publicado al poco de su entrada en vigor con el significativo título “*La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*”. Apenas al inicio de este trabajo suyo, indica que dicho artículo 340.3 “es el resultado de un interesante proceso evolutivo de la regulación de la acción revocatoria o pauliana a partir del Derecho romano. En la línea de lo apuntado anteriormente, debe rechazar la aplicabilidad del artículo 1.295.1 del Código Civil en Cataluña, y finalmente ha de acabar concediendo que “sólo en sentido *relativo y parcial* es una acción de rescisión. Es *relativa* porque no se rescinde o declara ineficaz la donación, reingresando el bien donado en el patrimonio del donante dejando aquella revocada por completo, sino que los bienes subsisten como propios del donatario, con la salvedad de que a ellos se extiende la responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 1911 del Código Civil; y es *parcial* porque dicha ineficacia sólo opera en la medida necesaria para que el acreedor que ejercita la acción quede satisfecho de su crédito (...) Por consiguiente, por obra de la acción revocatoria no queda propiamente revocada la donación otorgada por el deudor, pues el bien donado no se reincorpora al patrimonio del donante. O sea, todo el esfuerzo se consume en una acción revocatoria que no revoca, puesto que de revocatoria sólo tiene el nombre. La afinidad entre los arts. 340 de la Compilación y 643 del CC ha hecho afirmar a ALBADALEJO (*Comentarios*, op.cit. pág. 302) que “por eso, es más correcta que la del Código (- se refiere al art.643 del CC) la Compilación catalana, cuyo artículo 340, párrafo último, dice que: “*No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro.*”

En definitiva, el artículo 643, para expresar mejor el espíritu que encierra, hubiera debido decir: “*No mediando estipulación sobre el pago de deudas, el donatario no responderá personalmente de ellas. Pero si a causa de la donación, los bienes propios del donante hubieren quedado insuficientes para atenderlas, el acreedor podrá obtener la ineficacia frente a él de la donación, y así cobrarse sobre los bienes donados*”. FEDERICO DE CASTRO en su *Negocio Jurídico*. Reeditado Madrid: 1985, pág. 531) ve en la “inoponibilidad” una manifestación del “valor relativo de los negocios jurídicos”.

el propio art. 1.317 del CC se ha querido ver un caso de inoponibilidad¹²¹ de tal modo, que las modificaciones capitulares del régimen económico matrimonial no afectan a los acreedores anteriores.

121 La modificación del régimen matrimonial, efectuada durante el matrimonio aún siendo válida y eficaz, no va a ser oponible a aquellos acreedores que contrataron contando con otro régimen que proporcionaba a uno de los cónyuges deudores una mayor solvencia de tal manera que aunque la modificación capitular se haya efectuado cumpliendo todos los requisitos propios de la constitución de un negocio jurídico y los especiales de los arts. 1.331 y 1.332 del mismo cuerpo legal, no podrán oponerse a aquellos mencionados acreedores que al constituir su derecho de crédito, no contaron ni pudieron contar con tal modificación.. Todo esto, resulta del art. 1.317 del CC (más genérico), y de la Sentencia del TS de 6 de julio de 2001, comentada por un excelente artículo de CAROLINA FONS RODRÍGUEZ, publicado por LA LEY núm. 5727 de 26 de febrero de 2003, cuya lectura se recomienda vivamente.

Vide lo que dice al respecto en la pág. 3 lg. Cit. Cap. V (*La Responsabilidad "ex lege" del art. 1.317 del CC*) en opinión coincidente con la de DIEZ PICAZO y BAYOD LÓPEZ - evacua la cita, nota 30 del propio trabajo de FONS - donde sostiene que " para los terceros acreedores se puede afirmar que sigue vigente el régimen económico matrimonial modificado (quiere decir anterior a la modificación) ya que esta alteración no es oponible".

Dos observaciones queremos hacer:

1ª - En la constitución catalana "per Tolre fraus" (Vide nuestro trabajo obrante en el libro homenaje a DIEZ PICAZO, titulado "*La inoponibilidad y la Constitución "Per Tolre Fraus"*") se perfilaba una inoponibilidad pura, en el sentido de que la donación no era oponible al acreedor anterior del donante, de tal manera que el objeto de la donación era perseguible directa e indirectamente por el acreedor del donante sin necesidad de declaraciones judiciales que establecieran tal afectación, ni intervención del donatario, y en fin, sin necesidad de verificar si restaban o no otros bienes para poder realizar su valor con la finalidad de hacer pago de la deuda.

Pero como ya hicimos notar allí (en el libro homenaje a Diez Picazo), el art. 340 de la Compilación de D. Civil de Catalunya, introdujo la nota de subsidiariedad exigiendo la carencia de otros bienes del deudor, con lo cual, se hizo necesaria la verificación de esta carencia, y el ejercicio de la acción. Así, después de la reforma, hacer valer la inoponibilidad, servirse de ella, equivale a ejecutar una acción rescisoria.

No vemos en el art. 1.317 del CC una exigencia paralela a la mencionada, al menos explícitamente.

2ª - Aún partiendo de la redacción del texto original de la citada constitución catalana acaece que, sin reformar la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, es imposible hacer valer la inoponibilidad automáticamente, pues no se podría despachar embargo sobre bienes pertenecientes a una persona no demandada en el juicio, ni el Registrador extendería el asiento correspondiente de embargo (anotación) dimanante de un mandamiento dispuesto en un proceso que seguido contra quien según el Registro no sea el titular del derecho o bien embargado - ver art. 140-1 del Rgto. Hipotecario así como 594, 593 y 596 de la LEC.

Total que la inoponibilidad, está poco utilizada, porque para hacerla valer es necesario ejecutar una acción y para ello, es más común, sabida y generalizada la pauliana.

Pero finalmente, si que sería de desear, para una mayor influencia del "*favor creditoris*", que esta "ausencia de otros bienes del deudor" se interpretara más laxamente. Hay bienes de fácil realización y que además importan mucho a su titular, y bienes de difícil realización que a lo mejor importan poco a su titular. Imaginemos un deudor que es propietario de una rica mansión donde vive, apetecida por muchísimos compradores potenciales, postores expectantes en la subasta, y también es propietario de acciones constituyentes de un paquete minoritario de ellas, correspondientes a una compañía cuyos estatutos establecen pactos de sindicación que configuran una enajenación posible, difícil, compleja, larga y complicada enturbiada con derechos de preferencia adquisitiva, y con la exigencia de prenotificaciones y otros obstáculos por el estilo. El deudor dona la casa, y se queda con las acciones. Si al interpretar, atendiendo fundamentalmente a la finalidad perseguida, como exige el art. 3 del CC, no introducimos la ponderación de la mayor o menor realizabilidad y la mayor o menor facilidad y simplificación en tal realización continuaremos con esta agónica viabilidad de la acción pauliana y semejantes que debilitan la posición del acreedor.

Esta acción¹²² de tipo claramente rescisorio¹²³ conduce, en su estimación, al regreso del bien al patrimonio del deudor al objeto de hacer posible sobre él, la realización del valor mediante el oportuno embargo, para lograr hacer pago al acreedor.

Pero, también aquí la subsidiariedad¹²⁴, como ocurre en ciertas¹²⁵ situaciones de oponibilidad, enturbia el carácter expeditivo que sería necesario proporcionar en la praxis a esta acción.

122 La literatura jurídica sobre la acción pauliana es abundantísima. Desde el antiguo artículo de FEDERICO DE CASTRO publicado en RDP, 1932, pág. 193: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial* hasta el más reciente de CAROLINA FONS RODRÍGUEZ *Los límites a la aclaración de sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana* publicado en la Ley núm. 5.727 de 26 de febrero de 2003, aparece un nutrido y largo periodo repleto de producciones desde los grandes tratados (de CASTAN *Derecho Civil Común*; DIEZ PICAZO *Instituciones*; ALBADALEJO *Curso de Derecho*, etc., etc.) hasta las consiguientes monografías. Debemos destacar que Federico de Castro en su *El negocio jurídico* reedición de 1985 (Ed. Civitas - prologada por VALLET) en la pág. 522 atribuye a la acción pauliana las notas propias de la acción rescisoria del art. 1.291-3 del Código Civil, al afirmar que en el seno de dicho núm. 3 se halla el art. 1.111 del propio CC que menciona - con gran laconismo - la acción llamada revocatoria o pauliana. Con singular maestría, poco después, deducirá del mismo texto y contenido (argumento "ad absurdum") que el art. 1.295 del CC - aún en sede general de la rescisión - es aplicable sólo a los números 1 y 2 del art. 1.291 y no lo es a los 3 y 4 del mismo precepto. Es claro pues, que la acción pauliana es una acción rescisoria, de carácter subsidiario, no sólo en el sentido propio del término ya que sólo es utilizable en defecto de otras causas de ineficacia, sino también en el sentido de que su viabilidad queda condicionada a que el acreedor no pueda perseguir eficazmente otros bienes del deudor (Vide 1.291-3º y 1.293 CC pues la lesión consiste en el daño al acreedor causado por el éxodo del bien que le impide realizar su crédito; sic. También 1.294) pero, insistimos, (vide nota anterior 40 final) que conviene alcanzar una interpretación muy laxa de tal manera que pueda ejercitarse la acción pauliana, cuando la enajenación a rescindir cause problemas, dificultades y complicaciones de realización señaladamente superiores a las que hubiera tenido que sufrir el acreedor en el caso de no haberse realizado la enajenación combatida. Vide según Carolina FONS lug. Cit. - PASCUAL LIAÑO *Acción revocatoria o pauliana. Prueba de la insolvencia del deudor. Subsidiariedad de la acción* (Comentario a la S del TS de 24-noviembre - 1988 en cuadernos CIVITAS en Jurisprudencia Civil, núm. 18, 1988, pág. 1021). Sobre los presupuestos que dan viabilidad la acción pauliana, consultar en RDP 2003 pág. 295 el trabajo de ÁNGEL CRISTOBAL MONTES *Presupuestos y condiciones de la acción pauliana*. Para penetrar en profundidad en el sentido mismo de la acción rescisoria pauliana subsidiaria, es imprescindible - además de la bibliografía que aparece actualizada en el artículo de Carolina Fons citado - las agudas puntualizaciones que ROCA SASTRE efectúa en sus trabajos *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*. ADC, 1962, pág. 4; así como su precedente *La acción pauliana a la Constitución Per Tolre frau* RJC, 1935, pág. 131. Vide PINTÓ RUIZ, la voz *Insinuación*, en el tomo de la I de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, y en el libro de homenaje a Diez Picazo, titulado *La inoponibilidad y la Constitución Per Tolre frau*. Sobre el problema de si la subsidiariedad, comporta que en aquellos casos, en que la enajenación fraudulenta sea inoponible al acreedor (vide 340 Compilación catalana), deba esgrimirse la pretensión de "inoponible" en primer lugar, dada la subsidiariedad mencionada, véase TORRES PEREA, *Presupuestos de la acción rescisoria*. Valencia, 2001 y la nota 34 del tratado citado de PINTÓ RUIZ en el libro homenaje a Diez Picazo, *La inoponibilidad y la Constitución "Per Tolre frau"*.

123 El laconismo del último inciso del art. 1.111 del CC al enunciar la acción pauliana, no obsta a percibir que la impugnabilidad que menciona tiene por objeto "los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho", lo que comporta el encuadramiento de dicha acción, en la lista de actos rescindibles que expresa el art. 1.291 del mismo cuerpo legal. En este sentido el núm. 3 que se predica de la frase "son rescindibles", dice: "Los (contratos) celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba". El contrato fraudulento y perjudicial para el acreedor, es pues rescindible, y la acción persigue la rescisión del contrato fraudulento. Vide nota anterior 41.

124 La subsidiariedad de la acción es evidente, porque es propia de toda acción rescisoria, como proclama clara y contundentemente el art. 1.294 del CC. Pero, además de esta proclamación general vuelve a reproducirse este carácter en el núm. 3 del art. 1.291 CC que como es sabido regula la rescindibilidad de los actos efectuados en fraude de acreedores. Sobre la amplitud del concepto de subsidiariedad vide nota anterior 41. Y sobre la conveniencia práctica de una interpretación laxa de esta exigencia vide nota anterior 41, así como 40 final.

125 La inoponibilidad, al ser una cualidad propia del acto inoponible, desvuelve su efectos, sin que en principio pueda

Se comprende pues, que el resorte de la retroacción, con su analizado carácter expedito, ha sido utilizado, cuando ha sido posible, mucho más fácil y exitosamente que la acción pauliana, con los inconvenientes de su subsidiariedad, y de la exigencia del *consilium fraudis* o mala fe en el adquirente para la recuperación del bien (retro-transmisión al deudor) y consiguiente eficacia del resorte.

5'. Y por supuesto, - se insiste -

También puede utilizarse la clásica vieja acción pauliana, a la que (más que nada a efectos informativos) nos referimos en el nº 1 de esta comunicación. Insistimos en que junto a la acción especial privilegiada concursal de tipo pauliano, subsiste, incluso ejercitable en sede del concurso, la mencionada acción pauliana clásica¹²⁶.

exigirse la "subsidiariedad" en su invocación. Pero el texto, por ejemplo del art. 531-14 del Código civil de Catalunya, al afirmar que ciertas donaciones son inoponibles a los acreedores del donante anteriores si se carece de "otros recursos" para cobrar, injerta una nociva nota de subsidiariedad. Si a esto añadimos, que ROCA SASTRE, en su artículo *La acción revocatoria de las donaciones* ADC, 1962 precisando más, lo dicho en su anterior de la RJC, 1935 pág. 23 *La acción pauliana y la constitución Per tolre frau* llega a entender que esta oponibilidad se hace eficaz ejercitando una acción de tipo rescisorio con citación del donatario o donatarios, y si a ello añadimos que ni la legislación hipotecaria (art. 140 del Reglamento,) no permite la extensión del asiento de anotación de embargo en virtud de mandamiento expedido en el seno de un proceso en el que no sea parte el titular registral, ni tampoco la LEC (arts. 593 y 594) permite el embargo sin proceso en que no sea parte el titular del bien embargado se llega a la conclusión de que la simple inoponibilidad como obstáculo a la invocación del título inoponible de forma automática y directa, no existe puesto que para hacer valer tal inoponibilidad hace falta el ejercicio de una acción rescisoria pauliana, o rescisoria declarativa de la inoponibilidad. Como sosteníamos en otro lugar (voz INSINUACIÓN - en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix) sin otra reforma legislativa, la inoponibilidad automática no funciona claramente.

De todas formas, bajo un punto de vista conceptual y substantivo, la inoponibilidad es subsidiaria cuando así se dispone legislativamente. No vemos que este dotada de una subsidiariedad natural.

Pero en la praxis, la LEC y el Reglamento hipotecario hace necesario el ejercicio de una acción. Encima al ser de tipo rescisorio, es subsidiaria.

126 Art. 1.111 del CC.

SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL

Profesor Titular de Derecho Mercantil (UB)

Abogado

————— SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL —————
Profesor Titular de Derecho Mercantil (UB)
Abogado

LUCES Y SOMBRAS DEL REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE
27 DE MARZO, DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL
(UN INTENTO DE REFORMA PARA LA CRISIS)¹

I. UNA REFORMA NECESARIA.

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal (BOE, 31 de marzo), ha modificado la Ley Concursal, modificación que distintos sectores de nuestra economía, financiero e inmobiliario singularmente, habían reclamado con insistencia ante:

(i) Las *insuficientes previsiones normativas* en materia concursal, atendida la evolución de la crisis económica del país, exigiendo un marco regulatorio de los **acuerdos de refinanciación** que demandaban las empresas en crisis para evitar el concurso. Objetivo reconocido en el propio preámbulo de la norma cuando señala que las reformas pretenden facilitar la refinanciación de las empresas “*que no hagan ineludible una situación de insolvencia*”. En este sentido la reforma ha sido sensible a la demanda, aunque el resultado final no ha colmado las esperanzas.

(ii) La *inseguridad jurídica* que la interpretación de determinadas normas sobre calificación de créditos había dado lugar, provocando resoluciones judicia-

¹ Textos de las Ponencias impartidas en el ICAB y en la Escuela Superior de las Cajas de Ahorro (ESCA), en los meses de abril y octubre de 2009. Se han ido incorporando posteriormente datos estadísticos publicados por el Banco de España, Instituto Nacional de Estadística y Consejo General del Poder Judicial, así como determinadas opiniones de autores que han tratado distintos aspectos de la Reforma Concursal, y resoluciones judiciales de interés en las materias tratadas.

les descontextualizadas con la realidad económica y la lógica jurídica (arts. 71.3.2º, 87.6, 93.2.1º y 3º, entre otros).

(iii) Las *disfunciones operativas* que había planteado el propio proceso concursal y el coste de oportunidad que suponía los déficits regulatorios en materia de *convenio y liquidación*, en aras a conseguir una mayor celeridad procedimental en cualquiera de estas dos formas de terminación del concurso.

En efecto, aún reconociendo la bondad de nuestra norma concursal actual, la Ley 22/2003, consensuada por unanimidad por todos los partidos políticos, en un clima de confianza que proporcionaba un largo ciclo económico de expansión, asentado en un sector inmobiliario alcista que parecía no iba a tener fin, la Ley Concursal se ha manifestado insuficiente ante la actual crisis², y falto de previsiones de instituciones que, países de nuestro entorno, han corregido convenientemente (Francia, Italia y Alemania), mediante el establecimiento y perfeccionamiento del “concordato preventivo”, “refinanciaciones de deudas”, de carácter extrajudicial, rebajando distintos supuestos para el ejercicio de acciones revocatorias concursales³. Sólo la prudencia mostrada por los Jueces Mercantiles y las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales han evitado, a través de sus resoluciones judiciales, situaciones límites que hubieran agravado el sentimiento de que nos hallábamos ante un marco concursal superado, ineficiente, excesivamente voluntarista y falto de un adecuado sentido de la realidad económica y financiera. Tanto más se iba acentuando esta sensación, en la medida en que la actual coyuntura recesiva ha ido mostrando la faz más cruda de la crisis, poniendo de relieve las carencias, la falta de previsión y de regulación de determinadas materias e instituciones concursales⁴.

2 Si bien se ha dado en fijar el comienzo de la crisis en agosto de 2008, con la aparición de las *hipotecas subprimes* americanas, comercializadas mediante instrumentos derivados complejos (CDO's) y vehiculizadas a través de fondos de titulización, lo cierto es que los primeros síntomas de la actual crisis se dejaron sentir a finales del último trimestre de 2007, siendo la quiebra de Lehman Brothers Holding Inc, el 15 de septiembre de 2008, sometiéndose al *chapter 11* del *Bankruptcy* code junto con otras dieciocho sociedades pertenecientes al grupo, el punto más álgido de la recesión económica y finalmente mundial, sólo comparable con la Gran Depresión americana de 1929.

3 Ejemplo de prevención ante la crisis económica es la normativa italiana sobre modificación del *concordato preventivo*, desarrollado por los Decretos Leyes 35/2005, 5/2006 y 169/2007 (conocido como *Corretivo*, es decir, *Corrección de la reforma precedente*).

4 El número de deudores concursados en 2009 fue de 5.992, lo que supuso un incremento de casi el 80% respecto a 2008. Cifra y porcentaje que oculta el número de empresas que, a lo largo del último trimestre de 2009, se viene acogiendo a la posibilidad ofrecida por el art. 5.3 LC, de posponer el deber de solicitar el concurso durante tres meses para obtener una propuesta anticipada de convenio, transcurridos los cuales, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias, debe solicitar finalmente la declaración de concurso voluntario. El número indeterminado de empresas acogidas a esta forma de dilatar el proceso de declaración de insolvencia –por falta de estadísticas fiables en la materia- distorsiona el número real de empresas que durante el ejercicio de 2009 se hallaba en situación de clara insolvencia, lo que se reflejará a lo largo del primer trimestre del año 2010.

