

LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Sumario:

1. Introducción.....	3
1.1. Algunos antecedentes prelegislativos.....	4
a) Ministerio de Hacienda.....	4
b) Ministerio de Trabajo: Tesorería General de la Seguridad Social	4
a) Memoria del Ministerio de Justicia.....	5
b) Consejo General del Poder Judicial.....	5
c) Consejo de Estado	6
2. Fase de liquidación	6
2.1. Convenio <i>versus</i> liquidación	6
1.1. Liquidación anticipada	8
2.1.1.1. Obstáculos a la liquidación anticipada.....	9
2.1.1.2. Bienes y derechos afectos	10
2.1.1.3. Bienes y derechos necesarios	20
2.2. Apertura de la liquidación.....	32
2.2.1. Iniciación.....	33
2.2.1.1. Solicitud del deudor	33
2.2.1.2. Solicitud por la administración concursal.....	37
2.2.1.3. Solicitud de acreedor.....	39
2.2.1.4. Apertura de oficio.....	39
2.2.1.5. Incumplimiento de convenio	43
2.2.1.6. Publicidad	45
2.2.2. Efectos	46
1) Sobre el deudor (art. 145).....	46
2) Sobre los créditos concursales (art. 146).....	47
3) Sobre los créditos contra la masa	47
4) Otros efectos jurídicos	47
2.2.2.1. Retribución de los administradores concursales	52
2.2.3. Plan de liquidación	52
2.2.3.1. Plazo de presentación.....	52
2.2.3.2. Contenido	53
2.2.3.2.1. Recomendaciones	60
2.2.3.2.1.1. Cancelación de embargos	61
2.2.3.3. Observaciones o propuestas de modificación	69
2.2.3.4. Aprobación y recursos	75
2.2.3.5. Enajenación de bienes y derechos incluidos en el plan de liquidación	83
2.2.3.5.1. Enajenación unitaria del conjunto empresarial y derivación de responsabilidades al adquirente y sucesor	89
2.2.4. Reglas legales supletorias.....	96
2.2.5. Bienes y derechos litigiosos.....	104
2.2.6. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa.....	106
2.2.7. Informes sobre la liquidación.....	107
2.2.8. Duración de la liquidación.....	108
2.2.8.1. Cómputo <i>dies a quo</i>	110
2.2.8.2. <i>Dies ad quem</i>	110
2.2.8.3. Causas justificativas de la dilación	111
2.2.9. Pago a los acreedores	111
2.2.9.1. Pago de créditos contra la masa.....	113
2.2.9.2. Pago de créditos concursales	126
2.2.9.2.1. Pago de créditos con privilegio especial	126

2.2.9.2.2. Pago de créditos con privilegio general	128
2.2.9.2.3. Pago de créditos ordinarios	128
2.2.9.2.4. Pago de créditos subordinados	129
2.2.9.3. Pago anticipado	129
2.2.9.4. Derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario	131
2.2.9.5. Pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios.....	131
2.2.9.6. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio	132
2.2.9.7. Forma de pago de créditos.....	132
3. Conclusión de procedimiento concursal.....	132
4. Aspectos contables de la liquidación.....	134
4.1. Registros y documentos contables	134
5. Aspectos tributarios en la liquidación	136
5.1. Disposiciones finales	137
5.1.1. Responsabilidades tributarias o de la TGSS por sucesión empresarial o profesional	137
5.1.2. Comprobación tributaria de valores	142
5.2. Facturas rectificativas del Impuesto sobre el Valor Añadido	142
5.3. IVA o Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales.....	143
5.4. Nueva Ley General Tributaria.....	148
5.5. Clasificación del crédito tributario, caso de liquidación concursal	149
6. Separación de los administradores concursales	168
6.1. Pérdida de las retribuciones devengadas	168
5.2. Procedimiento	169
7. Derecho transitorio	169
7.1. Reapertura	170
7.1.1. Inventario y lista de acreedores	172
7.2. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio.....	173
7.2.1. Retribución de los administradores concursales	181
8. Rendición de cuentas.....	181
8. Bibliografía	210

LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Mi agradecimiento al Ilustre Colegio de Abogados de Burgos, particularmente al Magistrado D. José María Tapia, Coordinador y Director Técnico, por su invitación al II Curso Práctico Concursal, para participar en esta sesión dedicada a la administración concursal en la fase de liquidación del concurso, así como por el honor de compartir la tarima con la Magistrada Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano, titular del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Cádiz.

1. Introducción

La Ley concursal¹ procura el interés del concurso, sin concretar su alcance, y regula el convenio o la liquidación de manera coherente con dicho principio rector. Como aproximación al interés del concurso, en relación con las fases de convenio o de liquidación, conviene destacar su cita en un pasaje de la exposición de motivos² y en diversos preceptos³. Puede identificarse el interés del concurso con la protección del deudor (persona natural o jurídica y la herencia), de los acreedores (créditos concursales y créditos contra la masa) y de los trabajadores, así como en la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios, cuando el sujeto ejerce

¹ LEY 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE número 164, de 10 de julio).

² «La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses... 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».