Ante la crisis, la realidad económica y financiera, ha ido por delante de la reforma anunciada. Los agentes económicos se veían forzados a alcanzar acuerdos bilaterales o multilaterales con los deudores, proporcionando nueva inyección de liquidez, prorrogando plazos, rebajando el tipo de interés, condonando deudas de intereses moratorios, y tomando, en la mayoría de los casos, nuevas garantías sobre obligaciones preexistentes o en las nuevas, en sustitución de las primitivas. Todos estos supuestos podían estar subsumidos en la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial de la masa activa que prevé el art. 71.3.2º LC. En otros casos, los acuerdos bilaterales supusieron la adquisición de activos de empresas del sector inmobiliario que, permitía a las mismas rebajar el nivel de endeudamiento financiero y, en algunos casos, inyectar liquidez que posibilitara su reestructuración o reflotamiento⁵. Y todo ello, al amparo de lo previsto en el art. 71.5 LC, conforme al cual no son susceptibles de rescisión, en ningún caso, las *operaciones ordinarias* del concursado realizadas en condiciones “normales”. La valoración de los activos así adquiridos eran objeto de tasaciones que diferían sensiblemente de aquellas otras llevadas a cabo dos años antes para su adquisición mediante una financiación equivalente al importe de su adquisición⁶.

Sin lugar a dudas, han sido las entidades de crédito las que han soportado muy especialmente las situaciones de crisis de las empresas inmobiliarias, excepcionalmente apalancadas, lo que, sin duda, facilitaron años atrás los bajos tipos de interés y los incrementos desmesurados de los precios del sector inmobiliario.

Pues, en efecto, la crisis económica ha ido de la mano del sector financiero y del sector inmobiliario, en un peligroso maridaje. Precisamente han sido los agentes económicos de ambos sectores los primeros en reclamar la seguridad jurídica necesaria para fortalecer los instrumentos puestos en práctica que acabamos de describir, para evitar situaciones concursales. Nos referimos a los *acuerdos de refinanciación* concertados por unos y otros, para *remover* situaciones de insolvencia actual o *prevenir* situaciones de insolvencia inminente⁷. Era exigencia advertida por los agentes de ambos sectores con el fin de atenuar el rigor del actual sistema rescisorio, fruto de la actuación de los administradores concursales cuando el deudor finalmente presentaba concurso, mediante el ejercicio de las acciones de reintegración (art. 71 LC), poniendo

5 Según datos provisionales del INE de 8 de febrero de 2010, el 74,9% de las empresas concursadas en 2009 se concentraron en la construcción y promoción inmobiliaria.

6 Según un estudio de Standard & Poor's (S&P) publicado el 15 de septiembre de 2009, el agujero que la morosidad puede generar a la banca española puede alcanzar los 147.000 millones de euros. La cifra se refiere a las provisiones que deberán haber hecho bancos y cajas desde el año 2008 hasta 2011. La cifra equivale al 7,9% del total de préstamos concedidos por la banca al sector privado residente al cierre de 2008, que superaba los 1,8 billones de euros.

7 Y todo ello sin tener en cuenta la política establecida por el Banco de España, a partir de 2010, que obliga a las entidades de crédito a dotar hasta el 20% los inmuebles adquiridos como dación en pago de los deudores si tales bienes no se enajenan en un plazo de un año a partir de su adquisición.

en peligro las refinanciaciones, las garantías, las adquisiciones y los pagos realizados al amparo de tales acuerdos de refinanciación⁸.

II. LOS PRINCIPALES HITOS DE LA REFORMA.

1. Los acuerdos de refinanciación versus los acuerdos de recuperación.

No es de extrañar que los sectores más afectados por la crisis fueran los más activos en postular una reforma legislativa de nuestra normativa concursal, tendente a introducir nuevas instituciones concursales, “*escudos protectores*”⁹ como **los acuerdos de refinanciación**, lo que finalmente ha recogido la reforma, dando lugar a una singular regulación, mediante una Disposición Adicional nueva, la Cuarta, acerca de estos instrumentos, análogos a los concordatos preventivos de carácter extrajudicial, y restringiendo la *posible rescisión de los mismos, legitimando para ello exclusivamente a la Administración concursal*. La reforma, como se verá, aún a todas luces insuficiente, era necesaria¹⁰.

En este sentido, la reforma se ha impuesto, frente a la opinión de que en tiempos de crisis no es aconsejable cambios sustanciales de las normas. Contrariamente participamos de aquella otra que entiende que, si en tiempos de crisis resulta acreditada la ineficiencia de los procedimientos e institutos concursales, por la inseguridad jurídica que provoca la falta de unidad de criterio en la interpretación de determinados preceptos, por los elevados costes del sistema, por la depreciación de la masa activa cuya realización dependía de la terminación de la fase común del concurso y por la excesiva dilación en la conclusión de la fase común del concurso hasta que el Informe de los administradores concursales devenía firme, entonces creemos oportuna la reforma de la norma. Si la Ley Concursal abre un escenario en el que deben cohonestarse los distintos intereses que entran en juego (públicos y privados, sociales y económicos), de-

8 El 30 de diciembre de 2008, Expansión (p.17) destacaba que la banca pide al Gobierno mayor protección ante los concursos, que aporte mayor seguridad sobre cuáles son las consecuencias de las refinanciaciones si sus deudores, finalmente, se ven obligados a entrar en concurso.

9 Expresión acuñada por PULGAR, J., en su artículo *Rescisión concursal y refinanciación bancaria*, Diario La Ley, nº 7097, 21 enero 2009, que anticipa los riesgos de una refinanciación sin una norma de cobertura.

10 La reforma impulsada por el RDL 3/2009 ha sido duramente criticada por muchos de los ponentes en el Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, celebrado en Gijón los días 16 a 18 de abril de 2009, a los pocos días de la promulgación de la norma. Entre ellos ROJO, A., sobre los acuerdos de refinanciación, destacó dos graves riesgos. En primer lugar, el riesgo de concurso necesario, en la medida en que no existe un presupuesto objetivo específico de los acuerdos de refinanciación, que, en consecuencia, pueden negociarse por un deudor que se encuentre en una situación, inminente o actual, de falta de liquidez o de insolvencia, de modo que, si se ha producido alguno de los hechos externos reveladores de la situación de insolvencia (art. 2.4 LC), cualquier acreedor puede solicitar la declaración judicial de concurso necesario (art. 7). En segundo lugar, el riesgo de las ejecuciones singulares. Para mayor información vid. *Crónica del Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. Los problemas de la Ley Concursal*, en Anuario de Derecho Concursal (ADCo), nº 17, mayo-agosto 2009, p. 9 y ss.

mostrada su insuficiencia e imprevisibilidad para hacer frente a los distintos factores que desarrolla una crisis, es aconsejable, oportuna y necesaria la reforma. Así lo han entendido también países de nuestro entorno, en sus recientes reformas concursales, como Italia (2005), Francia (2007) y Alemania (2008)¹¹.

1.1. *El acuerdo de refinanciación.*

El **acuerdo de refinanciación**, dice la norma, debe descansar en *un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo*. Los medios para alcanzar este objetivo pueden consistir bien (i) en una *ampliación significativa del crédito disponible o bien (ii) en la modificación de las obligaciones originarias*, sea mediante la *prórroga del vencimiento*, ó mediante el *establecimiento de otras en sustitución de aquéllas*.

Los acuerdos así alcanzados *no estarán sujetos a la rescisión* prevista en el art. 71.1 siempre que cumplan *los siguientes requisitos*: (i) que cuente **con la adhesión al menos de los tres quintos** del total pasivo del deudor; (ii) que el acuerdo sea informado por un **experto independiente** nombrado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento previsto en los arts. 338 y ss. del RRM. El informe deberá contener un **juicio técnico** sobre el carácter razonable y realizable del plan y la proporcionalidad de las garantías establecidas conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo y (iii) se formalice en **instrumento público** al que se unirán los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos. Al instrumento público, según la Disposición Adicional Primera, se aplicará los aranceles que correspondan a “*Documentos sin cuantía*”, no devengándose cantidad alguna a partir del décimo folio de la matriz y de las primeras copias que se expidan.

Los acuerdos de refinanciación, así configurados, son convenios *preconcursoales* y de carácter *extrajudicial*. Son *preconcursoales* porque están llamados a remover o a prevenir la insolvencia –actual o inminente- en que se halla el deudor, bien porque no puede atender puntualmente sus obligaciones de pago, bien porque prevé no poder

11 El 17 de octubre de 2008 el Parlamento Federal de Alemania aprobó la FMSEG (Ley para la estabilización del mercado financiero), cuya finalidad principal es fijar medidas para atajar los efectos de la crisis sobre entidades financieras y contiene, entre otras previsiones, una modificación “*trascendental*” del Derecho Concursal alemán que afecta a su propio presupuesto objetivo. El requisito del *sobreendeudamiento* que se regula en el § 19 InsO (el patrimonio no puede cubrir las obligaciones existentes) se añade: “*salvo en aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable*”, y antes decía: “*Para la valoración del patrimonio del deudor se tendrá en cuenta la continuación de la empresa, si ésta es, bajo todas las circunstancias, bastante probable*”. La modificación normativa tiene una aplicación temporal *limitada*, hasta el 31 de diciembre de 2010. Vid. WERNER, N. y FERRÉ, J., en *La reforma societaria y concursal en Alemania*, en ADCo. Nº 16, enero-abril 2009, p. 223 y ss.

cumplirlas en fecha próxima; son *extrajudiciales* porque la norma no exige la homologación judicial, como se requiere en los concordatos preventivos que contemplan otros ordenamientos concursales de nuestro entorno (el francés y el italiano, entre otros). Los únicos requisitos *externos*¹² que contempla la Disposición Adicional cuarta, son, el informe de experto independiente, la adhesión de un porcentaje del total pasivo del deudor y la protocolización notarial.

Consecuencia de cuanto antecede, la *eficacia* del acuerdo es *inter partes*, sólo vincula a quienes hayan prestado su adhesión, circunstancia que *no les hace inmunes a cualquier ejecución* por un acreedor no adherido, *ni a una posible solicitud de concurso necesario*¹³, salvo que el deudor probara, *en trámite de oposición*, que en méritos del acuerdo (i) tiene bienes suficientes y/o (ii) no se halla en un supuesto de sobreseimiento generalizado en el cumplimiento de sus obligaciones ni sujeto a otra circunstancia que constituya un hecho de los previstos en el art. 2.4, como presupuesto objetivo.

El *proceso de formación* del acuerdo de refinanciación es *abierto*. La norma nada dice sobre si el experto independiente nombrado por el Registro Mercantil debe intervenir *ex ante* o *ex post* a la formulación del plan de viabilidad; lo propio sería que, desde el inicio, su intervención fuera aconsejable para participar en el proceso de reestructuración de la deuda sobre el que descansara el plan de negocio que garantice la viabilidad en el corto y medio plazo, así como en la validación de las hipótesis de las que se parte, y en el establecimiento de los mecanismos asociados a la refinanciación, con las garantías pretendidas por los acreedores; no obsta, por el contrario, que el plan haya sido consensuado con los asesores financieros del deudor junto con los de los acreedores, solicitando posteriormente la intervención del experto independiente, quien, ante eventuales proposiciones de modificación, las partes podrán aceptarlas o rechazarlas. Sin embargo, no faltan críticos en esta forma de actuación del experto independiente al estimar que su participación activa en el proceso de valoración del plan de viabilidad les resta su cualidad esencial, su *independencia*¹⁴. Tampoco es menor la

12 Así los califica CARRASCO, A. y DIAZ, A., frente a los requisitos “*internos*”, consistentes en que los acuerdos de refinanciación deben “*generar un aumento significativo del crédito*”, suponer la “*modificación*” (se entiende que favorable, o, al menos, no perjudicial para el deudor) y los acuerdos “*deberán de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad, del deudor en el corto o medio plazo*” (Nota inédita difundida con carácter interno por Gómez, Acebo & Pombo).

13 Lo que pone de manifiesto acertadamente ROJO, A., en el Primer Congreso ..., en ADCo, n° 17, p. 13, como dos graves riesgos generales, junto con dos problemas específicos, el de la falta de un “*deber de abstención*” pues nada impide que los bancos intenten mejorar su propia posición y el de la falta de un “*deber de no negociación individual*” simultáneo a la negociación colectiva.

14 Sin perjuicio de considerar que el plazo del nombramiento del experto puede retrasar la operación así como el de la emisión del informe que, a tenor del art. 345.1 RRM, es el de un mes, salvo que se acelerara el proceso aplicando analógicamente el art. 349 RRM relativo al nombramiento de experto para fusiones y escisiones. Por otra parte, nada

reflexión según la cual el informe del experto pudiera resultar desfavorable en relación al plan de viabilidad o acerca de la proporcionalidad de las garantías tomadas *ex novo* conforme a las condiciones normales de mercado, o sobre cualquier otro extremo, lo que, a buen seguro, sería motivo disuasorio para seguir adelante ante la posibilidad de su impugnación en sede concursal.

Es un proceso abierto, también, en cuanto a las *adhesiones* de los acreedores. Lo propio será abrir la correspondiente acta de protocolización en la que se unirán todos los documentos exigidos, con unos antecedentes en los que se expresarán los *requisitos internos* (la ampliación significativa del crédito o la modificación de las condiciones originarias, prórrogas, etc...). Por supuesto, el acta deberá otorgarse por el deudor con la concurrencia de determinados acreedores y, en sucesivas diligencias, se recogerán la adhesión de los restantes acreedores hasta alcanzar, por lo menos, los tres quintos del total pasivo del deudor.

Por último, hay que destacar que la **Disposición transitoria cuarta** establece que el tratamiento jurídico que se acaba de exponer sobre los acuerdos de refinanciación que puedan haberse celebrado antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías tomadas en ejecución de tales acuerdos, será aplicable “*siempre que, sin haberse solicitado el concurso del deudor, se cumplieren los requisitos establecidos en su apartado segundo*”.

La necesidad de la reforma, en la dirección apuntada, ha sido oportuna aunque insuficiente, lo que pone de relieve el intento del legislador de conciliar la realidad económica que estaba aconteciendo con la seguridad jurídica que reclamaban los operadores de los sectores más afectados. Pero ha sido insuficiente.

1.1.1. La rescindibilidad del acuerdo de refinanciación

El apartado 2 de la Disposición adicional cuarta establece los requisitos que debe reunir los acuerdos de refinanciación para que no estén sujetos a la rescisión previstos en el art. 71.1. LC. Sin embargo, en el apartado 3 señala que “*sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos*”.

Esta aparente contradicción obliga a realizar una suerte de consideraciones.

dice la norma sobre las especiales características profesionales que debe tener este experto para pronunciarse sobre cuestiones tan relevantes como inusuales, más propio de Auditores que de los tradicionales expertos independientes a los que hace alusión la normativa societaria (arts. 38 LSA y art. 34 y 78 de la L 3/2009, de 3 de abril)..

La primera es que sólo la administración concursal esta legitimada para el ejercicio de cualquier acción impugnatoria que descansa en el art. 71.1, es decir, la acción rescisoria concursal. Se suprime así la legitimación subsidiaria de los acreedores a que hace referencia el art. 72. Aún así, cabe la posibilidad de que la administración concursal aprecie que el convenio o acuerdo alcanzado no cumple los requisitos que señala la nueva norma. A ella corresponderá probar, pues, que los acuerdos no reúnen cualquiera de los tres requisitos, o, acaso, que el acuerdo no ha cumplido las expectativas necesarias para que el plan de viabilidad aprobado haya permitido la continuidad del deudor “en el corto y el medio plazo”. Sin duda, en la práctica, la cuestión no será pacífica, pues el experto independiente designado por el Registrador Mercantil, que en su informe debe contener “*un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor*”, supone una garantía de la razonabilidad y de la viabilidad del proyecto. La responsabilidad de los expertos se regirá, en todo caso, por lo dispuesto recientemente para el experto en informes sobre aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas: “*quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada*”, tal como contempla el art. 38.4 del TRSA modificado por la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Disposición final primera, tres), que entendemos perfectamente aplicable al presente supuesto.

Los negocios, actos y garantías establecidos en un acuerdo simple o no ajustado a la norma acaso pudiera pretenderse su rescisión, pero sin que en ningún caso pueda, a nuestro juicio, aplicarse la **mala fé** con riesgo de la **subordinación** del art. 73.3 LC, que muchas resoluciones judiciales han apreciado en incidentes de reintegración, cuando lo más propio hubiera sido dejar sin efecto las garantías reales “*a favor de las obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas*” que es lo que **también** dice el precepto¹⁵.

La segunda consideración que obliga la norma no es menos importante. Cuando se señala que los acuerdos no están sujetos a la rescisión del art. 71.1 parece permitir, en el apartado 3 de la propia D.A. cuarta, que puedan ser objeto de otras *acciones de impugnación*, como contempla el art. 71.6, como la del art. 1.291,3º del Cc., *la*

15 Entre otras muchas, la que mayor repercusión mediática tuvo fue la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 21 de mayo de 2007, que declaró subordinado un crédito hipotecario por importe 1.373.810 € que se destinó a cancelar saldos deudores derivados de un préstamo suscrito entre las mismas partes, y el acreditado, dentro de los dos años siguientes presentó concurso. Sobre la referida Sentencia, vid GUILARTE, C., en *Refinanciación de deuda y perjuicio patrimonial*, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 10/2009, p. 295 y ss., que estima poco adecuada la apreciación de *mala fe* del Banco acreedor pues es propio de una dinámica obligacional ajustada a los usos del tráfico económico-financiero, y desacertada la decisión judicial que *extiende la rescisión al negocio garantizado cuando debiera haberse limitado a rescindir la garantía* (privilegiado antes de la rescisión y ordinario tras su declaración).

rescisoria en fraude de acreedores, la pauliana a que se refiere el art. 1.111 Cc. que deben ser ejercitados ante el Juez del concurso, conforme a las *normas de legitimación y procedimiento* a que se refiere el art. 72. En tales supuestos, es dudoso que los acreedores ostenten la legitimación subsidiaria que prevé el citado precepto cuando la Disposición adicional cuarta se cierra con un precepto que no admite discusión: “*Declarado el concurso sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos*”. Y dudoso es también que, en el ejercicio de tales acciones, concurren los requisitos exigidos de mala fe o *consilium fraudis*.

1.1.2. La subsistencia de la presunción *iuris tantum* en las refinanciaciones que no reúnan los requisitos de la Disposición Adicional Cuarta.

A la luz de la reforma comentada acerca de las refinanciaciones que se operan en el tráfico mercantil, podría pensarse que sólo aquellas que reúnen los requisitos de la nueva norma estarían fuera del peligro de la rescisión, singularmente de la presunción *iuris tantum* que prevé el art. 71.3.2º. Precepto que anuda la rescisión al perjuicio a la masa activa, siendo así que el concepto de *perjuicio*, como ha puesto de relieve la doctrina, es difuso e indeterminado.

No podría en modo alguno compartirse este criterio. Y, menos aún, cuando, en fecha reciente, una atinada Sentencia de la APB, de 6 de febrero de 2009, ha contextualizado el concepto de *perjuicio* en que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial injustificado, “*que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizado por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación*¹⁶”.

Por tanto, ni la norma introducida por la reforma nos dice que sólo con los requisitos establecidos los acuerdos de refinanciación serán inmunes a la rescindibilidad, ni la reforma ha modificado la presunción *iuris tantum* del art. 71.3.2º, por lo que, caso por caso, habrá que examinar los términos establecidos en la refinanciación. A cambio de la constitución de las garantías constituidas sobre obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, podrá probarse que no se ha ocasionado perjuicio a la masa, bien porque se ha removido la situación preconcursal

¹⁶ También es de la misma opinión CARRASCO, A. y DIAZ, A., cit., en nota 11 anterior quienes entienden que cuando se dan los requisitos de la nueva Disposición Adicional 4ª LC no habrá rescisión, de manera que no se aplicarán ni el art. 71 LC ni el 10 LMH. Cuando, por el contrario, no se den los requisitos exigidos por la nueva norma, la cuestión debe seguir planteándose en los mismos términos en los que se venía haciendo anteriormente: son igualmente inmunes si no comportan “*perjuicio*” concursal en el sentido del art. 71 LC.

mediante novaciones modificativas (de tipo de interés, y plazo, principalmente), bien porque se han otorgado contraprestaciones que justifican la constitución de garantías (ampliando la disponibilidad del crédito en interés de terceros), por lo que el sacrificio patrimonial (la constitución de garantías) podrá estar plenamente justificado.