³ Artículo 43. 1. En el ejercicio de las facultades de administración y disposición **sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso...** Artículo 100. 1... Excepcionalmente, **cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía**, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, **el juez del concurso podrá**, a solicitud de parte, **autorizar** motivadamente **la superación de dichos límites**. 2. **La propuesta de convenio podrá contener**, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas **las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos**. También **podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas** a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la **asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte** y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores... Artículo 148. 2... **el juez, según estime conveniente a los intereses del concurso**, resolverá mediante auto aprobar el plan [de liquidación] en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Artículo 149.1... 1ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, **el juez estime más conveniente para los intereses del concurso** su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos...

actividades profesionales o empresariales. Se promueve, por tanto, la defensa del marco socio-económico nacional, que tutela la Constitución Española de 1978 (libertad de empresa⁴ y pleno empleo⁵), para coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas y en el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Desde el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, hasta el 31 de diciembre de 2007 (cerca de tres años y medio), se han declarado en España 3003 concursos de acreedores⁶.

No se dispone de estadísticas sobre el número de concursos en los que se haya aprobado convenio o hubiesen finalizado por liquidación, aunque es probable, por las noticias recibidas, que la gran mayoría de los concursos en tramitación ¿más del 90 %? terminen en liquidación. Las causas de esta situación de hecho pueden atribuirse, cuando el deudor es empresario o profesional, al estigma social y a la pérdida de crédito que comporta, así como que el concurso de acreedores no ha calado aún en la cultura empresarial como herramienta de gestión, para afrontar la superación de dificultades económico-financieras.

1.1. Algunos antecedentes prelegislativos

Al Borrador de Anteproyecto de Ley concursal, presentado por la Ponencia Especial de la Comisión General de Codificación, en septiembre de 2000, se refiere la siguiente recensión, sobre la liquidación concursal, después de espigar los informes de algunos departamentos ministeriales:

a) Ministerio de Hacienda

«14. Pago de los créditos contra la masa. Otra cuestión relevante para el Ministerio de Hacienda es la previsión del Anteproyecto de que los créditos tributarios devengados (nacidos) con posterioridad a la declaración del concurso tengan naturaleza de créditos contra la masa, con lo que su reconocimiento y ejecución correspondería al Juez del concurso en el caso de liquidación. Se plantea, así, el problema de cómo compaginar estas facultades del Juez del concurso con las potestades administrativas sobre reconocimiento y liquidación de créditos y la introducción de importantes limitaciones para el ejercicio de las potestades ejecutorias de este tipo de créditos, que quedan diferidos hasta la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o a un año desde la declaración del concurso, en otro caso. Este efecto suspensivo sobre los llamados créditos postconcursoales también puede tener su coste económico para la Hacienda Pública, aunque su fundamento es preservar al máximo la integridad de la masa activa del concurso».

b) Ministerio de Trabajo: Tesorería General de la Seguridad Social

«3. Liquidación de la masa. La disposición derogatoria única deja sin efecto, entre otros, los artículos 912, 913 y 914 del Código de Comercio y los artículos 1912 a 1920 del Código Civil, y, en caso de concurso, la calificación y graduación de los

⁴ Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

⁵ Artículo 40. 1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo...

⁶ Boletín mensual de estadística, INE, 3 de noviembre de 2006.

créditos concurrentes se regirá por lo establecido en la Ley concursal. La graduación del crédito, en concreto, se efectúa por el orden establecido en el art. 90 en relación con el 155 de la Ley concursal. Esto viene a significar que, hecha abstracción de los créditos que gocen de privilegio especial y de los créditos postconcursoales, en los que se da por supuesto que van a ser satisfechos con los bienes de la masa, se atenderán al pago de los demás por el orden establecido en el art. 90:

- 1) Los créditos por salarios... correspondientes a los seis meses anteriores a la declaración del concurso.
- 2) Los créditos por trabajo personal no dependiente devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.
- 3) Los créditos por responsabilidad civil extra contractual.
- 4) Los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido devengados en los seis meses anteriores a la declaración del concurso...
- 5) Los créditos tributarios que no gocen de privilegio especial... hasta el 10% del importe de la masa pasiva.
- 6) Los créditos por cuotas de la Seguridad Social, hasta el 10% del importe de la masa pasiva.
- 7) Los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso hasta la cuarta parte de su importe.

De la simple lectura de esta regulación se puede concluir que, al anteponer todos los créditos señalados en los puntos 1 al 5, se hacen absolutamente ineficaces las posibilidades de cobro del crédito de la Seguridad Social, sin que objetivamente exista fundamento alguno para privilegiar seis meses de salarios o de indemnizaciones y mucho menos a los créditos extracontractuales y los que tengan su origen en el trabajo personal no dependiente prestado al concursado».

Sobre el anteproyecto de Ley concursal, preparado por el Ministerio de Justicia, de septiembre de 2001, he seleccionado, en lo relativo a la liquidación, los siguientes informes:

a) Memoria del Ministerio de Justicia

Que acompaña el citado anteproyecto: «El procedimiento de liquidación se regula de una forma flexible, a fin de que pueda alcanzar todos los objetivos que aparentemente pudieran conseguir mejor una liquidación extrajudicial, pero sometiéndolo siempre al control del Juez del concurso, como medida fundamental para evitar los abusos a que puede dar lugar la liquidación privada convenida. Así, pueden destacarse medidas como la aprobación de un plan de liquidación sin exigir requisito sustantivo alguno, salvo la necesaria aprobación judicial, previa audiencia de todos los interesados e informe de la Administración Judicial, y la obligación de que, salvo circunstancias excepcionales, los conjuntos patrimoniales susceptibles de constituir unidades productivas de bienes o de servicios se enajenen como un todo, admitiéndose incluso la enajenación directa si la subasta fracasa, siempre bajo el control judicial».

b) Consejo General del Poder Judicial

En su informe de fecha 6.11.2001, señala: «Conviene destacar que la solicitud de liquidación por los acreedores obliga a que se “acredite la existencia de algunos hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso” (art. 141.4), cuestión que ya se probó en el contradictorio que dio lugar a la declaración del concurso necesario, por lo que, en principio, no parece muy lógica la inclusión de esta previsión, cuando, además, a estas alturas del procedimiento se conoce la situación económica del deudor.