1.1.3. La reconversión del acuerdo de refinanciación en propuesta anticipada de convenio, y viceversa.

Es posible –y en la práctica sucede– que los esfuerzos realizados por el deudor para salir de su crítica situación financiera encuentre dificultades para alcanzar las adhesiones suficientes exigidas por la reforma para alcanzar un acuerdo de refinanciación. En unos casos, determinados acreedores encuentren en la norma la posibilidad de alcanzar, en contra del deudor y de la mayoría de acreedores, compensaciones que pudieran hacer imposible el plan de viabilidad propuesto entre las partes mayoritarias, frustrando alcanzar el acuerdo; en otros supuestos, –los más frecuentes–, porque los recursos comprometidos por determinados financiadores se limitan a activos afectos a *contratos bilaterales*, por lo que la adhesión al acuerdo mayoritario no constituye ningún aliciente.

En tal supuesto, como ya se ha sugerido, podría pensarse en la posibilidad de instar al deudor a que presente una Propuesta Anticipada de Convenio¹⁷ que el RDL 3/2009 ha modificado sustancialmente (vid 4.2. *infra*), de tal suerte que ajustara el Plan de viabilidad y el Plan de Pagos a la propuesta del acuerdo de refinanciación, pues, conforme a lo previsto en el art. 5.3 reformado (i) el deber de solicitar la declaración de concurso se *pospone* durante tres meses, lo que facilita la negociación del acuerdo-convenio por un largo periodo, (ii) cualquier solicitud de concurso necesario sólo se proveerá si, transcurridos los tres meses iniciales, no lo presenta voluntariamente el deudor dentro del mes siguiente (modificando el apartado 3 del art. 15, e introduciendo un segundo párrafo al apartado 1 del art. 22) y (iii) con la posibilidad de que, de haberse alcanzado los requisitos establecidos para el acuerdo de refinanciación, y de no haberse presentado solicitudes de concursos necesarios, acaso no sea necesario finalmente la presentación del concurso voluntario, si, efectivamente, con el acuerdo alcanzado se ha removido de forma eficaz la situación preconcursal en que se

¹⁷ En contra CARRASCO, A. y DIAZ, A., que entienden que el art. 5.3 LC reformado se refiere a “*negociaciones*” (del deudor) para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; por el contrario un acuerdo de refinanciación no tiene que incorporarse a una propuesta anticipada de convenio pues aquél no está sujeto a plazo ni se aplicarán las mayorías exigidas a las propuestas anticipadas. Sin embargo, entendemos que si bien son dos figuras negociables distintas tienen elementos que le son comunes: un plan de viabilidad, un plan de pagos (exigido expresamente en el caso de convenios) y una adhesión favorable de acreedores, que, en caso de acuerdos de refinanciación es superior al de la propuesta anticipada y expuesto a concurso necesario instado por un acreedor no adherido al acuerdo.

hallaba en el inicio de la negociación convencional. Utilización perversa si se quiere, pero útil¹⁸.

En caso contrario, aún presentando el concurso dentro del límite temporal establecido, de haber obtenido las mayorías necesarias establecidas en el también modificado art. 124, las garantías otorgadas para los acreedores que apoyaron inicialmente el acuerdo de refinanciación a través de las novaciones modificativas de sus originarias obligaciones, serán eficaces. Pues, en efecto, también aplica a las Propuestas Anticipadas de Convenio la excepción del quórum de “*la mitad del pasivo ordinario*”, para el caso de que se prevea el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo que no exceda de tres años (lo que es frecuente en acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados en época de crisis) o en el pago inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al veinte por ciento.

Del propio modo, el deudor puede convenirle iniciar sus negociaciones mostrando a los acreedores una propuesta anticipada de convenio, ya presentada, o bajo la amenaza de presentarla. Sobre la base, bien de la propia propuesta anticipada bien de una propuesta de acuerdo de refinanciación, negociada con los acreedores, puede alcanzarse finalmente un acuerdo de refinanciación que, de reunir los requisitos exigidos por la DF Cuarta, tendrá las ventajas ya comentadas¹⁹. Pero, además, si el acuerdo de refinanciación remueve la situación de insolvencia actual o inminente, pese a los términos imperativos del nuevo apartado 5.3, “*deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente*”, no será necesaria tal solicitud si desaparecen los hechos que la motivaron. Apoya esta posibilidad el nuevo apartado 3 del art. 15, cuando, en su segundo inciso, se contempla la alternativa contraria: “*Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo...*”. Si la situación del deudor, tras haber alcanzado con los acreedores un acuerdo de refinanciación, no es de insolvencia actual, entendemos estará dispensado de la obligación legal que el impone el art. 5.

18 GONZALEZ NAVARRO, Blas-A., *Entorno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal*, ADCo, 19, enero-abril 2009, pp. 123 y s., denuncia la confusión frecuente en quienes acuden al art. 5.3 LC con el objeto de alcanzar un plazo de tranquilidad para refinanciar. Reconoce que las negociaciones, en lugar de orientarse a obtener una PAC tratan de abrir un proceso de refinanciación, por lo que, de advertirse esta intención, no debe concederse el plazo de tres meses del art. 5.3. Sin embargo, admite que es un recurso alternativo o subsidiario que, de obtenerse la refinanciación y removerse el estado de insolvencia, evita el concurso, y todo ello bajo el escudo protector o “*el paraguas ajeno*”, pues mientras dure la negociación, nadie procede instar el concurso necesario, lo que no acontece mientras se está negociando un acuerdo de refinanciación.

19 No faltan los más críticos de la Disposición Adicional cuarta que ha introducido el RDL 3/2009, postulando su derogación. Así, LEON, F., señala que el Acuerdo de Refinanciación compromete la paridad de trato entre los acreedores, limita excesivamente el poder jurisdiccional y falta seguridad jurídica. Alternativamente, propone introducir elementos en el régimen de los acuerdos de refinanciación en materia de *publicidad, control, jurisdiccional y derecho de oposición* de los acreedores que no formen parte de los acuerdos.

1.2. El acuerdo de recuperación.

Mejor tratadas por la reforma han sido las *garantías* constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial establecidas en los **acuerdos o convenios de recuperación** (de la deuda, no de la empresa) previstos en su normativa específica *anterior a la reforma concursal de 2003* (RD 505/85, OM de 20 de agosto de 1985, R.D. 372/2001, la directiva CEE 80/987 y el Convenio de la OIT 173/92). Para ello, la reforma ha previsto un nuevo supuesto, el tercero, de *inmunidad del convenio y de las garantías*, incorporándolo en el apartado 5 del art. 71 LC (“5. En ningún caso podrán se objeto de rescisión: ... 3º. Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.”).

Los créditos públicos, que fueron objeto de una profunda y sustancial modificación con ocasión de la Ley 22/2003, Concursal, en cuanto a su graduación y calificación jurídicas, han ganado terreno frente al resto de los **créditos concursales**. Desde la promulgación de la norma concursal, tanto la agencia tributaria como las entidades de derecho público y la seguridad social, han intentado por todos los medios (singularmente mediante incidentes concursales contra la lista de acreedores que acompañaban los informes de la administración concursal) mejorar su posición jurídica, bien no deduciendo del total acreditado aquellas partidas que merecían una calificación de privilegio especial (art. 90.1.1º), o general (art. 91.2º), o subordinado (92.4º), con el fin de que la mitad de su crédito fuera considerado con privilegio general (art. 91.4º), bien negando la condición de crédito subordinado los recargos, multas y sanciones derivados de sus actas de inspección o comprobación. Ni la doctrina ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo han accedido a sus pretensiones sustentadas en argumentaciones jurídicas tan redundantes como interesadas²⁰.

20 STS de 3 de enero de 2008 y nota en prensa de la Oficina de Comunicación del Alto Tribunal de 18 de diciembre de 2008, desestimando los recursos de casación 341/2007 y 842/2007 interpuestos contra las SS de la AP Barcelona de 19 de enero y 28 de septiembre de 2006 en materia de preferencia de créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social en sendos concursos de acreedores. En ambos recursos, el TS resolvió la discrepancia de criterios existentes entre distintas Audiencias Provinciales sentó la siguiente doctrina:

“A) La determinación de la base de cálculo a efectos de fijar el 50% de los créditos con privilegio general de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social a que se refiere el artículo 91.4º, inciso segundo, de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, se hará tomando en cuenta todos los créditos de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, previo descuento de los créditos con privilegio especial (artículo 90 de la Ley Concursal), con privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal (retenciones) y de los subordinados (artículo 92 de la Ley Concursal).

B) Los recargos de apremio previstos en la Ley General Tributaria y los recargos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, tendrán, a efectos de clasificación de los créditos del concurso, la condición de créditos subordinados del artículo 92 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.”.

La reforma concursal recupera un instrumento poco conocido y menos utilizado por los empresarios para evitar el desmantelamiento de la empresa por deudas sociales ante una ejecución tramitada en los Juzgados de lo Social y previsto en el art. 275 LPL. Su implementación requiere que sea FOGASA o los representantes de los trabajadores en sede de un ERE quienes lo soliciten con el consentimiento del titular de la empresa.

El convenio que se suscriba al amparo del art. 31 RD 505/85, puede prever la *devolución aplazada de la deuda*, por el importe íntegro por un periodo de dos años, o la *devolución fraccionada* por un periodo máximo de ocho años, con una carencia de seis meses (en ocasiones sujeto a la condición suspensiva de que FOGASA abone las prestaciones comprometidas con los trabajadores). Tras el estudio de los bienes o garantías ofrecidos por el empresario, se solicita la *insolvencia técnica* a que se refiere el art. 275 LPL ante el Juzgado de lo Social o Mercantil, y se suscribe el *convenio de recuperación* de la deuda. Ante un posible incumplimiento, se podrá instar la vía de apremio contra los bienes afectos al expediente administrativo de recobro de la deuda, más los intereses legales, reanudándose la ejecución laboral. Aunque legalmente sea posible la modificación de las obligaciones preexistentes contenidas en el convenio de recuperación, sin que ello suponga quita, llevará implícito, en todo caso, un reconocimiento de nuevos intereses sobre la deuda impagada (principal e intereses), produciéndose el anatocismo de los intereses (ex. art. 576 LEC), e incluso una dación en pago (ex art. 1.175 CC) de los bienes ofrecidos en garantía si la tasación cubre el importe de lo adeudado²¹.

1.3. *Disfunciones y desigualdades.*

La sucinta descripción que acaba de exponerse pone de manifiesto una serie de *disfunciones y desigualdades* que ya, desde ahora, anticipamos: (i) de un lado, la mención apuntada, -la antigüedad de la normativa laboral, reguladora de los convenios de recuperación- y la falta de armonización del ordenamiento procedimental de carácter laboral con nuestra normativa concursal: la solicitud -y consiguiente declaración- de la *insolvencia técnica* del art. 275 LPL para hacer posible el acuerdo de recuperación, puede pugnar con el deber de presentarse en concurso del art. 5 LC en relación con el presupuesto objetivo de insolvencia que establece el art. 2 LC, salvo que se haga coincidir en el tiempo -y ahora con más razón- ambas declaraciones, pues los efectos del concurso se producen con la declaración y no con la solicitud, y con la reforma del art. 64.1 el Juez de lo Mercantil no entra en funciones hasta

²¹ Extractadamente de RIFE y FERNANDEZ-RAMOS, J. Agustín, en la *Insolvencia técnica laboral y el convenio de recuperación ante la crisis económica y financiera*.

entonces; (ii) *el distinto tratamiento jurídico* que dispensa la reforma concursal a los acuerdos de recuperación frente a los acuerdos de refinanciación, pues, mientras los primeros no podrán ser nunca objeto de rescisión las garantías tomadas con ocasión de su celebración, los segundos tan sólo restringe el ejercicio de las acciones rescisorias, sin que sean inmunes a su posible ineficacia, aún rodeados de los nuevos requisitos que impone la norma.

Ambos instrumentos acaso persigan la misma finalidad: evitar la insolvencia inminente o remover la insolvencia actual, en definitiva coadyuvar al reflotamiento de la empresa, la continuidad de la actividad empresarial y el mantenimiento de los puestos de trabajo²².

En caso de *incumplimiento* del convenio o del acuerdo de refinanciación, los efectos son también distintos: mientras que el convenio de recuperación conservará las garantías establecidas, si bien, se supone, que en caso de declaración del concurso del deudor –voluntario o necesario– la *ejecución* de las mismas, en vía de apremio, estarán sujetas a las limitaciones que, para el caso de subasta, los bienes no sean *necesarios* para la continuación de la actividad empresarial del deudor (ex art. 55.1.II LC), por el contrario, los acuerdos de refinanciación podrán estar sometidos a la *prueba de su eficacia* mediante el ejercicio de acciones de impugnación, distintas de la rescisoria concursal (71.6 LC), sí cumple con los requisitos que exige la norma²³.

En este sentido, el crédito público y el del Fondo de Garantía Salarial han sido los auténticos beneficiarios de la reforma. Lo que no consiguió la administración tributaria a través de la Ley General Tributaria (ex art. 77.2) la Ley 58/2003, de 17 de diciembre²⁴, ahora, a través de este antiguo y casi periclitado instrumento jurídico, los convenios de recuperación (de la deuda pública), la reforma concursal los ha validado y, mucho nos tememos, los prodirá en el futuro, dando, eso sí, facilidades al empresario deudor para cancelar la deuda, a cambio de tomar bienes en garantía. Tal circunstancia podrá constituir un obstáculo para los deudores en situación preconcursal en el intento de alcanzar acuerdos de refinanciación o convenios concursales con sus acreedores, al ver mermadas las posibilidades de resarcimiento en razón a la falta de garantías que puedan ofrecerse.

22 Finalidad también perseguida por la LC, como así se reconoce en la EM, ap. VI, párrafo séptimo, referido al convenio como solución del concurso.

23 Aunque pudiera pensarse, con CARRASCO, A. y DIAZ, A., que la inmunidad alcanza también a las acciones impugnatorias no propiamente concursales, en op. cit. Apartado 11. (ii).

24 Oportunamente criticado por SASTRE, S., en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, p. 1.124 y s.

2. Acomodación de criterios en materia de subordinación de determinados créditos.

2.1. *La subordinación de los créditos con fianza de tercero: Artículo 87.6.*

Especialmente sensibles para el sector financiero y empresarial son aquellos preceptos que persiguen reforzar la *seguridad jurídica* necesaria del tráfico, cuando se trata de calificar el crédito que ostenta el acreedor en las distintas situaciones contempladas en la LC a las que acuerda la postergación de su crédito²⁵.

Acaso el más trascendente para el sector financiero fue la interpretación del segundo inciso del apartado 6 del art. 87, que motivó sendas interpretaciones contradictorias (y enconadas) por parte de la doctrina y la jurisprudencia reciente, la *literal* y la *correctora* (mejor *integradora*), que se habían postulado en razón a la fianza de tercero, especialmente cuando era prestada por persona especialmente relacionada con el concursado (art. 93 LC). Supuesto frecuente en que se encontraban las entidades de crédito con fianzas prestadas en préstamos de carácter personal por parte de las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del art. 93²⁶.

En efecto, la dispar interpretación descansaba acerca de si la calificación del crédito como subordinado debía predicarse siempre, y desde el primer momento, del que ostentaba el acreedor originario (la entidad de crédito) o el del fiador, una vez hubiera efectuado el pago en razón a la fianza prestada.

Por fin, el segundo inciso del apartado 6 del art. 87, la reforma ajusta la dicción gramatical del precepto dejándolo redactado como sigue: “*Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador*”²⁷.

²⁵ Para una mayor ilustración sobre la reforma en esta concreta materia vid., por todos, PINTO, J.J., en *La aplicación del art. 87.6 de la LC (Literalidad y justicia del caso concreto)*, en ADCo, nº 19, enero-abril 2010, pp. 443 y ss.

²⁶ La primera sentencia de Audiencia Provincial sobre esta materia es la de Barcelona, de fecha 16 de junio de 2006 que se inclinó por la interpretación *correctora*, dadas las consecuencias excesivas y devastadoras de la interpretación *literal* en su aplicación práctica y que supone una penalización injustificada del crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor. Sin embargo, no ha faltado alguna sentencia de las AAPP de Oviedo y Tarragona que, consciente de la existencia de ambas interpretaciones se han inclinado por la literalidad (por todas. La SAP Tarragona de 20 de mayo de 2008, Rollo nº 580/2007). Pero, sin duda, la primera Sentencia sobre la materia fue la de 5 de julio de 2005, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (Ilmo. Sr. Frigola), texto de “*perfección doctrinal y acierto, por insuperable*”, como la califica PINTO, J.J., en su op. cit., p. 453.

²⁷ Puede verse la reseña en La Crónica del Primer..., op. cit., del Director del Congreso, PRENDES, P., quien mantiene que la doctrina mayoritaria justificaba la interpretación literal, pues, a su juicio, el legislador había querido incentivar que el acreedor resarciera su crédito frente a otro patrimonio distinto de la masa activa concursal. Léase la SAP Barcelona de 16 de junio de 2006 para llegar a la conclusión de que tal tesis ni se intentó por parte del legislador, por muy originales que fueran las argumentaciones ofrecidas por una parte de la doctrina, más concentrada en las aulas que en la práctica financiera y en el foro judicial.

De este modo, sin alterar la configuración jurídica de la fianza *ni la de su beneficiario*, se consigue la finalidad perseguida por el legislador: que la subrogación por pago (**ex art. 1.839 Cc**) no supusiera una alteración de la calificación como subordinado del crédito del fiador que le asigna la Ley (art. 93), cuando éste es persona especialmente relacionada con el deudor.

Esta modificación tiene *efectos retroactivos* conforme preve la Disposición Transitoria quinta, apartado segundo, aplicable “*a todos los procedimientos concursales que estén en tramitación a la fecha de su entrada en vigor*” del RDL.

Por supuesto, el precepto no resuelve las muchas dudas interpretativas que la doctrina ha planteado acerca del precepto y que la nueva redacción tampoco resuelve, e incluso abre otras nuevas: el supuesto de que se ostente el crédito, no por subrogación en virtud del pago efectuado, sino por vía de cesión por pago del precio por compra del crédito, siendo el adquirente persona especialmente relacionada con el concursado; el supuesto del fiador que no está relacionado con el deudor y paga un crédito subordinado sin que la calificación se deba a que esté relacionado con el deudor (por ejemplo, por comunicación tardía -92.1º-, o por intereses -92.3º-), ... y otros muchos, que excede de los presentes comentarios²⁸.

2.2. *La subordinación de créditos de los socios con participación significativa: Artículo 93.2.1º*

También la reforma precisa la interpretación del art. 93.2.1º en materia de subordinación de créditos, determinando el *dies a quo* a partir del cual el crédito del accionista, que ostenta una participación en sociedades cotizadas o no cotizadas, de un 5% y un 10%, respectivamente, merece tal calificación. De las distintas interpretaciones dadas por la doctrina (siempre que se den ambas circunstancias en los dos años anteriores a la declaración del concurso, cuando concurren ambas en el momento de la declaración, y cuando el crédito se concede siendo accionista), la norma modificada (aclarada) hace prevalecer éste último criterio: “*Los socios que conforme a la Ley ... en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, ...*”. Habrá que interpretar también, conforme a la mejor doctrina anterior a la reforma, que no dejará de ser subordinado el crédito que “*nació*” ostentando el socio tal par-

28 Más extensamente analiza CARRASCO, A., en *Explicación de la Reforma Concursal 2009 (II): créditos garantizados con fianza* (nota difundida por Gómez, Acebo & Pombo), distintos supuestos en que puede encontrarse el fiador, al margen de la subrogación (art. 1.839 Cc), al disponer de una acción de reembolso propia, que nace a su favor sin necesidad de adquisición derivativa de la persona del acreedor (art. 1.838 Cc), señalando como supuestos a los que no debiera castigarse al fiador no *insider* si el crédito principal que paga es subordinado porque fue comunicado tardíamente (art. 92.1º) o porque los créditos satisfechos tienen la consideración de intereses o derivan de sanciones tributarias (art. 92.4º), lo que no justifica la aplicación del art. 87.6 LC.

ticipación en el capital social de la concursada, aunque (i) se hubiera *desprendido de la participación social* antes de la declaración del concurso, (ii) o hubiera *cedido el crédito* dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Pese a que la reforma tan sólo se ha referido a supuestos del apartado 2 del art. 93 (personas especialmente relacionadas con el concursado *persona jurídica*), entendemos también aplicable el *elemento objetivo temporal* (el nacimiento del crédito), a todos los supuestos de personas que ostentan la condición de *insiders* cuando el deudor es persona natural. Puede ser especialmente difícil determinar, en algún caso, el momento a partir del cual (2 años previos al concurso) se ostenta el carácter de persona especialmente relacionada con el deudor en supuestos de convivencia afectiva, o de separación o divorcio (sin los efectos presuntivos del art. 78.2 para la delimitación de la masa activa).