Particular mención dentro de esta Sección merece la regulación de la enajenación de los bienes y derechos sobre cuya titularidad esté promovida cuestión litigiosa, la prohibición de que los administradores judiciales puedan adquirir bienes y derechos de la masa activa, la obligación que pesa sobre dichos administradores de informar periódicamente -cada tres meses- sobre el estado de las operaciones y la separación de los mismos por prolongación indebida de su función, por el transcurso de un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que ésta hubiere finalizado, cuando no existiere causa que justifique la dilación, previsión que ha de reputarse útil y beneficiosa en cuanto estimula la rapidez en la ejecución de la liquidación».

c) Consejo de Estado

En su informe de fecha 23.03.2002, indica: «La práctica de la liquidación. El Anteproyecto se remite al efecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 148 y 182). Pero una de las fuentes habituales del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia del que viene conociendo este Consejo se ha encontrado en los últimos años -al menos, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley procesal civil- justamente en la fase ejecutiva del proceso y en la venta de bienes del deudor y por el procedimiento de subasta, donde es muy difícil conseguir adjudicar esos bienes a un precio real de mercado, con evidente perjuicio para el deudor y para los acreedores de éste. Debería evitarse, en consecuencia, que el objetivo del Anteproyecto de modernizar y agilizar el procedimiento de concurso se frustrase parcialmente en la fase final de liquidación, al no poder realizar los bienes del concursado de la manera más favorable a los créditos del concurso».

2. Fase de liquidación

Finalizada la fase común, una vez transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, el Juez dictará la resolución que proceda (art. 98 de la Ley concursal), que consistirá en Auto poniendo fin a la fase común y abriendo la fase de convenio (art.111.1) o la fase de liquidación (art. 142.2).

2.1. Convenio *versus* liquidación

La fase de convenio puede ser un viaje de ida y vuelta, es decir, una vez tramitada, si no se alcanza convenio o, una vez aprobado, se incumple, se abre la fase de liquidación.

Sin embargo, abierta fase de liquidación no tiene vuelta atrás. Ello no significa que solicitada la liquidación por el deudor no pueda ser revocada, como se pone de manifiesto en Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid, de fecha dieciséis de marzo de dos mil seis, que trata sobre si el deudor, una vez que ha optado explícitamente por la liquidación, en su solicitud de la declaración de concurso, puede rectificar y optar por la presentación de una propuesta de convenio, en el curso del procedimiento, y resuelve afirmativamente: «I.- ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Mediante escrito presentado en fecha 27 de enero de 2006 la representación procesal de la entidad Tacondi, S.L. presentó escrito al que mediante otrosí digo integraba propuesta de convenio cuyo contenido aquí damos íntegramente por reproducido.

SEGUNDO.- Mediante providencia de fecha 17 de febrero de 2006 se requirió a la entidad concursada para la subsanación de los siguientes defectos: "A) Que especifique

si las fechas señaladas para pago en la propuesta de espera y en el plan de pagos debe entenderse que da lugar a que el último día del plazo de pago se satisfará a todos los acreedores, o para el caso de no ser así que se establezcan las distintas fechas fijadas para el pago de la deuda en función de cada acreedor o grupo de acreedores. B) Que complete el Plan de Viabilidad haciendo constar los siguientes puntos: 1.- Que especifique los recursos necesarios para el cumplimiento del Convenio; 2.- Que identifique y concrete los medios y condiciones para la obtención de tales ingresos; 3.- Que especifique los compromisos de los terceros en la aportación de los referidos ingresos. C) Habida cuenta que en el Plan de Liquidación presentado por la entidad concursada se hace constar sin concreción que el pago de la deuda -una vez aplicada la quita- se llevará a cabo mediante ampliaciones de capital, es menester que la entidad concursada plasme en la Propuesta de Convenio no solo el Plan de Ampliaciones de Capital que se propone, y la identificación de los terceros que asumen la obligación de contratar la ampliación de capital -lo cual deberá ser plasmado, como ya ha quedado dicho en el Plan de Viabilidad- sino que deberá fijarse el importe de la obligación de futuro que asumen y el compromiso de asunción firmado por los referidos terceros, quienes se encuentran obligados a suscribir el Convenio (artículo 99.1 LC)".