2.3. La subordinación de créditos de los socios de las filiales: Artículo 93.2.3º

Por último, en el número 3º del apartado 2 del propio art. 93 condiciona la subordinación de los créditos de **los socios de las filiales**, como no podía ser menos, a que reúnan las mismas condiciones que en el nº 1 del mismo apartado, esto es, ser socios con responsabilidad ilimitada o serlo con la misma participación social, que debe ostentarse en el momento de concederse el crédito. Esta era la opinión dominante de la doctrina, que la reforma ha confirmado definitivamente, pero la reforma no alcanza a excluir de la condición de *insider* al socio *externo* de una sociedad del grupo de empresas que hubiera sido lo razonable²⁹. Pero nada dice acerca del momento en que la sociedad concursada ha de ser miembro del grupo para que las filiales resulten ser personas especialmente relacionadas³⁰.

3. Nuevos supuestos de reconocimiento y subordinación de créditos.

3.1. Los créditos de las administraciones públicas.

La reforma diferencia dos supuestos distintos de reconocimiento de los créditos de las Administraciones públicas. Por un lado, sigue considerando como crédito **condicional** los créditos de derecho público, recurridos en vía administrativa o juris-

²⁹ SASTRE, S., en *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, p. 1.150 y s.

³⁰ El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en SS de 15 de diciembre de 2006 y 3 de septiembre de 2007 señaló dos condiciones: a) ha de existir la condición de *insider* en el momento del nacimiento del crédito y, b) esta condición debe darse dentro del lapso temporal de los dos años anteriores a la declaración de concurso, por lo que, quien ostenta un crédito siendo persona especialmente relacionada pero en fecha anterior en más de dos años, no puede calificarse de subordinado.

diccional, aún cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida. Por el contrario, los créditos que resulten de procedimientos de **comprobación o inspección** se reconocerán como **contingentes hasta su cuantificación**, a partir de cuyo momento tendrán el carácter que les corresponda según su naturaleza, sin que puedan ser calificados de subordinados por comunicación tardía (art. 92.1º). De no existir liquidación administrativa se clasificarán también como **contingentes** hasta su cuantificación y/o sentencia judicial las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia. En la práctica se habían dado abusos en los dos polos opuestos: cualquier procedimiento de inspección o comprobación, así como cualquier denuncia o querrela por fraude fiscal se había reconocido como crédito condicional, pudiendo disfrutar de todos los derechos concursales y, en el otro extremo, cuantificado el crédito, de comunicarse tardíamente, se les postergaba como crédito subordinado.

3.2. Los contratos con obligaciones recíprocas.

De mayor trascendencia, por falta de una previsión fáctica mínimamente exigible, es la adición de un **nuevo supuesto de subordinación** el 7º (último) del art. 92, el de los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas, previstos en los arts. 61, 62 (resolución por incumplimiento), 68 (rehabilitación de créditos) y art. 69 (rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado), **cuando el Juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.**

La reforma trata, parece ser, de reprimir cualquier intento de negar las prestaciones de cualquier clase derivadas de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de la parte *in bonis*, para evitar el posible impago futuro de las mismas, cuando en el momento del concurso estaban al corriente de sus respectivas obligaciones (art. 61); pretende evitar, también, la *resolución unilateral* de los contratos con obligaciones recíprocas incumplidos por el concursado, antes o durante el concurso, sin previa resolución por incumplimiento, acción que deberá ejercitar ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 62.1 y 2); o la oposición que pueda hacer el acreedor en la rehabilitación de los contratos de crédito, de cualquier naturaleza, y de adquisición de bienes con precio aplazado cumplidas las condiciones previstas en los preceptos (arts. 68 y 69), una vez consignadas las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación, y la asunción por parte de la administración concursal de los pagos futuros con cargo a la masa y siempre que no se den las circunstancias que legitiman al acreedor a oponerse a la rehabilitación: que

hubiera iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante (art. 68.2) o que hubiera iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o hubiera obtenido la recuperación de la posesión material del bien por cauces legítimos y la devolución de la prestación debida o hubiese realizado actos de disposición sobre el bien a favor de tercero (art. 69.2 LC).

La reforma persigue impulsar la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y, por tanto, la continuidad de la empresa. En la actualidad ya son frecuentes las resoluciones judiciales que obligan a las entidades financieras seguir descontando papel comercial a las empresas concursadas cuando tienen suscrito –lo que es frecuente– un contrato marco de crédito para el descuento comercial, por tiempo indefinido³¹.

No obstante, parece excesivo que el nuevo supuesto de subordinación se traslade en el último lugar en el orden prelativo de pago, por detrás del supuesto nº 6, es decir, de aquellos acreedores que ocasionaron al contratar con el deudor, un perjuicio en la masa activa, apreciándose *mala fe* en la sentencia que declare la ineficacia del acto o contrato. Sólo la voluntad de *adicionar* un nuevo supuesto de subordinación del art. 92, pretende justificar tal precipitación.

Sencillamente no creemos afortunado este nuevo supuesto de subordinación de créditos. Por mucho que la norma exija como presupuestos para apreciar la subordinación: (i) “*la obstaculización de forma reiterada*”, (ii) “*un previo informe de la administración concursal*” y (iii) *un perjuicio del interés del concurso*. Es poner al servicio de los órganos del concurso un instrumento represivo/disuasorio con el que hacer frente a un acreedor legítimo que trata de defender sus no menos legítimos intereses. ¿Qué ocurre, contrariamente, cuando, finalmente, no hay masa activa suficiente para atender las futuras prestaciones debidas en supuestos de continuación/rehabilitación de créditos? Aun cuando, a partir de este momento, el acreedor esté legitimado para oponerse a la continuidad de sus prestaciones, debería considerarse, *ex post*, si la oposición del acreedor estaba o no bien justificada, y si su crédito “contra la masa”, *reconvertido* en subordinado a virtud de esta nueva causa, merece seguir con tal calificación o debe merecer la que le hubiese correspondido, esto es, como crédito contra la masa,

31 SASTRE, S., *El contrato de descuento bancario*, en Tratado de Derecho Mercantil, T. 39, vol. 2, Coordinador Jiménez Sánchez, G., p. 350 y ss, que recoge las Conclusiones del II Congreso de Derecho Mercantil (Valencia 1 y 2 de diciembre de 2005) que señaló que con la situación de concurso no existe causa para resolver ni extinguir anticipadamente el contrato de descuento que se halle en vigor, comentando una de las primeras resoluciones en este sentido dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, Auto de 2 de mayo de 2006, por el que *rehabilitó* los contratos de descuento que tenían concertados las entidades de crédito con el deudor concursado.

y el derivado del mismo contrato antes de la declaración de concurso (por ejemplo, los efectos impagados procedentes de un contrato de descuento), como crédito ordinario. No siendo menos importante la duda que ofrece que un crédito contra la masa pueda considerarse como crédito subordinado, calificación ésta que debe quedar reservada exclusivamente para los créditos concursales.

Sin duda, esta nueva causa de subordinación, podrá ser objeto de una más que justificada litigiosidad.

4. La fase de convenio y liquidación.

4.1. El convenio ordinario.

Se modifican distintos preceptos y se añaden otros nuevos artículos en materia de **convenio** tramitado por la vía ordinaria, como forma normal de terminación del concurso: (i) se regula la *tramitación escrita* del convenio cuando el número de acreedores es superior a 300, como contemplaba la derogada Ley de Suspensión de Pagos (a partir de 200 acreedores), (ii) además, en el régimen transitorio del RDL (DT sexta, 2º) autoriza el procedimiento escrito en los concursos en tramitación si no se hubiere dictado el Auto por el que se convoca junta de acreedores y, en aquellos otros que, aún dictada la citada resolución, el número de acreedores exceda de mil, sustituyendo la convocatoria de la junta por la tramitación escrita del convenio, (iii) se suprime el informe favorable de la “autoridad económica competente” a que se refiere el art. 100.1, siendo el propio Juez del concurso quien a solicitud de parte, autorice motivadamente superar el plazo de espera de cinco años o las quitas superiores al 50%, siempre que lo contemple el plan de viabilidad, posibilidad aplicable a las propuestas de convenio que se presenten desde la entrada en vigor del RDL (DT sexta, 1º)³².

4.2. La propuesta anticipada de convenio.

Si bien ha sido tratado con referencia en el apartado 1.1.2. (*supra*), por razones sistemáticas corresponde aquí su valoración.

Se facilita la **Propuesta Anticipada de Convenio (PAC)** mediante: (i) suprimir determinadas prohibiciones que establecía el art. 105 que impedían al deudor presentar la PAC, limitándolas ahora a las establecidas en el apartado 1, números 1º y 2º (derogando los ocho supuestos restantes), una vez que el legislador ha asumido –por

³² Es fácil imaginar que desde la entrada en vigor del RDL 3/2009, prácticamente todos los convenios que se someten a la Junta, previamente negociados con determinados acreedores, superan ampliamente los límites del art. 101.1.II. LC.

fin- que esta posibilidad abreviada de terminación del concurso no es sólo un beneficio para el deudor sino también para los acreedores y, sobre todo, para la Administración de Justicia, que permite acortar los procesos; (ii) facilitar la presentación de una PAC con la **solicitud del concurso**, lo que requerirá la adhesión de un 10% del pasivo “de cualquier clase”, en lugar del veinte por ciento si se presenta y tramita en un momento posterior (modificando el apartado 1 del art. 106), lo que parece un contrasentido que pueda presentarse un PAC con la adhesión de acreedores subordinados que después no podrán computarse (art. 122, no modificado) para determinar el quórum definitivo; (iii) *posponer* el deber de presentar la solicitud de concurso que impone el art. 5.1 LC, si se han iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una PAC, lo que deberá comunicarse dentro del plazo previsto en el citado artículo (2 meses desde que se produzca cualquier circunstancia que de lugar a una situación de insolvencia actual), a partir de cuyo momento contará con *tres meses* para alcanzar las adhesiones necesarias. Transcurridos los tres meses anteriores, deberá solicitar la declaración del concurso dentro del *mes siguiente*, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias; si efectivamente se presenta voluntariamente la solicitud de concurso en este último plazo, las solicitudes de concurso necesario que hubieran podido presentarse durante todo el “*periodo de negociación*” se unirán a los autos, “*teniendo por comparecidos a los solicitantes*”; (iv) extender el quórum necesario para la aprobación del PAC el régimen de mayoría simple que se reservaba para los convenios ordinarios (derogando el párrafo tercero del art. 124), por lo que bastará que haya más votos a favor que en contra cuando se establezca pago inmediato con quitas inferiores a un veinte por ciento de los créditos vencidos o esperas inferiores a tres años.

Nada dice la norma acerca de cómo y con qué requisitos debe efectuarse la solicitud o la puesta en conocimiento al Juzgado competente para que, el plazo de tres meses, se proponga el deber de solicitar el concurso³³. Acaso la solicitud debería ir acompañada de la acreditación del estado de insolvencia actual, con la manifestación expresa de que ha iniciado negociaciones con los acreedores (de difícil, cuando no infrecuente prueba del hecho de negociar, si no es mediante carta convocatoria a los acreedores de celebrar una reunión con este fin), y no creemos necesario acompañar el texto de la propuesta de convenio, por su irrelevancia, pues será objeto de modificación en el tiempo, a medida de que avancen las negociaciones, y la propuesta

33 En efecto, frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 11 de mayo de 2009, comentado por su propio autor, el Magistrado GONZALEZ NAVARRO, Blas-Alberto, en su artículo *En torno al nuevo art. 5.3 de la Ley Concursal*, cit., en nota 17, que exigió, en aquel primer supuesto que se le sometía a su consideración, la acreditación del estado actual de insolvencia y la negociación con los acreedores, se ha pasado actualmente a que con una simple solicitud en la que reconozca el deudor que se halla en estado actual de insolvencia y manifieste que está en negociación con los acreedores, se obtiene una congelación del plazo para solicitar el concurso, como auténtico “*escudo protector*”.

finalmente aceptada por los acreedores diferirá de la inicialmente propuesta por el deudor³⁴.

4.3. *La Propuesta anticipada de liquidación.*

Se facilita la **liquidación** mediante *propuestas anticipadas* de la misma, para evitar el deterioro de la masa activa y la pérdida de oportunidades que pueden presentarse, y de hecho se han presentado –perjudicándose–, en la venta de unidades productivas a terceros o elementos materiales de singular importancia.

A tal efecto, la reforma supone una mejora de los mecanismos de realización, pudiendo el Juez autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas al plan de liquidación. En síntesis, las modificaciones introducidas en el **nuevo art. 142 bis** consisten en lo siguiente: (i) el deudor puede presentar una propuesta **anticipada de liquidación** hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal; (ii) si la propuesta se formula **antes de la presentación** del informe la administración concursal, ésta debe evaluarlo y formular, en su caso, propuestas de modificación, lo que unirá al informe; si la propuesta se presenta después de la emisión del informe el juez concederá un plazo de 10 días a la Administración Concursal con el mismo objetivo, dándose la publicidad exigida para el informe; (iii) el auto que apruebe el plan de liquidación acordará la apertura de la fase de liquidación; (iv) las impugnaciones a la propuesta anticipada de liquidación no impedirá que, adoptando las medidas cautelares oportunas, el Juez, como se ha dicho, pueda autorizar el pago de los créditos.

Esta facultad de realización de activos se complementa con la prevista en el art. 44 que descansa en la continuidad de la actividad empresarial del concursado, pero que es singularmente beneficiosa para sociedades del sector inmobiliario (promotoras y constructoras) pues el paso del tiempo ocasiona el deterioro de los activos, por lo que la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, con buen criterio, consideran *existentias*, y por tanto, realizables sin solución de continuidad, las unidades registrales que integran una promoción, a medida que estén acabadas. Por otro lado, las entidades financieras aceptan la continuidad de la financiación comprometida de promociones, aún hallándose la misma en situación de incumplimiento e incluso de ejecución, para, finalmente, adjudicárselas en pago (ex art. 1.175 Cc).

³⁴ Según datos provisionales del año 2009, el INE da cuenta del número de concursos (5.922); tipo de concurso: voluntario (5.614) o necesario (308); clase de procedimiento: ordinario (1.314) o abreviado (4.608); existencia de propuesta anticipada: No (5.871), Si (51); contenido de la propuesta: quita (25), espera (2), quita y espera (19) y otros (5). Publicación, febrero de 2010.

No obstante ello, la modificación hubiera sido más oportuna si la liquidación se iniciara una vez informada favorablemente por la administración concursal, sin esperar a que concluya la fase común del concurso por las, cada vez más numerosas, impugnaciones a la lista de acreedores y/o inventario que acompañan el Informe de los administradores concursales³⁵.

5. Medidas sobre los créditos laborales.

Los intereses de los trabajadores también se han visto reforzados por la reforma, sobre todo si se conjugan con el nuevo tratamiento dado a los créditos públicos y los del Fondo de Garantía Salarial que ha sido objeto de precedentes comentarios (supra II.1.2.).

Antes de la reforma los procedimientos colectivos o expedientes de regulación de empleo se tramitaban ante el Juzgado Mercantil **una vez presentada la solicitud** de declaración de concurso. Ahora, con la reforma el artículo 64.1 ha previsto un período más dilatado de negociaciones, en la medida en que el Juez de lo Mercantil no entra en funciones hasta tanto *no haya dictado el auto de declaración de concurso* (la falta de medios y recursos de los Juzgados mercantiles agranda cada día más el periodo), aunque coherente con los efectos del concurso que la Ley hace depender de la declaración.

Por otra parte, las medidas cautelares que el deudor, la Administración Concursal o los trabajadores de la empresa concursada podían solicitar del Juez del concurso y que se adoptaban una vez emitido el informe preceptivo de la Administración Concursal, con la sólo excepción de que pudieran comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, se añade ahora “*y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores*”, en cuyo caso y con acreditación de esta circunstancia, puede realizarse la petición al Juez en cualquier momento procesal **desde la declaración del concurso**.

Por tanto, al tiempo de la solicitud del concurso, y antes de la declaración judicial, los trabajadores pueden negociar ante el Juez de lo Social o la Administración Laboral, el conflicto colectivo, cerrando rápidamente el acuerdo sobre las indemnizaciones para los trabajadores con unas compensaciones extraconcursoales que podrían

35 Cada vez son más conscientes los órganos jurisdiccionales del peligro que entraña retrasar la apertura de la fase de liquidación, por la pérdida de oportunidades que puedan presentarse durante la tramitación del proceso y las dilaciones que provocan los incidentes y recursos planteados durante su tramitación. En este sentido, es de destacar el Auto de 6 de mayo de 2008 (ponente D. Ignacio Sancho Gargallo) de la AP de Barcelona que no concede efectos suspensivos el *recurso de apelación interpuesto contra la declaración de concurso necesario*, una vez fracasado el intento de obtener convenio en Junta de acreedores. El art. 143.1.1 LC impone al Juez que abra de oficio la fase de liquidación.

alcanzar incluso los 45 días por año de empleo y, FOGASA, indemnizar rápidamente, a sabiendas de que, mediante un acuerdo de recuperación, la Administración Pública está a cubierto de la rescisión, en virtud del artículo 71.5.3º, modificado *ad hoc* para tal circunstancia.

Lo que equivale a reconocer, como reconoce el propio *preámbulo* del Real Decreto-Ley, que la reforma mejora la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectadas por procedimientos colectivos, que, junto con la protección jurídica de los acuerdos de recuperación, tanto los créditos laborales y como los créditos públicos han mejorado también su condición económica, -no solo jurídica-, frente a los acreedores que ostentan créditos concursales. Incluso podría añadirse, que los sindicatos refuerzan su poder, pues pueden solicitar la negociación social del ERE, aún iniciado el proceso concursal. Para ello es preciso acreditar que el retraso en las medidas cautelares puede comprometer gravemente el empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores.

6. Agilización y reducción de costes del procedimiento.

6.1. El Registro Público Concursal.

El coste del procedimiento ha sido objeto de atención por parte del legislador estableciendo (i) desde la entrada en vigor del RDL, la *gratuidad* de las publicaciones en el BOE, -lo que ya preveía el BLC-, suprimiendo las restantes publicaciones en otros periódicos, (ii) *creando el Registro Público Concursal* a efectos de notificaciones de las principales resoluciones concursales (Disposición Adicional Tercera) precisando de un desarrollo reglamentario en cuanto a su estructura y contenido que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública³⁶, y (iii) publicándose las resoluciones, inclusive el auto de declaración de concurso, *extractadamente*, debiendo contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública (disposición transitoria segunda).

Por otra parte, se eleva la estimación inicial del pasivo a *10 millones de euros* para aplicar el *procedimiento abreviado* (art. 190.1), con el consiguiente ahorro en costes arancelarios por contar con un sólo administrador concursal. Sin embargo, la cuantía parece excesiva, pues será el concurso más común³⁷; y hubiera sido oportuno establecer excepciones a las retribuciones de los *expertos y letrados especialistas*, en

³⁶ De discutida constitucionalidad en materia de actos de comunicación procesal, como advirtió CORDÓN, F., en el *Primer Congreso Español...*, cit., recogido en la *Crónica...*, cit., p. 14.

³⁷ Según el INE, durante el año 2009, de los 5.922 concursos admitidos a trámite, 4.608 fueron abreviados.

función de que el administrador único sea abogado, en el primer caso, o economista, en el segundo, ahora, por *mor* de la reforma, a cargo de aquél.

6.2. *La retribución de la administración concursal.*

Ha merecido la atención también la asignación retributiva de los administradores concursales en los muchos supuestos en los que, por insuficiencia de la masa activa, no pueden percibir los aranceles correspondientes. La reforma (i) crea una “*cuenta de garantía arancelaria concursal*” que garantiza el pago de un mínimo arancelario, que se dotará de las aportaciones obligatorias de los propios administradores concursales (disposición adicional segunda), modificando el régimen retributivo mediante un nuevo arancel que se aprobará reglamentariamente, ajustándose a reglas de *exclusividad, identidad, limitación y efectividad* (art. 34, apartado 2); (ii) establece que irán a cargo de la retribución de la administración concursal *los informes de los expertos*, que hasta ahora, eran a cargo de la masa (art. 83, apartados 2 y 3), lo que suponía una práctica que recordaba tiempos pretéritos y que ahora la reforma cierra oportunamente; (iii) del mismo modo ira a cargo del letrado miembro de la administración concursal, la dirección técnica de los recursos e incidentes, pues se entiende incluida en sus funciones, cerrando así una vieja polémica que entendía que para los incidentes, como regla general, no aplicaba el art. 184.5 (ahora modificado).

6.3. *Cuestiones procesales.*

La multitud de incidentes concursales y la inseguridad jurídica del momento en que cabría interponer el recurso de apelación contra las resoluciones judiciales susceptibles del mismo, ha sido también objeto de una puntual aunque precipitada modificación: (i) en el primer caso, la posibilidad de *suprimir la vista* en los incidentes concursales (art. 194.4, modificado), lo que supone un procedimiento más abreviado que el propio juicio verbal en el que descansa pero olvidando la función que las vistas juegan en el proceso civil³⁸; (ii) el auto que ponga fin a la fase común del concurso es la resolución judicial que tendrá la consideración de **apelación más próxima** a los efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición susceptibles de apelación planteadas durante la fase común (nuevo párrafo del art. 98); (iii) el nuevo régimen de publicidad e impugnación del informe de la Administración Concursal (art. 95 y 96.1 LC), materia de dispares criterios acerca del *diez a quo* en el

38 CORDON, F., *Los aspectos procesales de la reforma concursal*, en Crónica del Primer Congreso..., cit., p. 14 y s.

cómputo del plazo de diez días, en el caso en que haya mediado comunicación personal a un determinado acreedor³⁹.

Por último, se faculta a cualquier acreedor o persona con interés legítimo para ser **parte procesal** en la sección de calificación y poder realizar alegaciones para la calificación del concurso como culpable (art. 168.1 y 2). El remozado precepto cierra así la hermética interpretación anterior, que impedía un equilibrio procesal de partes legitimadas, en una sección, acaso de las más novedosas de la vigente LC, dirigida como último eslabón de las consecuencias resarcitorias (¿) o indemnizatorias(¿) del déficit patrimonial derivadas de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3, en caso de liquidación de un concurso culpable de una sociedad. A lo sumo podría haber exigido la norma litigar bajo una misma representación y dirección letrada, cuando los fundamentos fácticos de las pretensiones sean coincidentes, lo que entendemos podrá acordarse por la aplicación subsidiaria de la LEC (art. 194 a 196 LC).

III. VALORACIÓN DE LA REFORMA.

Como se reconoce en el Preámbulo del RDL 3/2009 la vigente Ley Concursal de 2003 *“se dictó en un entorno económico completamente distinto al actual, y no ha sido hasta que la crisis financiera internacional se ha trasladado a las empresas (sic) cuando se ha podido comprobar la inadecuación de algunas de sus previsiones”*. Y añade: *“Sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis...”*. Ha sido el propio legislador quien ha tenido que reconocer que, pese a la reciente Ley Concursal, ésta se ha manifestado insuficiente e incompleta. Con ser oportuna la reforma, que pretende facilitar la refinanciación de las empresas que puedan *“atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia”*, es lo cierto que todavía existen materias necesitadas de revisión y coordinación con otros textos legales.

Nos referimos a la falta de cumplimentación de cuanto establece la Disposición Adicional Tercera de la LC que manda al Gobierno refundir por Real Decreto Legislativo las leyes reguladoras de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, mandato que reproduce casi textualmente la Disposición final séptima de la

³⁹ El Auto de la AP Barcelona de 28 de noviembre de 2006 (Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo) que con interpretación sistemática, exigencias de seguridad jurídica y del principio de universalidad que preside el concurso señala que el cómputo inicial del plazo es el de la comunicación pública y general de la presentación del informe y de la documentación complementaria, y no desde las comunicaciones individualizadas.

Ley 3/2009, de 3 de abril (BOE, de 4 de abril) sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Sin perjuicio de la oportunidad de refundir en un único texto, y bajo el título «*Ley de Sociedades de Capital*», las disposiciones del Código de Comercio relativas a las sociedades comanditarias por acciones, el título X de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, sobre sociedades anónimas cotizadas y, por supuesto, los textos normativos de las dos sociedades capitalistas, también es necesario cohesionar entre ambos cuerpos legales, societario y concursal, **un régimen general de responsabilidad de los administradores**. Como se ha denunciado por la doctrina más reciente, existe en el presente escenario normativo un problema de convivencia o, mejor, de coexistencia en el concurso de tres regímenes de responsabilidad, por daños (133 y ss. LSA), por deudas sociales derivadas del incumplimiento del deber legal de disolver la sociedad cuando concurre una causa de disolución (arts. 265.5 LSA y 105.5 LSRL), junto con la del déficit patrimonial en caso de concurso culpable y en liquidación de la sociedad concursada; se hace necesario precisar la concurrencia del dolo, culpa grave o mera negligencia en la conducta de los administradores o liquidadores, para la exigencia o atenuación, en su caso, de una sólo responsabilidad, en base a supuestos concretos y que proporcionen la suficiente garantía a los acreedores pero también seguridad jurídica para los gestores; suprimir la dudosa compatibilidad, durante el concurso, del ejercicio de las acciones individuales de responsabilidad, que puedan perjudicar, en caso de ejercicio de las primeras, el patrimonio de los administradores, patrimonio que puede resultar insuficiente si se declara la responsabilidad concursal en beneficio de los acreedores; establecer la competencia única del Juez del concurso para el conocimiento de todas las acciones de responsabilidad, incluso para las individuales; reunificar el plazo para el ejercicio de las acciones de responsabilidad en beneficio de la masa activa (acción social de responsabilidad) y las que suponen un beneficio para la masa pasiva (concursal), con suspensión de la prescripción (art. 60 LC) para las acciones individuales (art. 135 LSA), etc....

Instaurar definitivamente una solución *judicial* del *concordato preventivo*, con garantías para los acreedores (derecho de impugnación y el previo de información) y para el deudor, sin el peligro de que se dinamite cualquier intento del convenio con embargos e incluso instando el concurso necesario, tomando como referencia modelos de nuestro entorno y propuestas, nacionales y extranjeras. La práctica ha demostrado que los escasos acuerdos de refinanciación han tenido que ser “auxiliados”, acogiéndose al art. 5.3 LC introducido por la reforma para las PAC, pues, sin ser su objetivo ni su finalidad, pone de manifiesto, la falta de adecuación de la Disposición Adicional Cuarta a la realidad. Y todo ello sin olvidar las Recomendaciones de la Guía

Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia (en especial la Recomendación 7 sobre negociaciones voluntarias de reestructuración) publicada por la CNUDMI, en 2006.

La reducción del coste temporal del concurso debe ocupar un lugar preferente en la futura reforma. No se puede admitir que la fase común del concurso se prolongue (meses, años) a la espera de la completa resolución de los múltiples incidentes concursales que se deducen contra la lista de acreedores que, con carácter provisional, acompaña el informe de los administradores concursales. Ni las diferencias cuantitativas de los créditos ni la comunicación tardía de los mismos deben merecer un incidente concursal. Bastaría una mera comunicación acompañada de la documentación acreditativa que justificara la pretensión (piénsese en el supuesto del art. 79 para las cuentas corrientes); y, en cualquier caso, de no mediar conformidad a la decisión de la administración concursal, el eventual incidente concursal no debiera ser causa de dilación, antes bien debiera tomarse como modelo el art. 11, párrafo tercero, de la Ley de Suspensión de pagos, y la resolución a que se refiere el art. 12 del mismo cuerpo legal. Respecto de otras cuestiones planteadas en tales incidentes, en ocasiones por razón de las especiales características del concursado de un sector concreto de la economía, las materias planteadas, con mejor o peor fortuna, por los acreedores, son semejantes, análogas cuando no idénticas, lo que debiera permitir su acumulación en un solo incidente y resolverse en una sólo sentencia. No se justifican sentencias en serie sobre materias idénticas. Mientras no se consiga una reducción temporal del concurso difícilmente podremos hablar de “cultura concursal”, en el sentido apuntado por los autores: la urgente necesidad de solicitar el concurso en los primeros síntomas de la crisis del deudor, y conseguir así una de las finalidades del procedimiento: superar la crisis y facilitar la recuperación de la empresa. Hoy por hoy, el objetivo es imposible. El empresario en situación de crisis sabe cuando empieza el proceso concursal, pero ignora los meses o años que va a salir del mismo.

Y en profundidad también, en fin, deberá modificarse –y reordenarse- los supuestos de calificación de los créditos *subordinados* (art. 92), así como la catalogación de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93) cuyo automatismo de postergación *ex lege* provoca, está provocando, no pocas dilaciones procesales en el *iter* concursal ante situaciones notoriamente injustas.

Como también se hace necesario, cuando se acometa la reforma en profundidad, regular de forma más ajustada las acciones de reintegración de la masa, partiendo de supuestos presuntivos más realistas en conceptos tan básicos en la materia como los de “*perjuicio*” y “*mala fe*”, así como sus excepciones, tomando como modelo, en este último caso, la reciente reforma italiana.

Y, finalmente, es de esperar que se de solución definitiva a la insolvencia del consumidor, en un procedimiento más ágil y menos costoso que el actual previsto (art. 190) y el tratamiento de las garantías reales, sirviendo de base la Ley 2/1994 sobre novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios.

LUÍS USÓN DUCH

Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

Profesor Titular de Derecho Mercantil (UB)

Doctor en Derecho y en Ciencias Económicas

LUÍS USÓN DUCH

Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras

Abogado y Economista

Doctor en Derecho y en Ciencias Económicas

LOS CREDITOS AVALADOS EN LA LEY CONCURSAL

El título de esta comunicación precisa, de forma cerrada, el contenido que deben impregnar las notas que se van a escribir sobre las diferencias que ha habido en la nueva Ley Concursal en el tratamiento de los créditos de acreedores que gocen de garantía o aval en el momento en que se declara el concurso, en comparación con las normas anteriores, hoy derogadas.

Tal concesión no obsta para que se haga un somero comentario sobre la nueva Ley Concursal y su accidentada vida.

Vió la luz, en olor de multitud, el 9 de julio de 2003, y entró en vigor el día 1 de septiembre de 2004. Ha sido objeto de modificaciones y durante el período en que estaba pendiente de entrar en vigor, “*vacatio legis*”, en cuestiones muy precisas, y durante su vigencia, también por Decreto-Ley, se han debido reformar o corregir algunos puntos, por conflictivos o por imprecisos. El 27 de marzo de 2009, fue objeto de unas importantísimas correcciones, ampliaciones, supresiones, o innovaciones legales de gran calado que, como la Ley de 2003, también fueron recibidas en olor de multitud. Así que no llevamos siete años de funcionamiento de la nueva Ley Concursal y ya se han producido rectificaciones, correcciones, y nuevas normativas en varias ocasiones, ésta última con nuevas normas de profundo alcance.

¡Y ya estamos todos esperando, como agua de mayo una nueva Ley Concursal cuya redacción está muy avanzada y que se anuncia para el otoño de este mismo año!

Por lo que se puede colegir, esta comunicación tiene un aire actual, con un cierto tono de comentario retrospectivo, porque lo que aquí se sostiene tiene una pronta fecha de caducidad.

Cuando se aprobó la Ley Concursal actual, los tratadistas y escritores aficionados, como puede ser el que suscribe, alabamos la estructura equilibrada del texto, las soluciones de muchos gravísimos problemas de la anterior legislación, y la definitiva fijación de la competencia de todas las cuestiones que afectan al concurso a la jurisdicción civil ordinaria, con exclusión de las otras jurisdicciones que antes intervenían de forma independiente.

Sus autores se encontraban felices porque la Ley Concursal había sido aprobada por el legislativo con el voto favorable de la totalidad de sus componentes.

Y además nacía un cuerpo, en la misma jurisdicción ordinaria, de jueces especialistas, los jueces de lo Mercantil.

Pero se conjugaron dos elementos imprevistos, aunque previsibles que ayudaron a entorpecer la aplicación diaria de esta Ley.

Por una parte la justeza de medios del Ministerio de Justicia y por otra la grave recesión - primero fue crisis y después ha sido y es recesión - que ha aumentado de forma impensable el número de concursos que se han de tramitar. En la actualidad quien diga que los Juzgados de lo Mercantil están colapsados en casi toda España, no exagera.

La Ley Concursal se refiere a los créditos avalados, o con garantía en tres momentos precisos. El primero está en el artículo 1,3º, cuando introduce un tercer administrador concursal en la persona de un acreedor de crédito ordinario o con privilegio especial, y añade “que no esté garantizado”. Hay que recordar que en la antigua Ley de Suspensión de Pagos, entre los llamados Interventores Judiciales, había dos profesionales-censores jurados, o auditores de cuentas- y un acreedor. El acreedor debía estar en el primer tercio por razón de la cuantía del crédito. Ahora no hay, en cuanto al acreedor, selección por razón de la cuantía, pero están prohibidos los que están garantizados. No vemos necesario hacer ningún comentario.

Otra referencia está en el artículo 135, punto 1 y 2, y constituye una rectificación de toda la jurisprudencia relativa al artículo 1851 del Código civil, que proclama que la prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador extingue la fianza. En la

práctica, había quien dudaba de si cuando el convenio que contenía prórrogas al deudor era aprobada sin la votación del acreedor afianzado también operaba el artículo 1851 y la fianza se extinguía. La constante jurisprudencia aclaró que si el acreedor no había votado la prórroga no extinguía la fianza, aunque hubiera sido aprobado un convenio con prórrogas, que la Ley llamaba “esperas”. El artículo 135, que se transcribe rectifica la doctrina del Código Civil y la aclara para conocimiento de todos.

Artículo 135. Límites subjetivos.

1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos.

2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido.

Pero el artículo que se refiere a los créditos avalados y ha hecho correr mucha tinta es el 87,6º de la Ley Concursal, que dice así, en su primera redacción:

“Artículo 87. supuestos especiales de reconocimiento.

6. Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador.”

Da la coincidencia de que, al entrar en vigor la Ley Concursal el 1 de septiembre de 2004, quien esto escribe presenta el primer concurso de España en Pamplona, a las 9 de la mañana, por el temor de los concursados a que se pudiera pasar el plazo que señala la Ley como correcto para acudir al concurso.

Y ya, desde entonces el autor ha venido manteniendo, quizá con excesiva beligerancia, la necesidad de una reforma del punto 6º del artículo 87. Se va a transcribir una recensión del artículo publicado en *Economist & Jurist* a primeros del año

2005 por quien esto escribe y en él se ve la combatividad que movía a los profesionales a oponerse a la interpretación literal del artículo controvertido.

Vamos a transcribir algunos párrafos del artículo aludido y está manifiesto que tenía una redacción combativa.

.....“Vamos a recordar para los no expertos en este procedimiento las coordenadas en que se van a mover quienes operen con este artículo 87,6.

La Ley Concursal que, como dice la exposición de motivos “regula la concurrencia de acreedores sobre el patrimonio del deudor común” (II, párrafo 5º) ha distribuido o clasificado los distintos créditos que concurren en privilegiados, ordinarios y subordinados. Prestemos atención a los subordinados, porque ahí está nuestro meollo.

Son créditos subordinados, entre otros, “los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor” (artículo 92,5º), que se describen en el artículo siguiente, en dos apartados: especialmente relacionados con el concursado persona física, o persona jurídica. No entro en más explicaciones porque todos sabemos, en esencia, el alcance del concepto “especial relación con el concursado”. A partir de ahora los denominaremos PER –personas especialmente relacionadas-.

¿Qué características adornan a los créditos subordinados? De forma destacada tres. La primera es que no tienen derecho a voto en el caso de que el concurso pretenda el convenio y se convoque la Junta de acreedores (artículo 122,1º). La segunda, que una vez haya sido aprobado un convenio sin que hayan podido votar los titulares de créditos subordinados, éstos quedan afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio por los acreedores ordinarios, pero el plazo de espera se computará a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos (artículo 134) La tercera, que en caso de liquidación el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado satisfechos los créditos ordinarios (artículo 156). En términos coloquiales, son créditos proscritos.”

“El mundo de la empresa ha entendido y aceptado como medida de buena ordenación concursal, la creación legal de declarar subordinados a estos créditos de las “PER”. Y también ha asumido que cuando el avalista de un acreedor concursal es persona especialmente relacionada con el deudor y tiene

que satisfacer el crédito avalado, al subrogarse en éste y ostentar su titularidad (artículo 1839 C.C.), convierte el crédito en subordinado.

En los cursos que se han ido impartiendo sobre la nueva Ley Concursal al llegarse a esta deducción siempre había algún asistente que preguntaba: Vamos a ver, según lo que usted dice: si un administrador de la sociedad, que no es ni siquiera accionista, avala, solo o junto con otros, un crédito a un banco, y la sociedad va a un concurso, cuando se ve constreñido a pagar el aval y lo paga, aunque para eso haya tenido que hipotecar su vivienda, ¿será acreedor subordinado? Y el ponente le contestaba: Así es, será subordinado.”

“El texto sobre el que reflexionamos tiene dos reglas en oraciones gramaticales distintas. La primera dice que cuando un acreedor disfruta de fianza de tercero será reconocido sin limitación alguna y que en caso de que el fiador pague, el titular del crédito será este último. Eso dice. No parece nada nuevo ni que deba ser regulado por esta Ley cuando está en el Código Civil y en el sentir de todos.

La segunda, que es la conflictiva y sobre la que hago estas reflexiones, ordena que para la calificación de los créditos a que se refiere la primera regla—créditos con aval de terceros o créditos subrogados a favor del avalista- la administración concursal, y el Juez en su caso, deberán optar “en todo caso por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”.

Define que el concepto “menos gravoso para el concurso” es el indicador decisivo del grupo en que ha de clasificarse el crédito. En todo caso; haya subrogación o no, con reclamación del acreedor para cobrar o sin ella, con fiador solvente o insolvente.

¿Qué es “gravoso”, y qué es “concurso”? Gravoso, según la R.A.E. es, en su segunda acepción, lo que ocasiona gasto o menoscabo. Concurso de acreedores es el procedimiento que ha regulado la Ley para conseguir el legítimo y justo resarcimiento de los acreedores que concurren sobre el deudor común, en el que “el convenio es la solución normal que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de las partes goza de una gran amplitud.” (Exposición de motivos: VI, párrafo 2).

De lo que resulta claro que el concurso no es el deudor, ni el acreedor, ni los trabajadores. Es un procedimiento para regular las situaciones empresariales de

crisis y resolverlas, a ser posible, con soluciones que permitan salvar la empresa concursada y pagar a los acreedores.

Parecen algo prolijo estos párrafos que anteceden, pero son la base de estas reflexiones. Y entro de cara a lo que me inquieta y nos inquieta a muchos profesionales.

Voy a precisar que la cuestión espinosa se refiere a los acreedores ordinarios avalados por P.E.R., que no han reclamado el pago ni anunciado la reclamación. Suelen ser entidades crediticias, Bancos y Cajas.