TERCERO.- Mediante escrito presentado en fecha 1 de marzo de 2006 la representación procesal de la entidad concursada evacuó el traslado conferido por la citada providencia de 17 de febrero de 2006 en los términos que constan en los autos.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- 1. En el presente procedimiento, la entidad concursada, a pesar de haber manifestado con su solicitud de declaración de concurso (hecho tercero) su opción por la liquidación de la empresa -por lo que aportaba junto con la solicitud el plan de liquidación como documento núm. 10-, presentó escrito el día 27 de enero de 2006 mediante el cual ponía en conocimiento del Juzgado que había "decidido desistir de la inicial solicitud de liquidación y dirigir a los acreedores una propuesta de convenio" (alegación segunda del aludido escrito). Ninguna objeción puede hacerse a la opción inicial realizada por la entidad concursada habida cuenta de que es el artículo 142.1.1º LC el que prevé de manera expresa que el propio deudor puede solicitar la liquidación "con la solicitud de concurso voluntario". Para tal supuesto, el artículo 6.4 LC dispone que el deudor "deberá acompañar(se) propuesta de plan de liquidación", a lo que -como hemos señalado- dio cumplimiento la entidad concursada. La cuestión que se plantea como mérito de la propuesta de convenio presentada, con el escrito de 27 de enero de 2006, es si una vez que el deudor ha optado explícitamente por la liquidación de su empresa cabe que, en el curso del procedimiento, rectifique y opte por la fase de convenio mediante la presentación de una propuesta. Debemos partir de que el artículo 104.1 LC al regular la legitimación y el plazo para la presentación de la propuesta anticipada de convenio atribuye legitimación sólo al "deudor que no hubiese pedido la liquidación". De parecido modo se pronuncia el artículo 113.1 LC cuando establece que "podrá presentar ante el Juzgado que tramite el concurso propuesta de convenio el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación". Por último, el artículo 114.1 LC se muestra categórico cuando dispone que "si estuviese solicitada la liquidación por el concursado, el juez rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta".

2. A pesar del tenor de los textos que acabamos de reproducir, lo cierto es que no existe en la Ley Concursal ningún precepto que establezca la irrevocabilidad de la solicitud de liquidación expresada por el deudor -evidentemente antes de la apertura de la fase de liquidación-. Por tanto, haciendo una lectura del texto legal conforme al principio *favor convenii* (Exposición de Motivos Apartado VI) lo que parece que quieren poner de manifiesto los aludidos preceptos es la absoluta incompatibilidad entre la fase de

convenio y la fase de liquidación, las cuales no pueden tramitarse de manera simultánea. Con tales preceptos se persigue impedir las siguientes situaciones: a) que se puedan admitir propuestas de convenio presentadas por los acreedores cuando el deudor tenga solicitada la liquidación; y b) que el deudor pretenda mantener una situación incompatible consistente en la petición de apertura de la fase de liquidación y la presentación de una propuesta de convenio. De ahí que, siguiendo a la mejor doctrina concursalista, debemos entender que es posible la presentación de la propuesta de convenio por parte del concursado, aunque previamente hubiera manifestado su opción por la liquidación de su actividad empresarial o profesional, si con aquella pretende reconducir el procedimiento evitando su inicial opción. Esta solución ya había sido adelantada por este Juzgado en el texto de la providencia de fecha 17 de febrero de 2005, mediante la cual a la par que se requería a la entidad concursada para que subsanara determinados defectos apreciados en la propuesta de convenio ordinario presentada, se tenía por revocada la petición de liquidación efectuada por la entidad concursada con la solicitud de declaración de concurso...». D. Antoni Frigola i Riera.

Hualde López considera: «En definitiva, la actividad que desarrolla el deudor, cuando se retracta de manera unilateral y sin necesidad de la conformidad de la parte que pueda resultar afectada desfavorablemente, de la presentación de su solicitud de apertura de la fase de liquidación, constituye revocación y no desistimiento. Desde el punto de vista práctico, ello desatará una serie de consecuencias, ya que una y otro se encuentra sujetos a un régimen procesal diverso. Al respecto, en tal supuesto de revocación de la solicitud de liquidación no debe admitirse, a diferencia de lo apuntado, la posibilidad de oposición por parte interesada, lo que no significa que el Juez del concurso quede vinculado al escrito de revocación del concursado. Aquél resolverá atendiendo o desatendiéndolo en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y de los intereses generales del concurso. No obstante, en atención a tal fin, el órgano judicial podría, si lo estimase conveniente, dar audiencia a las partes que puedan verse perjudicadas por la estimación del referido escrito de revocación del deudor».

1.1. Liquidación anticipada

En la Ley concursal se regula la propuesta anticipada de convenio (arts. 104110), pero no se contempla la liquidación anticipada, aunque el art. 43 permite la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, durante la fase común, con autorización del Juez, como se pone de manifiesto en la práctica concursal, cuando se comprueba su depreciación o un coste de conservación desproporcionado a su valor de recuperación, como se observa en el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Bilbao (D. Edmundo Rodríguez Achútegui), de fecha 10 de enero de 2005, durante la fase común, que aprueba la petición de vender o transmitir la totalidad de la cabaña de animales propiedad de las sociedades en concurso a un tercero o terceros, por el precio y condiciones que la administración concursal autorice para el buen fin del concurso, de forma que mediante dicha venta se evite la situación planteada [falta de liquidez que impide la conservación de un activo que precisa todos los días de alimentación para conservar e incrementar su valor], al asumir el comprador a partir de ese momento la obligación de conservación de los animales, bien directamente, bien mediante la contratación de los servicios necesarios a la sociedad o sociedades del concurso que procedan, y autoriza, hasta que dichas ventas puedan llevarse a cabo y se formalicen, a disponer de las cantidades depositadas en la cuenta en la que se encuentra depositado el fruto de la venta de los animales, al parecer pignorados a favor de «Banco Popular Español, SA» y «Banco Urquijo, SA», en la cuenta de «Bancaja», en la estricta medida

necesaria para atender los gastos de manutención, cuidado sanitario y sacrificio de los animales, incluyendo en estos últimos los de personal preciso a tal fin, siempre previa conformidad de la administración concursal, que podrá reducir el monto que solicite la concursada, debiendo destinarse el producto de la venta de reses a reponer los saldos dispuestos en dicha cuenta o, en su caso, y previa autorización de la administración concursal, a las mismas necesidades citadas de los animales que resten sin vender, hasta el momento de su sacrificio. De igual modo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Madrid (D. Antoni Frigola i Riera), de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco, autoriza la venta de bienes (existencias y maquinaria) y derechos de propiedad industrial, a solicitud de la administración concursal, con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación. También, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 4 de Madrid (D. Enrique García García), de fecha 11 de octubre de 2005, se autoriza la venta directa de bienes muebles, durante la fase común: «RAZONAMIENTOS JURIDICOS. SEGUNDO.- El artículo 43.2 de la Ley Concursal solo permite enajenar bienes y derechos de la masa activa, antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación, si se obtiene autorización judicial para ello. Ésta deberá ser otorgada por el juez si advierte que la finalidad de la operación no es una simple liquidación anticipada de la masa activa sino que responde a un propósito, en última instancia, de conservar el soporte patrimonial que ha de responder ante los acreedores. Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés...».

2.1.1.1. Obstáculos a la liquidación anticipada

Sin embargo, para evitar la liquidación anticipada, el art. 56 dispone: «1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación».

Esta prohibición de acciones de ejecución forzosa de garantías reales (hipoteca mobiliaria e inmobiliaria; prenda con o sin desplazamiento; prenda de derechos de crédito; pignoración de valores; reserva de dominio inscrita en el registro correspondiente, según LVPBM), se refiere a determinados bienes y derechos afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso, si antes no se hubiera acordado la liquidación (privilegio *ex iure creditii* de ejecución separada). Parece ser que estos créditos conservan el derecho de ejecución separada sobre bienes en garantía no afectos (y no necesarios) a la actividad profesional o empresarial del deudor, así como cuando transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

«Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior [bienes y derechos afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor], las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de

inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad».

La misma prohibición se establece, respecto de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, para los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles y menciona los cedidos en *leasing* (privilegio *ex iure dominii* de ejecución separada).

2.1.1.2. Bienes y derechos afectos

La expresión “bienes y derechos afectos” no se encuentra en los Códigos. Sin embargo, la introducción del Plan General de Contabilidad español⁷ cita: «...los derechos sobre los bienes afectos a la operación [arrendamiento financiero] deben contabilizarse como activo». En la legislación tributaria se menciona: «1. Los adquirentes de bienes afectos por Ley al pago de la deuda tributaria...», en art. 79 de la Ley General Tributaria, y en el art. 35 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: «Se considerarán gastos de investigación y desarrollo, incluidas las amortizaciones de los bienes afectos a las citadas actividades...», así como el art. 84: «... se integrarán en la base imponible las rentas derivadas de buques o aeronaves o de bienes muebles afectos a su explotación...», y en el 94: «1. El régimen previsto en el presente capítulo [Régimen especial de fusiones, escisiones, etc.] se aplicará...a las aportaciones no dinerarias en las que concurran los siguientes requisitos: a) Que la entidad que reciba la aportación... realice actividades en España, por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados». En la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se concreta: «Artículo 29. Elementos patrimoniales afectos. 1. Se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica: a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente. b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se consideran afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica. c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros. 2. Cuando se trate de elementos patrimoniales que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad económica, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles. Reglamentariamente se determinarán las condiciones en que, no obstante su utilización para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante, determinados elementos patrimoniales puedan considerarse afectos a una actividad económica. 3. La consideración de elementos

⁷ La Ley 16/2004, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE 5 de julio de 2007), modifica el Código de Comercio (arts. 34 a 49); el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 163 a 167, 171 a 176, 199 a 202, 213, 260 y 262); la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 79, 82, 104 y 142). En sus disposiciones adicionales, entre otras, modifica la Ley de Cooperativas (arts. 45, 48, 51, 75 y 85) y en disposición final previene su entrada en vigor el 1 de enero de 2008. Su incidencia en los procedimientos concursales es evidente e ineludible su estudio, que excede la finalidad de estos apuntes, aunque haré referencia a su articulado cuando observe concordancia.

patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de éstos, en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges».