Una mirada simple y apriorística concluye que es menos gravoso para el concurso clasificarlos como subordinados. Esta conclusión es la que prima entre los tratadistas que han publicado comentarios sobre la Ley Concursal. De entre los numerosos autores que hemos escrito sobre la Ley Concursal, solo he encontrado en el Proceso Concursal Práctico de Fernández Ballesteros (página 460) una exposición que se acerca a lo que voy a defender. Dice: “La única especialidad legal se refiere a la calificación del crédito, prefiriéndose lo que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponden al acreedor y al fiador. La dicción de la Ley es aquí equívoca, pues no se ve en qué ha de ser más gravoso para el concurso un crédito por razón de su calificación”.

Ahora entro de lleno en la reflexión. Al administrador concursal le dice la L C. que a los tres meses, como máximo, de haber tomado posesión, decida con arreglo al artículo 87,6 qué clasificación entre crédito ordinario o crédito subordinado “es menos gravosa para el concurso”. Notemos que no dice para los demás acreedores, o para el deudor o para los trabajadores, sino para el procedimiento concursal o concurso.

Habrán casos de evidencia como por ejemplo un concurso en el que el propio deudor ha decidido ir a la liquidación.

En este caso, ¿será más o menos gravoso para el concurso que la calificación de un determinado acreedor pase de ordinario a subordinado? La respuesta es no. Otra cosa será para los demás acreedores ordinarios; pero el artículo que comentamos pone como elemento decisorio al concurso, no al deudor, no a los otros acreedores, no a los trabajadores.

Tengo grandes dudas de que alguien pueda mantener, con convicción real, que el cambio de calificación de un crédito pasándolo de ordinario a subordinado pueda ser considerado como menos gravoso para el concurso en caso de liquidación.

¿Y cuándo el concurso no está dirigido a la liquidación y el deudor espera alcanzar un convenio? En tal caso la Ley Concursal constituye a los Administradores Concursales en profetas, adivinos, videntes o arúspices. Tienen que augurar a los 60 ó 90 días de haber tomado posesión en plena fase común del concurso, qué calificación de un crédito, entre ordinario o subordinado será la menos gravosa para un concurso en el que no está decidida la liquidación, que será en la mayoría de los casos. Tendrán que actuar como unos pronosticadores. Y, a continuación, si su calificación es impugnada y se va al incidente concursal el Juez también habrá de actuar con un oráculo, no haciendo Sentencias, sino vaticinios. Vaticinar es presagiar o predecir por ciertos signos, o por adivinación “algo que va a ocurrir”.

No se tome como exageración lo que acabo de exponer. Veamos un caso que será bastante habitual. Un concurso en el que el 50% del pasivo está constituido por acreedores bancarios o financieros que están avalados por PER, que tienen solvencia inferior al montante de los avales prestados. O que los avalistas PER son solventes, pero advierten a los bancos avalados que si se reclama su pago presentarán también el concurso.

En estas situaciones los bancos prefieren acudir al convenio en el concurso que reclamar al avalista poco solvente, o que advierte de otro concurso. Y si al final conciertan un convenio razonable con el deudor se salva la empresa, los puestos de trabajo y los acreedores cobran sus créditos en cinco años. Y precisamente cuando comienzan los estudios para un plan de viabilidad convincente, los señores administradores concursales clasifican a los acreedores avalados por los PER como subordinados, por entender o intuir que esta calificación es menos gravosa para el concurso. Y el Sr. Juez ratifica la calificación.

¿Cuál es el pronóstico más claro para este concurso? Que no conseguirá convenio o que si lo consigue no podrá cumplirlo porque le falta la financiación que le prestaban los acreedores que pasan a subordinados; y se acaba en liquidación por no alcanzar convenio o por incumplirlo.

Pido que este ejemplo no se contemple como un escenario o “simulation game” sino como unos hechos reales que se convertirán en habituales si no sabemos leer el verdadero alcance de “menos gravoso para el concurso”.

Otro caso que ya se ha planteado en un Juzgado de lo Mercantil. Concurso voluntario con convenio anticipado en el que han emitido voto para su presentación en el Juzgado –hace falta el 20% del pasivo- acreedores bancarios que tienen avales de PER, y ya está admitido a trámite antes de que los Administradores Concursales hayan emitido su informe. Los PER son solventes. Si en la Lista de Acreedores que se presenta con el informe los Administradores Concursales califican a estos acreedores que ya votaron como subordinados sus votos desaparecen del convenio anticipado y el Juzgado ya no lo tramitará como anticipado sino como normal, y el plan de viabilidad ya no será convincente porque habrá desaparecido la financiación.

En este caso resulta también clarísimo que la posible clasificación de los bancos y cajas como subordinados es mucho más gravosa para el concurso que si quedan como ordinarios.

Ninguno de los ejemplos que he descrito son hipotéticos. Si quisiéramos hacer hipótesis llegaríamos muchos más lejos; pero de lo que se trata en estas reflexiones es de alcanzar un convencimiento común de que la segunda oración o segundo punto del artículo 87.6 es inaplicable por confuso, equívoco, y perverso. ¿Por qué perverso? Porque produce efectos contrarios a los que da a entender que pretende.

Vamos a explicarlo. Estamos en un concurso con acreedores avalados por PER: el Administrador Único de una sociedad concursada que ya no tiene bienes con que responder a los avales prestados. La concursada tiene unas posibilidades de convenio escasas, pero puede alcanzarse con los votos de los acreedores avalados por PER. Los Administradores Concursales con la interpretación simplista del punto segundo del 87.6 que ha venido siendo admitida por los comentaristas, clasifican estos créditos avalados como subordinados. Estos créditos impugnan su clasificación y van al incidente concursal (artículo 96.4). En este incidente es parte el concursado si la demanda se dirige también contra él (artículo 193), quien también pudo promoverlo como interesado. En todo caso su opinión habrá de ser oída, porque quien más autoridad y conocimiento tiene para opinar sobre que es lo menos gravoso para el concurso es el deudor.

No parece descabellado colegir que el deudor avalista insolvente tendrá un poder sobrevenido sobre el acreedor, ya que sus afirmaciones o negaciones pueden decidir el sentido de la Sentencia o vaticinio. Y nos encontraríamos en lo que la Ley Concursal persigue: el acuerdo fraudulento entre el acreedor y el deudor, o entre varios acreedores y el deudor. ¿Ven la perversidad del 87.6?

Otro aspecto de la perversidad. Si en este mismo ejemplo –que es hipotético, pero posible- el acreedor que lucha contra la clasificación de subordinado no se aviene a las peticiones del concursado y éste, en contraprestación, en el incidente declara con contundencia que es menos gravoso para el concurso que el crédito sea subordinado, puede ocurrir que el acreedor que goza de aval –aval es garantía- no cobre de nadie ¿Es o no es perverso?

Quizá también es peligroso. Se me ocurre si en un caso de declaración de subordinado de uno o varios créditos se advierte de forma patente y evidenciada que la causa de no alcanzar convenio es la degradación de ordinario a subordinado del crédito o créditos que resultaban imprescindibles para el convenio, el deudor o los acreedores podrían pedir responsabilidad a los causantes del estropicio.

Estas reflexiones van dirigidas a que se obtenga una doctrina que esté pacíficamente consentida sobre la inaplicabilidad del segundo punto del artículo 87.6 de la Ley Concursal, como norma que opera de forma automática, y a que se limiten los cambios de clasificación a los casos de cambio de titular del crédito.

Debo hacer notar que hasta que se llegue a lo que sostengo y defiendo en estas reflexiones perdurará ese temor, que tienen los bancos y cajas que tienen avales de terceros, a mantener las clasificaciones que antes tenían concedidas a los empresarios que han acudido al concurso. Siempre por el temor a la subordinación automática.

Estas notas o reflexiones no tienen contenido jurídico o de investigación que puedan sostener unas conclusiones propias de un Dictamen, ni siquiera de una Como verá el lector, y cito un ejemplo del Profesor Blanco, no se ha tratado de profundizar sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo, sino de poner en el papel cuestiones prácticas que lo más que pueden hacer es dar soporte a un Criterio, que es con el que termino estas reflexiones.

CRITERIO USÓN

El contenido del segundo punto del texto del artículo 87,6 resulta inaplicable en la generalidad de los casos, por ser ambiguo, indefinido y susceptible de conducir a errores irreparables. Solo será aplicable, de forma excepcional, en aquellos casos en que la Administración Concursal, o en su caso el Juez, tengan constancia de forma contrastada e irrefutable de que la calificación de un determinado crédito en una categoría distinta de la que corresponde por su titularidad resulta menos gravosa para el concurso.

Comentario final primero, benigno: *No he citado a ninguno de los numerosos tratadistas y comentaristas de la Ley Concursal que, como yo, creímos que el texto que aquí estudio era inocuo y lógico.*

Comentario final segundo, maligno: *Si el legislador tuviera rostro y viera en lo que ha quedado el artículo 87.6 de la Ley Concursal, enrojecería. No de rabia. De rubor.”*

Después cuando los Jueces de lo Mercantil tuvieron que dar su criterio sobre la forma de aplicar el punto segundo del número 6, comenzaron a conocerse Sentencias ejemplares que clarifican la cuestión.

Como la más ponderada, elegante, precisa y documentada como ejemplo, se transcribe la parte sustantiva, de la Sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Madrid, dictada por D. Antoni Frigola i Riera el 5 de julio de 2005.

“SEGUNDO.....

2. En la magnífica exposición de la administración concursal no sólo en el acto de la vista sino en el informe emitido en su día en el concurso de la entidad Dorlast, S.L, -una de las sociedades del grupo-, se plasma la opción de ésta por calificar el crédito correspondiente a VFS Financial Services Spain S.A como subordinado. Se justifica dicha opción en la aplicación de lo que se califica como interpretación “correctora” del precitado artículo se optaría por una interpretación que se ajustara estrictamente a la letra de la Ley. Se dice que

“en los casos en los que el fiador o fiadores sean personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC), como acontece en el supuesto considerado, la aplicación literal de la norma conduce a la

‘degradación’ el crédito personalmente garantizado. Si el fiador o los fiadores son sociedades que formen parte del mismo Grupo de la sociedad declarada en el concurso (art. 93,2-3º LC), el crédito de los bancos y de las cajas de ahorros se integraría en la categoría de los créditos subordinados: si son subordinados -es decir, si están legalmente postergados- los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 92-5º LC), también son subordinados los créditos de cualquier otra categoría que estén garantizados por alguna de esas personas (art. 87,6 en relación con el art. 92-5º LC).

La propia Administración Concursal admite que la doctrina se divide en dos grupos fuertemente diferenciados en la interpretación del referido precepto. Según la Administración Concursal

“para el sector mayoritario, la única interpretación posible de la norma es la interpretación literal, ‘pues no adivinamos otra interpretación mínimamente razonable de la misma’ (E. CORDERO, ob. Cit. Pág. 1.034). Cuando el crédito principal tenga la consideración de ordinario y el crédito del fiador sea subordinado, ‘se calificará el crédito principal como subordinado para impedir que esa tacha se neutralice a resultas de la subrogación’ (N. BERMEJO, en A. Rojo-E. Beltrán ComLC, cit., Tomo I, pág. 1.572). Entre las calificaciones correspondientes a los créditos del acreedor y del fiador, ‘se preferirá la del privilegiado general frente a la del privilegiado especial, dentro del privilegiado general la de menor preferencia en el orden legal, la de ordinario frente al privilegiado y la de subordinado frente al ordinario y al privilegiado (J. BEJAR, en M.A Fernández-Ballesteros [coord.], Proceso concursal práctico, Madrid [lurgium], 2004, pág. 460). Se trata de una solución que se ha calificado de ‘injusta’ y que ‘en más de un caso supondrá un perjuicio claro para el acreedor’, pero ‘su dicción literal es tan clara que difícilmente podríamos defender la interpretación de la misma distinta a la que acabamos de disponer (E. VALPUESTA, en F. Cerdón [dir.], Comentarios a la Ley Concursal, Pamplona [Aranzadi], pág. 696). Para un sector minoritario, en tanto no se haya producido el pago del fiador, el crédito debe calificarse sin tener en cuenta la condición de persona o no especialmente relacionada con el deudor que tuviera ese fiador. Según esta interpretación alternativa, la interpretación literal es absurda y no puede ser aceptada, por lo que se produce una importante restricción: la de entender que la norma sólo es de aplicación ‘cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante’: el crédito directo del acreedor ‘no se contamina con la condición subordinada del crédito de reembolso del fiador,

tanto si cobra del fiador como si lo hace en el concurso del deudor' Aunque el fiador fuera una persona especialmente relacionada con el deudor, el crédito concursal continuará mereciendo la condición de ordinario o privilegiado, si bien, cuando el fiador se subroga en el crédito, ese crédito quedará degradado a la categoría de subordinado (A. CARRASCO, Los derechos de garantía en la Ley concursal, Madrid [Civitas], 2004, pág. 238 a 241)".

5. *Dicho lo anterior debemos afrontar el examen del precepto objeto de discusión. El artículo 87.6 LC se encuentra dividido en dos partes. La primera se refiere a la obligatoriedad para la Administración Concursal de reconocer, por su importe y sin limitación ninguna, y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de un tercero. Dicho inciso supone por un lado la reproducción de lo establecido en el artículo 1839 C.C, esto es, que el fiador que paga sustituye al titular del crédito. Y por otro, un mandato imperativo para la Administración Concursal. Ésta debe reconocer sin limitación alguna el crédito del acreedor aunque éste disfrute de la fianza de un tercero. La alusión al "deber de reconocer" pone de manifiesto que la norma se encuentra situada en sede de reconocimiento de créditos.*

6. *Es la interpretación de la última parte del precepto la que suscita mayores controversias. Ésta dice literalmente: "En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador". No podemos desconocer que las dos corrientes doctrinales aludidas más arriba parten de la interpretación gramatical de esta disposición. Mientras que la calificada como literalista entiende que la referencia a "estos créditos" alude a "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero", la correctora opina que la mención "estos créditos" debe entenderse referida a los créditos de los que sea titular el fiador una vez haya pagado. Menos polémica suscita la interpretación de la expresión adverbial "en todo caso" que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa "como quiera que sea, o sea como fuere". - y aunque para la corriente literalista tendría el significado de "siempre" - la importancia de su significado depende de la interpretación que se dé a la expresión "estos créditos". De ahí que el quid de la cuestión sea desentrañar el significado de la expresión "estos créditos".*

7. *Situada la polémica en sus justos términos, entendemos que será interesante trasponer cada uno de los significados atribuidos por las*

dos diferentes corrientes doctrinales a la letra de la Ley para comparar el tenor del precepto según una y otra. El texto de la norma quedaría, según la tesis literalista, del siguiente modo: “En la calificación de (los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero) se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”. Para la tesis calificada como de correctora el texto de la norma debería leerse así: “En la calificación de (los créditos en los que su titular haya sido sustituido por el fiador) se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”. Como se puede adivinar, la letra del precepto soporta uno u otro significado. Y por ello no podemos detenernos en ella. Hay que acudir a otros criterios que coadyuven a atribuir a la norma un alcance definido.

8.

9.

El legislador quiere mostrar con claridad que, a pesar de que el acreedor goza de la posibilidad de dirigirse contra el fiador en vez de contra el concursado, su crédito debe reconocerse en la lista de acreedores a confeccionar por la Administración Concursal “sin limitación alguna”. Si examinamos los demás números del referido precepto observamos que en todos se recogen supuestos de créditos cuyo reconocimiento puede albergar alguna especialidad, y en ninguno se establece una norma de calificación. Así ocurre con los créditos sometidos a condición resolutoria (artículo 87.1 LC), los de derecho público recurridos en vía administrativa o jurisdiccional (artículo 87.2 LC), los sometidos a condición suspensiva y los litigiosos (artículo 87.3 LC), los que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin previa excusión del patrimonio del deudor principal (artículo 87.5 LC), y aquellos en los que el acreedor hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado (artículo 87.7 LC). Frente a esto, la interpretación literalista del artículo 87.6 LC sostiene que dicho precepto contiene una regla de calificación de créditos. De ser así, se introduciría en la Ley, con criterio asistemático, una nueva regla de calificación de créditos que ni se encuentra recogida en la Sección 3ª del Capítulo III del Título IV de la Ley, ni se desprende de ninguna de las que en tal contexto ha sido incorporada. Es en dicha Sección donde se ha emplazado la norma que califica como subordinados los créditos en los que “fuera titular alguna de las personas

especialmente relacionadas con el deudor” (artículo 92.5º LC). Pero no existe norma en tal Sección que califique como de subordinado el crédito en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor. Para llegar a esta conclusión deberíamos otorgar al artículo 87.6 LC un propósito calificador de créditos, lo cual es ajeno a la sede en el que el legislador ha ubicado tal norma.

10. Por último, hay que hacer referencia a la aludida interpretación histórica. El Grupo Parlamentario Catalán tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado formuló sendas enmiendas contra el inciso objeto de discusión con la finalidad de eliminarlo. De esta manera la enmienda núm. 502 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley Concursal tenía como justificación que era

“de difícil comprensión que la Administración judicial al calificar el crédito, y, por tanto, con anterioridad al pago por el fiador, pueda hacer un ejercicio intuitivo entorno a la calificación del crédito del acreedor principal, pues lo normal es que opere el pago por subrogación adquiriendo el fiador los mismos derechos que ostenta aquél conforme previene el artículo 1.212 del Código Civil. Y de no efectuarse el pago el crédito del acreedor no puede estar sometido a otra calificación que no sea la que le corresponda de acuerdo con lo previsto en el PLC”.

Y del mismo tenor fue la enmienda núm. 283 presentada en el Senado. Ambas fueron rechazadas. Sin embargo, no puede atribuirse necesariamente al rechazo de tales enmiendas un significado acorde con la tesis literalista. El fracaso de las referidas enmiendas se debe, necesariamente, a la falta de voluntad del legislador de excluir del artículo 87.6 LC el segundo inciso. Pero con ello el legislador no expresa de una manera inequívoca que el mantenimiento del citado inciso se llevara a cabo con el fin de posponer los créditos con fianza de personas especialmente relacionadas con el deudor. Ni puede deducirse sólo de tal acto. Porque lo que se rechazó en vía parlamentaria fue la eliminación del segundo inciso del artículo 87.6 LC. Pero en el acto de rehusar la enmienda no va de suyo la asunción de la interpretación que el grupo parlamentario presentador de dicha enmienda utilizó de justificación. Si así lo hubiera querido el legislador podía haberlo expresado con mayor claridad y contundencia. No lo hizo. Por tanto, el elemento histórico del iter legislativo consistente en el rechazo de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán no nos es útil a los efectos pretendidos.

11. Como ya se señalaba en el punto 6 de este fundamento, las anteriores consideraciones nos mueven a entender que el sentido del artículo 87.6 inciso segundo LC es el de considerar postergados sólo aquellos créditos de los fiadores especialmente relacionados con el deudor, una vez que se hayan subrogado en la posición jurídica del acreedor principal, como consecuencia del pago. Como hemos advertido dicha interpretación es ajustada al sentido gramatical de la norma, coadyuvando en tal dirección la interpretación teológica y la sistemática.

Ha habido muchas mas Sentencias de Juzgados y Audiencias, y han continuado las opiniones contradictorias entre los tratadistas hasta que en la reforma urgente de la Ley 31-03-2009, ya referenciada al principio, se acuerda modificar el número 6 del artículo 87 de la Ley Concursal, y se le da el texto que sigue:

6. Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.

No hay mas que alegrarse por la modificación, que clasifica y rectifica el texto antiguo para darle ahora un nuevo contenido.

Desaparece la expresión, “en todo caso” y solo se acudiría a calificar los créditos de forma distinta “si se ha producido la subrogación por pago”. Y todos respiramos. Y vuelve a mostrarse la aprobación, en olor de multitud.

Pero el autor de estas líneas no participa en los parabienes y alabanza a esta modificación del artículo, porque se mantiene el antiguo concepto de “menos gravoso”.