Sobre esta cuestión, relativa a bienes afectos a la actividad del deudor, se trata en las siguientes resoluciones judiciales:

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de fecha 14 de enero de 2005: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Mediante auto de fecha 20 de septiembre de 2004 este juzgado declaró en concurso voluntario a la entidad MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000, S. L. SEGUNDO.- Ante la inminente celebración de subasta del inmueble sito en la calle Camino de la Huerta nº 59 de Alcobendas, merced a la ejecución hipotecaria que se tramitaba con el nº 567/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas a instancia de La Caixa, la representación de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 SL solicitó que se suspendiesen dichas actuaciones. TERCERO.- Recibido por vía urgente informe favorable de la administración concursal, por auto de 10 de noviembre de 2004 este juzgado requirió la suspensión de la mencionada subasta y comunicó mediante exhorto al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas que la posible reanudación de las actuaciones de ejecución durante la tramitación del concurso quedaba sometida a la jurisdicción de este Juzgado de lo Mercantil. CUARTO.- Por la representación de La Caixa se presentó recurso de reposición contra dicha resolución, del cual se confirmó traslado a las demás partes personadas, oponiéndose al mismo el deudor concursado y la administración concursal.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS. PRIMERO.- La acreedora La Caixa, invocando la infracción del nº 2 del artículo 56 de la Ley Concursal, considera que no procedía la suspensión de la ejecución hipotecaria que de modo separado pretendía seguir contra el inmueble sito en la calle Camino de la Huerta nº 59 de Alcobendas, propiedad de la concursada, MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 SL. Apoya tal alegato en tres razones: 1º) que al tiempo de la declaración de concurso ya estarían publicados los anuncios de subasta del bien ejecutado; 2º) que no está acreditado que el inmueble sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la deudora; y 3º) que ni siquiera se trata de un bien afecto a la actividad del concursado.

SEGUNDO.- La regla que impone el nº 2 del artículo 56 de la Ley Concursal es la procedencia de la suspensión, desde la declaración del concurso, de las actuaciones de ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad del concursado. Al contemplar la excepción a tal regla general la frase final del nº 2 del artículo 56 de la Ley Concursal se refiere al supuesto en que los anuncios de subasta del bien o derecho afecto ya estuvieran publicados. Debe resaltarse que la expresión legal "ya estuvieran publicados los anuncios" lo es en plural, por lo que bastaría con que la última de las publicaciones (siguiendo el criterio que la propia ley concursal apunta en sus artículos 20.4 y 21.1.50) acordadas por el juzgador en el procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo de los artículos 645 y 668 de la LEC, fuese posterior a la declaración de concurso, para que ya no debiera apreciarse lo que no es sino una excepción a la regla de la suspensión. De modo que estando acreditado mediante prueba documental que, en el caso de la subasta instada por La Caixa, al menos dos de los anuncios se publicaron en sendos periódicos el 23 de septiembre y el 3 de octubre de 2004, es decir, con posterioridad al auto de declaración del concurso, de fecha 20 de septiembre de 2004, no debe aplicarse la excepción a que se refiere dicho precepto legal, aunque el acreedor hipotecario haya revelado ahora la existencia, además, de un edicto (el publicado en el tablón de anuncios del juzgado) que sí era anterior.

TERCERO.- A diferencia de lo que defiende el acreedor hipotecario, no resulta preciso exigir en el presente caso que el inmueble cumpla además el requisito de tratarse de un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El n° 2 del arto 56 de la Ley Concursal solo alude a este requisito, que supone un plus respecto al concepto de bien afecto a que se refiere el n° 1 del mismo precepto legal, para el caso de que los anuncios hubiesen sido anteriores a la declaración de concurso. Si, como ya se ha comprobado, no se da ese primer presupuesto no habrá lugar a analizar la concurrencia del segundo.

CUARTO.- Lo que indudablemente sí resulta preciso, para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, en virtud de la remisión del n° 2 artículo 56 de la Ley Concursal al precedente n° 1, que regula la paralización de este tipo de acciones cuando todavía no están comenzadas (y de la reiteración del término afecto en el propio n° 2), es que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. La afección es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes. Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo.

La condición de afecto del bien sito en la calle Camino de la Huerta n° 59 de Alcobendas, propiedad de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 SL, no resulta desvirtuada por las alegaciones de la acreedora hipotecaria, puesto que en dicho inmueble ha radicado durante años el domicilio social de la sociedad ahora concursada (así consta en las escrituras públicas y en las cuentas depositadas hasta el año 2001). Y aunque medió luego un cambio registral de domicilio, lo cierto es que las oficinas de la sociedad y su domicilio real se encuentran, según consta en el informe de la administración concursal (pág. 9), precisamente en el inmueble sito en la calle camino de la Huerta n° 59 de Alcobendas, en tanto que en la Avenida del Doctor Arce n° 14 (domicilio registral) lo que radica es una empresa dedicada a la domiciliación de sociedades sin que en la actualidad esté dada allí de alta la concursada. Por eso en dicha sede física de la calle Camino de la Huerta n° 59 de Alcobendas, que constituye su centro operativo real, se han producido las diversas reuniones de la administración concursal con el administrador (para la comprobación de caja y cuentas corrientes y para aclarar y confirmar saldos del inventario y lista de acreedores, como consta en la documentación anexa al informe de la administración concursal).

La acreedora menciona que en dicho inmueble moran personas vinculadas a la empresa y, en concreto, su administrador. Sin embargo, es de reseñar, que no se trata, en este caso, de la vivienda particular de un comerciante individual, lo que podría separarse de su organización empresarial, sino de un inmueble que forma parte del inmovilizado material de la persona jurídica concursada (así venía reflejado no sólo en la contabilidad del ejercicio 2003 sino también en los años anteriores), que como sociedad mercantil que es tiene por definición afectos sus bienes al desarrollo de su objeto social (que en este caso comprende tanto la actividad en el sector inmobiliario como la prestación de diversos servicios, entre ellos la asistencia a otras entidades), y que constituye además su única sede física, lo que significa que se trata de un elemento patrimonial que posee la empresa para, al menos potencialmente, su uso en la producción o suministro de bienes y servicios. Si además existen precaristas éstos deberán ser desalojados en cuanto así se les exigiera en interés del concurso.

QUINTO.- No se trata de desconocer la protección legal de que goza el acreedor hipotecario por la tenencia de una garantía real, sino de hacer efectivos los mecanismos de coordinación que ha previsto la ley concursal (art. 56.2), que suponen una mera paralización temporal de la acción separada de aquél en aras al interés general de todos los acreedores ya la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para ésta, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación. No ha de olvidarse que el inmueble en cuestión es el único activo con valor real, y además muy relevante (entre millón y medio y dos millones euros), de la empresa, con lo que su prematura liquidación conllevaría la despatrimonialización de la concursada en perjuicio de la masa pasiva del concurso. Por eso la posible reanudación de las actuaciones de ejecución durante la tramitación del concurso quedará sometida a la jurisdicción de este Juzgado de lo Mercantil, a tenor de lo previsto en el artículo nº 57 de la Ley Concursal.

SEXTO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de este recurso, ya que por razones de urgencia, dada la inminencia de la fecha prevista para la celebración de la subasta, no medió tiempo suficiente para cumplir el requisito de audiencia, lo que mediante este trámite, como consecuencia de la fórmula añadida a la parte dispositiva del auto notificado a la acreedora afectada, resulta debidamente atendido.

PARTE DISPOSITIVA. Desestimo el recurso de reposición interpuesto por la representación de La Caixa contra el auto dictado el 10 de noviembre de 2004 por este Juzgado, que requirió la suspensión de la subasta que se iba a celebrar de modo inminente a instancia de la recurrente, en relación con el inmueble sito en la calle Camino de la Huerta nº 59 de Alcobendas propiedad del concursado MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 S. L. No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de este recurso.

Así lo acuerda, manda y firma el Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, D. Enrique García García».

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Lleida, de fecha 28 de noviembre de 2005, declara la validez de la ejecución, mediante compensación, de depósito bancario pignorado por un tercero a favor del deudor, por no estar afecto a la actividad empresarial del concursado: «La segunda impugnación a la cuantía está referida a la apropiación indebida por LA CAIXA de la garantía pignoratícia. La actora incidental entiende que el inmovilizado financiero ha sufrido un detrimento de 300.000 € por la ejecución unilateral de una garantía prestada por la sociedad VAN DER HOOP EFFREKTENBANK N.V.; ejecución que de conformidad con el art. 55 no podía realizar en ningún caso, siendo nula la acción realizada por LA CAIXA.

En el acto del juicio la demandada incidental, LA CAIXA contesta oponiéndose al indicar que se trata de una relación contractual exclusivamente entre LA CAIXA y ROELEN VARKENS SPAINS S.L. no siendo por tanto la entidad financiera VAN DER HOOP EFFERKTENBANK N.V., parte en dicho contrato. Y el contrato firmado por las partes desde luego autoriza en caso de impago del crédito hipotecario, acudir al depósito garantizado, que es un crédito con privilegio especial sobre un bien que no está afecto a la actividad empresarial, y por tanto realizable, tiene razón la parte demandada. Desde luego del contrato acompañado en el acto del juicio, el documento solamente está suscrito por la concursada y LA CAIXA. Y se trata de un contrato de depósito, realizado por ROELEN VARKENS SPAIN S.L. y sobre el cual constituye una prenda en garantía de un crédito que realiza con la entidad ahora acreedora. Efectivamente VAN DEL HOOP EFFERKTENBANK no aparece en tal contrato. La Jurisprudencia

en relación con este tipo de contrato ha señalado lo siguiente: S.T.S. Sala 11 de 25 junio 2001: "Esta Sala en Sentencias de 19 de abril y de 7 de octubre de 1997 ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:

A) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el "*tantundem*". B) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses. C) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria. D) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto Comisorio contiene el artículo 1.859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición. La admisión, en virtud de tal doctrina, de esta clase de prenda - que actualmente ha adquirido gran desarrollo-determina que en el caso que nos ocupa el crédito del acreedor pignoraticio, excluya los de todos los demás acreedores hasta donde alcance el valor del derecho pignorado, según establece el artículo 1926.1 del Código Civil".

-S.T.S. Sala la de 26 septiembre 2002, Ponente O'Callaghan Muñoz, Xavier: "La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor *pignaticio* se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda". Por tanto, frente a aquello que alega la actora incidental, que se ha producido una ejecución unilateral con infracción del art. 55 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, solo puede aceptarse que efectivamente existe una prenda, con garantía real, que permite la realización del depósito por parte de la entidad titular del derecho de crédito. Y es, como la jurisprudencia ha señalado, un derecho de crédito real, por tanto no sometido a la norma que regula el citado art. 55, "ejecuciones y apremios", sino al art. 56 "paralización de ejecuciones de garantías reales", que inicia su núm. 1 con el literal "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado,..."; y no cabe duda que LA CAIXA es un acreedor con garantía real.