Y siguen vigentes las dudas que quien esto escribe expresó en el artículo de Economist & Jurist que se ha reproducido parcialmente en estas notas.

El criterio que mantiene es que hubiese sido mucho mas claro eliminar toda la segunda oración, porque si hay sustitución del titular del crédito, aunque sea por subrogación, siempre hay cambio de acreedor. Y cada acreedor preciso debe tener calificado su crédito con arreglo a sus características o condiciones específicas.

Y yendo mas lejos, el autor cree que una eliminación total del número 6, serviría de mayor claridad. Al fin y al cabo, el contenido de la primera oración es una obviedad, pero nada más.

El autor de estas notas tiene la percepción de que, dentro de este mismo año, se habrán convertido en meros comentarios sobre una Ley ya derogada.



*Real Academia
de Ciencias Económicas y Financieras*

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA
DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y FINANCIERAS*

*Las publicaciones señaladas con el símbolo  están disponibles en formato PDF en nuestra página web:
<http://racef.es/es/biblioteca/publicaciones>

ANALES

- A-1 *Anales de la Academia de Ciencias Económico-Financieras, tomo I (Cursos de 1943-44; 1944-45; 1945-46; 1946-47), 1952.*
- A-2 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo V (Curso de 1957-58), 1958.*
- A-3 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo VI (Curso 1958-59), 1960.*
- A-4 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo VII (Cursos de 1959-60 y 1960-61), 1966.*
- A-5 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XI (Curso de 1968-69), 1972.*
- A-6 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XIX (Cursos de 1984-85; 1985-86; 1986-87), 1990.*
- A-7 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XX (Cursos de 1987-88; 1988-89; 1989-90), 1993.*
- A-8 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXI (Cursos de 1990-91; 1991-92), 1995.*
- A-9 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXII (Cursos de 1992-93; 1993-94), 1995.*
- A-10 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXIV (Cursos de 1996-97; 1997-98), 2000. *
- A-11 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXV (Curso de 1998-99), 2004. *
- A-12 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXVI (Cursos de 1999-2000, 2000-01 y 2001-02), 2004.*
- A-13 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXVII (Cursos de 2002-03 y 2003-2004), 2005. *
- A-14 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXVIII (Cursos de 2004-05 y 2005-2006), 2007. *

SEMINARIO ANALÍTICO SOBRE LA CASUÍSTICA ACTUAL DEL DERECHO CONCURSAL

A-15 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXIX (Curso de 2006-2007), 2008.* 

A-16 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXX (Curso de 2007-2008), 2009.* 

A-17 *Anales de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, tomo XXXI (Curso de 2008-2009), 2009.* 

DISCURSOS DE INGRESO, PONENCIAS Y
COMUNICACIONES DE ACADÉMICOS

- 1 *Preocupación actual por una política de familia y relación con la política económica (Discurso de apertura del curso 1945-1946, por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Pedro Gual Villalbí), 1945.*
- 2 *El arancel universal y enciclopédico (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Carlos Arniches Barrera, y contestación por el Excmo. Sr. Don Pedro Gual Villalbí), 1947.*
- 3 *Política fiscal y su relación con una organización del Ministerio de Hacienda (Conferencia por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Alberto de Cereceda y de Soto), 1948.*
- 4 *The scourge of population growth (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Gran Bretaña, Ilmo. Sr. Dr. Don Roy Glenday M.C. y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Piqué Batlle), 1949.*
- 5 *Ciencias económicas y política económica (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Bélgica, Ilmo. Sr. Don Henry de Lovinfosse, y contestación por el Excmo. Sr. Don Santiago Marimón Aguilera), 1949.*
- 6 *Reflexiones sobre la bolsa (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Javier Ribó Rius, y contestación por el Excmo. Sr. Don Baldomero Cerdà Richart), 1949.*
- 7 *Balmes, economista (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Joaquín Buxó Dulce de Abaigar, Marqués de Castell-Florite, y contestación por el Excmo. Sr. Don José María Vicens Corominas), 1949.*
- 8 *La entidad aseguradora y la economía y técnica del seguro (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Antonio Lasheras-Sanz, y contestación por el Excmo. Sr. Don Francisco Fornés Rubió), 1949.*
- 9 *La obtención y fijación de costes, factor determinante de los resultados (Conferencia pronunciada el 12 de abril de 1951, por el Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Piqué Batlle), 1951.*
- 10 *El destino de la economía europea (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don Luis Olariaga y Pujana), 1951.*

- 11 *Hacendística de Corporaciones Locales (Conferencia por el Excmo. Sr. Don Joaquín Buxó Dulce de Abaigar, Marqués de Castell-Florite), 1951.*
- 12 *La productividad en los negocios (Texto de las Conferencias del VI Ciclo pronunciadas durante el Curso 1950-51 por los Académicos Numerarios, Excmos. Sres. Don Jaime Vicens Carrió, Don José Gardó Sanjuan, Don José M.^a Vicens Corominas, Don Juan Casas Taulet y Don Ricardo Piqué Batlle), 1952.*
- 13 *Problemas de política fiscal (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Antonio Saura Pacheco), 1952.*
- 14 *Las amortizaciones y el fisco (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don Alfredo Prados Suárez), 1953.*
- 15 *La contabilidad y la política económica empresarial (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch, y contestación por el Excmo. Sr. Don Ricardo Torres Sánchez), 1954.*
- 16 *El gravísimo problema de la vivienda (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Luis Bañares Manso, y contestación por el Excmo. Sr. Don Fernando Boter Mauri), 1954.*
- 17 *El balance de situación (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Argentina, Ilmo. Sr. Dr. Don Jaime Nicasio Mosquera), 1954.*
- 18 *El control de la banca por el Estado (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Roberto García Cairó), 1955.*
- 19 *El capital, como elemento económico-financiero de la empresa (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Luis Prat Torrent, y contestación por el Excmo. Sr. Don José María Vicens Corominas), 1955.*
- 20 *El comercio exterior y sus obstáculos, con especial referencia a los aranceles de aduanas (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Málaga, Excmo. Sr. Don Manuel Fuentes Irurozqui, y contestación por el Excmo. Sr. Don Pedro Gual Villalbí), 1955.*
- 21 *Lo económico y lo extraeconómico en la vida de los pueblos (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Barcelona, Ilmo. Sr. Dr. Don Román Perpiñá Grau), 1956.*

- 22 *En torno a un neocapitalismo (Discurso de apertura del Curso 1957-1958, el 22 de diciembre de 1957, pronunciada por el Excmo. Sr. D. Joaquín Buxó Dulce de Abaigar, Marqués de Castell-Florite), 1957.*
- 23 *Nuevas tendencias hacia la unidad económica de Europa (Conferencia por el Excmo. Sr. Don Manuel Fuentes Irurozqui), 1958.*
- 24 *Estadística, lógica y verdad (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para el País Vasco, Rvdo. Ilmo. Sr. Don Enrique Chacón Xérica), 1959.*
- 25 *Problemas relacionados con la determinación del resultado y el patrimonio (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Holanda, Ilmo. Sr. Don Abraham Goudekete), 1959.*
- 26 *Repercusión de la depreciación monetaria en los seguros mercantiles y sociales, forma de paliarla con la mayor eficacia posible (Conferencia pronunciada el 29 de enero de 1959 por el Ilmo. Sr. Dr. Don Antonio Lasheras-Sanz), 1960.*
- 27 *Modificaciones sustantivas en el Impuesto de Derechos Reales (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don José M.^a Sainz de Vicuña y García-Prieto, y contestación por el Excmo. Sr. Don José Fernández Fernández), 1960.*
- 28 *Análisis y pronóstico de la coyuntura (Conferencia pronunciada el 14 de enero de 1960, por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1960.*
- 29 *Lo social y lo económico en la empresa agrícola (Conferencia pronunciada el 21 de enero de 1960, por el Excmo. Sr. Don Ricardo Torres Sánchez), 1960.*
- 30 *Un nuevo balance. Contribución al estudio de la financiación empresarial (Conferencia por el Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Piqué Batlle), 1960.*
- 31 *Inflación y moneda (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Cristóbal Massó Escofet, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Rafael Gay de Montellà), 1960.*
- 32 *Libertad frente a intervención (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Germán Bernácer Tormo), 1960.*
- 33 *Hacia una mejor estructura de la empresa española (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don José Luis Urquijo de la Puente), 1960.*

- 34 *El torbellino económico universal (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Félix Escalas Chameni, y contestación por el Excmo. Sr. Don Joaquín Buxó Dulce de Abaigar, Marqués de Castell-Florite), 1960.*35 *Contribución de las Ciencias Económicas y Financieras a la solución del problema de la vivienda (Conferencia pronunciada el 19 de enero de 1960 por el Excmo. Sr. Don Federico Blanco Trías), 1961.*
- 36 *Horizontes de la contabilidad social (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don José Ros Jimeno), 1961.*
- 37 *¿Crisis de la Economía, o crisis de la Economía Política? (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Italia, Ilmo. Sr. Prof. Ferdinando di Fenizio), 1961.*
- 38 *Los efectos del progreso técnico sobre los precios, la renta y la ocupación (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Italia, Ilmo. Sr. Dr. Don Francesco Vito), 1961.*
- 39 *La empresa ante su futura proyección económica y social (Conferencia pronunciada el 16 de diciembre de 1961, por el Excmo. Sr. Don Luis Prat Torrent), 1962.*
- 40 *Política y Economía (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Galicia, Excmo. Sr. Dr. Don Manuel Fraga Iribarne), 1962.*
- 41 *La empresa privada ante la programación del desarrollo económico (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don Agustín Cotorruelo Sendagorta), 1962.*
- 42 *El empresario español ante el despegue de la economía (Discurso de apertura pronunciado el 13 de enero de 1963 del Curso 1962-63, por el Presidente perpetuo de la Corporación, Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Piqué Batlle), 1963.*
- 43 *La economía, la ciencia humana (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Francia, Ilmo. Sr. Prof. André Piettre), 1963.*
- 44 *Teoría y técnica de la contabilidad (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Roberto García Cairó), 1964.*

- 45 *Función social de la inversión inmobiliaria (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Piqué Batlle), 1965.*
- 46 *La integración económica europea y la posición de España (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Lucas Beltrán Flórez), Tecnos, 1966.*
- 47 *Los precios agrícolas (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Carlos Cavero Beyard, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Piqué Batlle), 1966.*
- 48 *Contenido y enseñanzas de un siglo de historia bursátil barcelonesa (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Pedro Voltes Bou, y contestación por el Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán), 1966.*
- 49 *La información económica en la Ley de las Sociedades Anónimas. Su falta de originalidad y rigor científico (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Enrique Fernández Peña), 1966.*
- 50 *La relación entre la política monetaria nacional y la liquidez internacional (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Grecia, Ilmo. Sr. Dr. Don Dimitrios J. Delivanis), 1967.*
- 51 *Dinámica estructural y desarrollo económico (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Verdú Santurde, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Roberto García Cairó), 1967.*
- 52 *Bicentenario del inicio de la industrialización de España (Texto de las conferencias pronunciadas en el XXII ciclo extraordinario durante el Curso de 1966-67, por el Excmo. Sr. Don Gregorio López Bravo de Castro, Ministro de Industria, Excmo. Sr. Dr. Don Pedro Voltes Bou, Ilmo. Sr. Don Ramón Vilà de la Riva, Excmo. Sr. Don Narciso de Carreras Güiteras; Excmo. Sr. Don Luis Prat Torrent, e Ilmo. Sr. Don Rodolfo Martín Villa, Director General de Industrias Textiles, Alimentarias y Diversas), 1967.*

- 53 *Los valores humanos del desarrollo (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Luis Gómez de Aranda y Serrano), 1968.*
- 54 *La integración económica iberoamericana. Perspectivas y realidades (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don José Miguel Ruiz Morales), 1968.*
- 55 *Ahorro y desarrollo económico (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Don Luis Coronel de Palma, Marqués de Tejada), 1968.*
- 56 *Tipos de inflación y política antiinflacionista (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Emilio Figueroa Martínez), 1969.*
- 57 *Lo vivo y lo muerto en la idea marxista (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don José Martínez Val), 1969.*
- 58 *Interrelaciones entre las ciencias económicas, geográficas y sociales (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Barcelona, Ilmo. Sr. Dr. Don Abelardo de Unzueta y Yuste), 1969.*
- 59 *La inversión extranjera y el dumping interior (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Lérida, Ilmo. Sr. Don Juan Domènech Vergés), 1969.*
- 60 *La inaplazable reforma de la empresa (Conferencia pronunciada el 21 de abril de 1969 por el Excmo. Sr. Don Luis Bañares Manso), 1970.*
- 61 *La reforma de la empresa (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Antonio Rodríguez Robles), 1970.*
- 62 *Coordinación entre política fiscal y monetaria a la luz de la Ley Alemana de Estabilización y Desarrollo (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Alemania, Excmo. Sr. Dr. Don Hermann J. Abs), 1970.*
- 63 *Decisiones económicas y estructuras de organización del sector público (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don José Ferrer-Bonsoms y Bonsoms), 1970.*

- 64 *El mercado monetario y el mercado financiero internacional, eurodólares y euroemisiones (Trabajo pronunciado en el XXIII Ciclo en el Curso 1968-1969, por el Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán), 1970.*
- 65 *El honor al trabajo (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Pedro Rodríguez-Ponga y Ruiz de Salazar), 1971.*
- 66 *El concepto económico de beneficio y su proyección fiscal (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Fernando Ximénez Soteras), 1971.*
- 67 *La rentabilidad de la empresa y el hombre (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don José Cervera y Bardera, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Luis Prat Torrent), 1972.*
- 68 *El punto de vista económico-estructural de Johan Akerman (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Luis Pérez Pardo, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Verdú Santurde), 1972.*
- 69 *La política económica regional (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Andrés Ribera Rovira, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José Berini Giménez), 1973.*
- 70 *Un funcionario de hacienda del siglo XIX: José López–Juana Pinilla (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Excmo. Sr. Dr. Don Juan Francisco Martí de Basterrechea, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1973.*
- 71 *Posibilidades y limitaciones de la empresa pública (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Juan José Perulles Bassas, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Pedro Lluch Capdevila), 1973.*
- 72 *Programa mundial del empleo (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Joaquín Forn Costa, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán), 1973.*

- 73 *La autonomía municipal: su base económico-financiera (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Juan Ignacio Bermejo Gironés, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Joaquín Buxó Dulce de Abaigar, Marqués de Castell-Florite), 1973.*
- 74 *El entorno socio-económico de la empresa multinacional (Discurso inaugural del Curso 1972-1973, por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán), 1973.*
- 75 *Compartimiento de los Fondos de Inversión Mobiliaria, en la crisis bursátil del año 1970 (Discurso inaugural del Curso 1970-1971 pronunciado el 10 de noviembre de 1970, por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán), 1973.*
- 76 *En torno a la capacidad económica como criterio constitucional de justicia tributaria en los Estados contemporáneos (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Magín Pont Mestres, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Verdú Santurde), 1974.*
- 77 *La administración de bienes en el proceso (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Miguel Fenech Navarro, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Pedro Lluch Capdevila), 1974.*
- 78 *El control crítico de la gestión económica (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para el País Vasco, Ilmo. Sr. Dr. Don Emilio Soldevilla García), 1975.*
- 79 *Consideraciones en torno a la inversión (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José Manuel de la Torre y de Miguel, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1975.*
- 80 *En torno a un neocapitalismo (Discurso pronunciado en la sesión inaugural del Curso 1957-1958 por el Excmo. Sr. Don Joaquín Buxó Dulce de Abaigar, Marqués de Castell-Florite), 1975.*
- 81 *La crisis del petróleo (1973 a 2073) (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Ramón Trías Fargas, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José María Berini Giménez), 1976.*
- 82 *Las políticas económicas exterior y fiscal (Discurso de ingreso del Académico*

- Numerario, Excmo. Sr. Don Emilio Alfonso Hap Dubois, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Juan José Perulles Bassas), 1976.*
- 83 *Contribución del cooperativismo a la promoción social (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Tarragona, Ilmo. Sr. Don Juan Noguera Salort), 1976.*
- 84 *Inflación y evolución tecnológica como condicionantes de un modelo de gestión (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Carlos Cubillo Valverde), 1976.*
- 85 *Liquidez e inflación en el proceso microeconómico de inversión (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1976.*
- 86 *El ahorro y la Seguridad Social versus bienestar general (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Valentín Arroyo Ruipérez), 1976.*
- 87 *Perspectivas de la economía mundial: el comienzo de una nueva era económica (Texto de las ponencias presentadas a las Jornadas de Estudios celebradas los días 12, 13 y 14 de mayo de 1975), 1976.*
- 88 *Consideraciones sobre la capacidad económica y financiera de España (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Juan Miguel Villar Mir), 1977.*
- 89 *Las cajas de ahorros de los países de la C.E.E. y comparación con las españolas (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Miguel Allué Escudero), 1977.*
- 90 *Reflexion sur structuration du monde actuel (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Francia, Ilmo. Sr. Don Jean Joly), 1978.*
- 91 *Sistema fiscal y sistema financiero (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Ramos Gascón, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Verdú Santurde), 1978.*
- 92 *Sobre el análisis financiero de la inversión (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Alfonso Rodríguez Rodríguez, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Manuel de la Torre y Miguel), 1978.*

- 93 *Mito y realidad de la empresa multinacional (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Mariano Capella San Agustín, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1978.*
- 94 *El ahorro popular y su contribución al desarrollo de la economía española (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don José M.^a Codony Val, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1978.*
- 95 *Consideraciones sobre la transferencia de tecnología (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don José Cervera Bardera), 1979.*
- 96 *Aspectos económicos y fiscales de la autonomía (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Laureano López Rodó, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Andrés Ribera Rovira), 1979.*
- 97 *Hacia la normalización contable internacional (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Antonio Noguero Salinas, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1980.*
- 98 *El balance social: integración de objetivos sociales en la empresa (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Enrique Arderiu Gras, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Joaquín Forn Costa), 1980.*
- 99 *La IV^a directriz de la C.E.E. (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Portugal, Ilmo. Sr. Don Fernando Vieira Gonçalves da Silva, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1980.*
- 100 *El crecimiento del sector público como tránsito pacífico de sistema económico (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Alejandro Pedrós Abelló, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Ramón Trías Fargas), 1981.*
- 101 *Función de la fiscalidad en el actual momento de la economía española (Discurso inaugural del Curso 1981-1982, pronunciado el 6 de octubre de 1981, por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Magín Pont Mestres), 1981.*

- 102 *Sistema financiero y Bolsa: la financiación de la empresa a través del Mercado de Valores (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Mariano Rabadán Fornies, y contestación por el Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Juan de Arteaga y Piet, Marqués de la Vega-Inclán), 1982.*
- 103 *La empresarialidad en la crisis de la cultura (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Ángel Vegas Pérez, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1982.*
- 104 *El sentimiento de Unidad Europea, considerando lo económico y lo social. Factores técnicos necesarios para la integración en una Europa unida y armónica (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Wenceslao Millán Fernández, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1982.*
- 105 *Insolvencia mercantil (Nuevos hechos y nuevas ideas en materia concursal) (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Miguel Casals Colldecarrera, y contestación por el Excmo. Sr. Don Joaquín Forn Costa), 1982.*
- 106 *Las sociedades de garantía recíproca, un medio para la financiación de las PME (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Pedro Castellet Mimó, y contestación por el Excmo. Sr. Don Luis Prat Torrent), 1982.*
- 107 *La economía con la intencionalidad científica y la inspiración termodinámica (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Francia, Ilmo. Sr. Dr. Don François Perroux, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1982.*
- 108 *El ámbito representativo del órgano de administración de la S.A. (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Josep M.ª Puig Salellas, y contestación por el Académico, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Polo Díez), 1983.*
- 109 *La planificación en época de crisis en un sistema democrático (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don José Barea Tejeiro, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Manuel de la Torre y de Miguel), 1983.*

- 110 *El hecho contable y el derecho (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Fernández Pirla, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1983.*
- 111 *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Rafael Termes y Carreró, y contestación por el Académico, Excmo. Sr. Don Ángel Vegas Pérez), 1984.*
- 112 *Stabilité monétaire et progrès économique: les leçons des années 70 (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Francia, Excmo. Sr. Dr. Don Raymond Barre, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1984.*
- 113 *Le chemin de l'unification de l'Europe dans un contexte non-européen, économique et politique plus vaste (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Suiza, Excmo. Sr. Don Adolf E. Deucher, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1985.*
- 114 *Keynes y la teoría económica actual (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Joan Hortalà i Arau, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Ramón Trías Fargas), 1985.*
- 115 *La contribución de J. M. Keynes al orden monetario internacional de Bretton Woods (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don José Ramón Álvarez Rendueles, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José María Fernández Pirla), 1986.*
- 116 *Dirección de empresas y estrategia: algunas analogías. Sun. Tzu, organismos vivos, y quarks (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Estados Unidos, Ilmo. Sr. Don Harry L. Hansen, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1986.*
- 117 *Aspectos económicos del urbanismo (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Girona, Ilmo. Sr. Don Jordi Salgas Rich, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Berini Giménez), 1987.*
- 118 *La contabilidad empresarial y los principios de contabilidad generalmente aceptados (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Valencia, Ilmo. Sr. Dr. Don Manuel Vela Pastor, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1989.*

- 119 *Europa y el medio ambiente (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Holanda, Excmo. Sr. Dr. Don Jonkheer Aarnout A. Loudon, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1989.*
- 120 *La incertidumbre en la economía (paradigmas, tiempo y agujeros negros) (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Ubaldo Nieto de Alba, y contestación por el Excmo. Sr. Don Ángel Vegas Pérez), 1989.*
- 121 *La metodología neoclásica y el análisis económico del derecho (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Navarra, Ilmo. Sr. Dr. Don Miguel Alfonso Martínez-Echevarría y Ortega, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Manuel de la Torre y de Miguel), 1991.*
- 122 *La ética en la gestión empresarial (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1991.*
- 123 *Europa, la nueva frontera (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Islas Baleares, Excmo. Sr. Don Abel Matutes Juan, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón), 1991.*
- 124 *Rentabilidad y creación de valor en la empresa (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Asturias, Ilmo. Sr. Dr. Don Álvaro Cuervo García, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alfonso Rodríguez Rodríguez), 1991.*
- 125 *La buena doctrina del profesor Lucas Beltrán (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Coronas Alonso, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1991.*
- 126 *La industria de automoción: su evolución e incidencia social y económica (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Rafael Muñoz Ramírez, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1991.*
- 127 *Las reacciones del derecho privado ante la inflación (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José Juan Pintó Ruiz, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Laureano López Rodó), 1991.*

- 128 *Perfeccionamiento de la democracia (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Salvador Millet y Bel, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Juan Pintó Ruiz), 1992.*
- 129 *La gestión de la innovación (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Fons Boronat, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Manuel de la Torre y de Miguel), 1992.*
- 130 *Europa: la nueva frontera de la banca (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Bélgica, Excmo. Sr. Dr. Don Daniel Cardon de Lichtbuer, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Rafael Termes Carreró), 1992.*
- 131 *El Virrey Amat: adelantado del libre comercio en América (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José Casajuana Gibert, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1992.*
- 132 *La contabilidad como ciencia de información de estructuras circulatorias: contabilidad no económica (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Andalucía, Ilmo. Sr. Dr. Don José María Requena Rodríguez, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1992.*
- 133 *Los títulos que emite la empresa y la teoría del precio de las opciones (Discurso de ingreso de la Académica Correspondiente para Valencia, Ilma. Sra. Dra. Doña Matilde Fernández Blanco, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1992.*
- 134 *Liderazgo y progreso económico (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Isidro Fainé Casas, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1992.*
- 135 *Control jurisdiccional de la actividad financiera (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera), 1993.*
- 136 *Europa y España: la lucha por la integración (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Carlos Ferrer Salat, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1993.*

- 137 *El impacto de la crisis en la economía balear (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Islas Baleares, Ilmo. Sr. Dr. Don Francisco Jover Balaguer, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Magín Pont Mestres), 1994.*
- 138 *Las inquietudes de Europa. reflexiones, sugerencias y utopías (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don José-Ángel Sánchez Asiaín, y contestación por el Excmo. Sr. Don Carlos Ferrer Salat), 1994.*
- 139 *El debate librecambio-protección a finales del siglo XX (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Francisco Granell Trías, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón), 1995.*
- 140 *De la contabilidad de los propietarios a la contabilidad de los empresarios (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Carlos Mallo Rodríguez, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Goxens Duch), 1995.*
- 141 *Economie, Europe et Espagne (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Francia, Excmo. Sr. Dr. Don Valéry Giscard d'Estaing, y contestación por el Excmo. Sr. Don Carlos Ferrer Salat), 1995.*
- 142 *Rentabilidad y estrategia de la empresa en el sector de la distribución comercial (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Andalucía, Ilmo. Sr. Dr. Don Enrique Martín Armario, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan), 1995.*
- 143 *Globalización de la empresa e integración de los enfoques no organizativos en la dirección (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Galicia, Ilmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1995.*
- 144 *Las cajas de ahorro españolas: por un modelo dinámico (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Aragón, Ilmo. Sr. Don José Luis Martínez Candial, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1996.*
- 145 *Situación actual del derecho concursal español (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Jorge Carreras Llansana, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Laureano López Rodó), 1996.*

- 146 *El desapoderamiento del deudor, sus causas y efectos en visión histórica, actual y de futuro (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Luis Usón Duch, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Juan Pintó Ruiz), 1996.*
- 147 *Balance hidráulico e hídrico de Cataluña para intentar optimizar los recursos y conseguir la máxima y más económica descontaminación del medio ambiente (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Daniel Pagès Raventós, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1996.*
- 148 *El euro (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Carles A. Gasòliba i Böhm, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1996.*
- 149 *El sistema contable en la empresa española: de la contabilidad fiscal al derecho contable a través de la imagen fiel (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Ramón Poch Torres, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Roberto García Cairó), 1997.*
- 150 *Incentivos fiscales a la inversión en la reforma del impuesto sobre sociedades (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Extremadura, Ilmo. Sr. Don Mario Alonso Fernández, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Magín Pont Mestres), 1997.*
- 151 *Notas preliminares al tratamiento de la inversión: límites al principio de sustitución en economía (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Bricall Masip, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan), 1997.*
- 152 *Aportaciones del régimen jurídico-contable al derecho concursal (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para el País Vasco, Ilmo. Sr. Don Fernando Gómez Martín, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Magín Pont Mestres), 1997.*
- 153 *Los Herrero: 150 años de banca a lo largo de cinco generaciones (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Asturias, Ilmo. Sr. Dr. Don Martín González del Valle y Herrero, Barón de Grado, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1998.*

- 154 *Perspectivas de la Unión Monetaria Europea (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Alemania, Ilmo. Sr. Dr. Don Juergen B. Donges, y contestación por el Excmo. Sr. Don Carlos Ferrer Salat), 1998.*
- 155 *La incertidumbre fiscal. Reflexiones sobre la legalidad y legitimidad del sistema tributario español (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Claudio Colomer Marqués, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Juan Pintó Ruiz), 1998.*
- 156 *La II República y la quimera de la peseta: La excepción Carner (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Juan Tapia Nieto, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón Fernández), 1998.*
- 157 *Reflexiones sobre la internacionalización y globalización de la empresa: los recursos humanos como factor estratégico y organizativo (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Don Antonio Sainz Fuertes, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Fons Boronat), 1998.*
- 158 *Adopción de decisiones en economía y dirección de empresas: problemas y perspectivas (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para la República de Bielorrusia, Ilmo. Sr. Dr. Don Viktor V. Krasnoproshin, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1999.*
- 159 *Las organizaciones empresariales del siglo XXI a la luz de su evolución histórica reciente (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Alfredo Rocafort Nicolau, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1999.*
- 160 *Epistemología de la incertidumbre (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Argentina, Ilmo. Sr. Dr. Don Rodolfo H. Pérez, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1999.*
- 161 *De Universitate. Sobre la naturaleza, los miembros, el gobierno y la hacienda de la universidad pública en España (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Joan-Francesc Pont Clemente, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José Juan Pintó Ruiz), 1999.*
- 162 *Una historia del desempleo en España (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Antonio Argandoña Rámiz, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan), 1999.*

- 163 *La concepción de la empresa y las relaciones que la definen: necesidades de pertinencia, de eficacia y eficiencia (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 1999.*
- 164 *Génesis de una teoría de la incertidumbre (Acto de imposición de la Gran Cruz de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio al Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja), 2000.*
- 165 *La empresa virtual en el marco de la sociedad de la información (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Mario Aguer Hortal, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. D. Fernando Casado Juan), 2000.*
- 166 *Gestión privada del servicio público (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Ricardo Fornesa Ribó, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Isidro Fainé Casas), 2000.*
- 167 *Los libros de cuentas y la jurisdicción privativa mercantil en España. El caso del Consulado de Comercio de Barcelona y su instrucción contable de 1766 (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don Esteban Hernández Esteve, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don José M.^a Fernández Pirla), 2000.*
- 168 *El siglo XX: el siglo de la economía (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Emilio Ybarra Churruca, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Isidro Fainé Casas), 2001.*
- 169 *Problemas y perspectivas de la evaluación y contabilización del capital intelectual de la empresa (Comunicación del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Mario Aguer Hortal en el Pleno de la Academia), 2001.*
- 170 *La empresa familiar y su mundialización (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Antonio Pont Amenós, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Isidro Fainé Casas), 2001.*
- 171 *Creación de empleo de alto valor agregado: el papel de las sociedades de capital-riesgo en la denominada nueva economía (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Suiza, Excmo. Sr. Don José Daniel Gubert, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Roberto García Cairó), 2001.*

- 172 *La nueva economía y el mercado de capitales (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Aldo Olcese Santonja, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan), 2001.*
- 173 *Gestión del conocimiento y finanzas: una vinculación necesaria (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para La Rioja, Ilmo. Sr. Dr. Don Arturo Rodríguez Castellanos, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan), 2002.*
- 174 *El sistema crediticio, las cajas de ahorros y las necesidades de la economía española (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Manuel Pizarro Moreno, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Isidro Fainé Casas), 2002.*
- 175 *La financiación de la política de vivienda en España con especial referencia a la promoción de la vivienda de alquiler (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Galicia, Ilmo. Sr. Dr. Don José Antonio Redondo López, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire), 2002.*
- 176 *Sobre la crisis actual del conocimiento científico (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Dídac Ramírez Sarrió, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alfonso Rodríguez Rodríguez), 2002.*
- 177 *Marruecos y España en el espacio euromediterráneo: desafíos y retos de una asociación siempre pendiente (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Marruecos, Excmo. Sr. Don André Azoulay, y contestación por el Excmo. Sr. Don Aldo Olcese Santonja), 2003.*
- 178 *Marketing, Protocolo y Calidad Total (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Bizkaia, Excmo. Sr. Dr. Don Francisco Javier Maqueda Lafuente, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire), 2003.*
- 179 *La Responsabilidad Social Corporativa (R.S.C.) (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para La Coruña, Ilmo. Sr. Dr. Don José M.ª Castellano Ríos, y contestación por el Excmo. Sr. Don Aldo Olcese Santonja), 2003.*
- 180 *Información corporativa, opciones contables y análisis financiero (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Madrid, Ilmo. Sr. Dr. Don José*

- Luis Sánchez Fernández de Valderrama, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire), 2004.*
- 181 *Los tribunales económico-administrativos: el difícil camino hacia la auténtica justicia tributaria (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Don Josep M.^a Coronas Guinart, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Joan-Francesc Pont Clemente), 2004.*
- 182 *Las corrientes de investigación dominantes en marketing en la última década (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Enrique Martín Armario, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire), 2005.*
- 193 *España y la ampliación europea en una economía global (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Lamo de Espinosa Michels de Champourcin, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Fernando Casado Juan), 2005.*
- 184 *China en el área geoeconómica y geopolítica mediterránea (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Italia, Ilmo. Sr. Prof. Dr. Don Giancarlo Elia Valori, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alexandre Pedrós i Abelló), 2005.*
- 185 *La integración en la UE de los microestados históricos europeos en un contexto de globalización (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para el Principado de Andorra, Excmo. Sr. Don Òscar Ribas Reig, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Francesc Granell Trías), 2005.*
- 186 *El desarrollo sostenible como soporte básico del crecimiento económico (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Lugo, Ilmo. Sr. Dr. Don José Manuel Barreiro Fernández, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire), 2005.*
- 187 *De la función de producción agregada a la frontera de posibilidades de producción: productividad, tecnología y crecimiento económico en la era de la información (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Manuel Castells Oliván, y contestación por el Excmo. Sr. Don Juan Tapia Nieto), 2006.*

- 188 *El fin de la pobreza: reto de todo economista del siglo XXI (Discurso de ingreso de la Académica Numeraria, Excm. Sra. Doña Isabel Estapé Tous, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. D. Isidro Fainé Casas), 2006.*
- 189 *Problemática jurídica de las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario del Estado (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Melilla, Excmo. Sr. Don Julio Padilla Carballada, y contestación por el Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Martí), 2007.*
- 190 *Sur les «successions coexistantes» au tournant des millénaires. Quelques reflexions épistémologiques (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Rumania, Ilmo. Sr. Dr. Don Tudorel Postolache, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Josep Casajuana Gibert), 2007.* 
- 191 *Economía y financiación de la educación (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Ricardo Díez Hochleitner, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Isidro Fainé Casas), 2007.*
- 192 *Mediterraneo e civiltà della terra (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Italia, Excmo. Sr. Dr. Don Alessandro Bianchi, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón), 2007.*
- 193 *L'Union européenne et la mondialisation du droit (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Tunicia, Ilmo. Sr. Dr. Don Abderraouf Mahboui, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Josep Casajuana Gibert), 2007.*
- 194 *Corte Penal Internacional. Posición del Gobierno de algunos Estados respecto a su jurisdicción (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para la República de Chile, Ilmo. Sr. Dr. Don Juan Guzmán Tapia, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Joan-Francesc Pont Clemente), 2008.*
- 195 *Monetary Policy Issues in an emerging economy. The case of Romania (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Rumania, Excmo. Sr. Dr. Don Mugur Isarescu, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alfredo Rocafort Nicolau), 2008.* 

- 196 *Los procesos de creación de empresas (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don Francisco Javier Maqueda Lafuente, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alfredo Rocafort Nicolau)*, 2008. 
- 197 *Neuroeconomics: from homo economicus to homo neuroeconomicus (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Polonia, Ilmo. Sr. Dr. Don Janusz Kacprzyk, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Mario Aguer Hortal)*, 2008. 
- 198 *Le bicaméralisme dans les démocraties parlementaires (Discurso de ingreso de la Académica Correspondiente para Bélgica, Excma. Sra. Dra. Janine Delruelle-Ghobert, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón)*, 2008. 
- 199 *El ámbito financiero de las políticas públicas de vivienda: la necesaria convergencia en Europa (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José Antonio Redondo, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Camilo Prado Freire)*, 2008. 
- 200 *L'impact des écarts de développement et des fractures sociales sur les relations internationales en le Méditerranée (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Argelia, Excmo. Sr. Dr. Don Mohamed Laichoubi, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón)*, 2009. 
- 201 *L'industria: passato o futuro della nostra economia? (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Italia, Excmo. Sr. Dr. Don Romano Prodi, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja)*, 2009. 
- 202 *Análisis de las políticas públicas (Discurso de ingreso del Académico Numerario, Excmo. Sr. Dr. Don José Barea Tejeiro, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alfonso Rodríguez Rodríguez)*, 2009. 
- 203 *Mechanism design: how to implement social goals (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para los Estados Unidos, Excmo. Sr. Dr. Don Eric S. Maskin, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Jaime Gil Aluja)*, 2009. 
- 204 *El choque de Culturas y Civilizaciones en el Mundo (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para la Comunidad Autónoma de Aragón, Excmo. Sr. Dr. Don José Daniel Barquero Cabrero, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. Don Alfredo Rocafort Nicolau)*, 2009. 

- 205 *L'économie politique entre science, idéologie et gouvernance. Réflexions autour de la première grande crise du XXI^e siècle (Discurso de ingreso del Académico Correspondiente para Francia, Excmo. Sr. Dr. D. Thierry De Montbrial, y contestación por el Excmo. Sr. Don Lorenzo Gascón), 2010.* 
- 206 *Macroguidance of the financial markets in transition (Discurso de ingreso de la Académica Correspondiente para Finlandia, Excmo. Sra. Dra. Dña. Sirkka Hämäläinen-Lindfors, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. D. Ramón Poch Torres), 2010.* 
- 207 *Quantitative Aggregate Theory (Discurso de ingreso de la Académica Correspondiente para Noruega, Excmo. Sr. Dr. D. Finn E. Kydland, y contestación por el Excmo. Sr. Dr. D. Jaime Gil Aluja), 2010.* 

OTRAS PUBLICACIONES Y COEDICIONES DE LA ACADEMIA

- M-1 *De Computis et Scripturis (Estudios en Homenaje al Excmo. Sr. Dr. Don Mario Pifarré Riera)*, 2003. 
- M-2 *Sesión Académica de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras en la Académie du Royaume du Maroc (Publicación del Solemne Acto Académico en Rabat el 28 de mayo de 2004)*, 2004. 
- M-3 *Una Constitución para Europa, estudios y debates (Publicación del Solemne Acto Académico del 10 de febrero de 2005, sobre el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”)*, 2005. 
- M-4 *Pensar Europa (Publicación del Solemne Acto Académico celebrado en Santiago de Compostela, el 27 de mayo de 2005)*, 2005.
- M-5 *El futuro de las relaciones euromediterráneas (Publicación de la Solemne Sesión Académica de la R.A.C.E.F. y la Universidad de Túnez el 18 de marzo de 2006)*, 2006. 
- M-6 *Veinte años de España en la integración europea (Publicación con motivo del vigésimo aniversario de la incorporación de España en la Unión Europea)*, 2006. 
- M-7 *La ciencia y la cultura en la Europa mediterránea (I Encuentro Italo-Español de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras y la Accademia Nazionale dei Lincei)*, 2007. 
- M-8 *La responsabilidad social de la empresa (RSE). Propuesta para una nueva economía de la empresa responsable y sostenible*, 2007. 
- M-9 *El nuevo contexto económico-financiero en la actividad cultural y científica mediterránea (Sesión Académica internacional en Santiago de Compostela)*, 2008. 
- M-10 *Pluralidad y unidad en el pensamiento social, técnico y económico europeo (Sesión Académica conjunta con la Polish Academy of Sciences)*, 2008. 
- M-11 *Aportación de la ciencia y la cultura mediterránea al progreso humano y social (Sesión Académica celebrada en Barcelona el 27 de noviembre de 2008)*, 2009. 

- M-12 *La crisis: riesgos y oportunidades para el Espacio Atlántico (Sesión Académica en Bilbao), 2009.* 
- M-13 *El futuro del Mediterráneo (Sesión Académica conjunta entre la Montenegrin Academy of Sciences and Arts y la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, celebrada en Montenegro el 18 de mayo de 2009), 2009.* 
- M-14 *Globalisation and Governance (Coloquio Internacional entre la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras y el Franco-Australian Centre for International Research in Management Science (FACIREM), celebrado en Barcelona los días 10-12 de noviembre de 2009), 2009.* 
- M-15 *Economics, Management and Optimization in Sports. After the Impact of the Financial Crisis (Seminario Internacional celebrado en Barcelona los días 1-3 de diciembre de 2009), 2009.* 
- M-16 *Medición y Evaluación de la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE) en las Empresas del Ibx 35, 2010.* 
- M-17 *Desafío planetario: desarrollo sostenible y nuevas responsabilidades (Solemne Sesión Académica conjunta entre l'Académie Royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Bélgica y la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de España, en Bruselas el día 8 de Junio de 2010), 2010.* 
- M-18 *Seminario analítico sobre la casuística actual del derecho concursal (Sesión académica celebrada el 4 de junio de 2010), 2010.* 