Y como es así, conforme al art. 56 de la Ley Concursal, Ley 22/03 de 9 de julio, puede realizar su crédito sin problema alguna, porque el depósito que garantizaba el crédito, no está afecto a la actividad empresarial del concursado que es conforme a la solicitud de concurso, "la actividad ganadera en el más amplio sentido, incluyendo la adquisición, cría, engorde, transporte, transformación, integración y comercialización de los animales y de todos sus productos, especialmente hacia el extranjero". Y así además, porque aún cuando conste en el activo de la deudora, como pretende ésta en el incidente, tampoco es en perjuicio de los acreedores, ya que siempre se hará pago el acreedor titular de la prenda antes que el resto. Por tanto en este punto no es posible la admisión de la solicitud de la actora incidental». D. Eduardo Enrech Larrea.

El Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Barcelona, por Auto de fecha veinticuatro de mayo de dos mil seis, en relación con la ejecución hipotecaria de bienes no afectos a actividades empresariales o profesionales, declara su incompetencia objetiva, precisamente porque el bien hipotecado objeto de la ejecución no se halla afecto a la actividad empresarial o profesional del concursado: «ANTECEDENTES DE HECHO. UNICO.- Que por..., Procurador de los Tribunales y de la CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, se ha presentado demanda de ejecución hipotecaria contra la concursada Doña Filomena. Por providencia se acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que a su derecho conviniese sobre la competencia objetiva de este Juzgado.

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

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación. PARTE DISPOSITIVA: Que debía acordar y acordaba declarar la incompetencia objetiva de este Juzgado para conocer de la demanda de ejecución interpuesta por..., Procurador de los Tribunales y de la CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, y el archivo de las actuaciones, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Contra este auto no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio de que las partes reproduzcan la cuestión en la apelación más próxima siempre que formulen protesta en el plazo de cinco días». D. Jose María Ribelles Arellano.

El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 12 de enero de 2006, no considera bienes afectos los integrados en el circulante (existencias): «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO. El Banco Popular Español, SA es titular de un préstamo hipotecario, sobre un determinado número de plazas de garaje, otorgado con la Sociedad Anónima Canaria de Obras -S.A.C.O.- incurso en concurso de acreedores. Ante el impago de las amortizaciones parciales e intereses pactados el Banco Popular Español, SA consideró vencida y exigible anticipadamente la obligación

de amortización total del préstamo e instó procedimiento de ejecución dineraria sobre bienes hipotecados. Por Providencia de 22 de febrero de 2005 el Juzgado Mercantil no dio lugar a la admisión de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, de conformidad con el art. 56 de la Ley de Concursal, al estar la entidad demandada en concurso de acreedores, al considerar el *iudex a quo* que las plazas de garaje hipotecadas son bienes «afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad». Contra la referida providencia el Banco actor interpuso recurso de reposición que fue desestimado por el auto de 26 de abril de 2005 recurrido ahora en apelación. El citado auto tomado como base el informe de los administradores concursales, centrado a su vez en lo dispuesto en el art. 27. 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al cual remite el Impuesto de Sociedades, considera las plazas de garaje como bienes afectos a la actividad empresarial de la sociedad mercantil concursada, pues mediante su venta se obtienen rendimientos económicos propios de su actividad empresarial. Además, tales activos son existencias con fin polivalente, en cuanto pueden ser destinadas a la venta, al alquiler o a ser utilizados por la empresa. Aunque inicialmente están adscritas al concepto de existencias pueden ser eventualmente transferidas al inmovilizado de la empresa.

SEGUNDO. A juicio del Banco Popular Español, SA, parte apelante, se realiza una interpretación extensiva del art. 56 de la Ley Concursal que perjudica a los acreedores con garantía real, donde la Ley dice «bienes afectos a la actividad empresarial» acaba interpretando el juzgador a quo «bienes que contribuyen a la actividad económica» de la empresa. Bien «afecto» es el destinado con carácter permanente a una actividad empresarial. El Plan General de Contabilidad desarrollado para las empresas constructoras por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993 dice que el inmovilizado «comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa». Así pues en sentido literal (art. 3.1 CC) bienes afectos son los destinados de modo permanente a la elaboración o creación de otros bienes. Atendiendo a un criterio interpretativo sistemático y finalista el verdadero propósito del legislador es la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que venga ejerciendo el deudor (art. 44.1 Ley Concursal). Y a tal efecto el art. 56 LC persigue la subsistencia de los medios productivos de la empresa no afectando la paralización de ejecuciones de garantías reales a los demás bienes del concursado. Considera el Banco apelante que las plazas de garaje hipotecadas no son bienes afectos a la actividad empresarial o a la unidad productiva de la concursada, en cuanto no son bienes destinados con carácter permanente a la elaboración o creación de otros o a la prestación de un servicio, y porque su realización en el procedimiento de ejecución hipotecaria no interrumpe la actividad empresarial del concursado y sólo sustituye su venta en el mercado por su venta en pública subasta. De otro lado, la remisión del auto recurrido al art. 27.1 de la Ley del IRPF es equivocada porque: 1º) este artículo define los elementos patrimoniales afectos a una actividad económica, concepto más amplio que el de bienes afectos a una actividad empresarial o unidad productiva, y que engloba a éste. 2º) El sentido del citado artículo es distinguir los bienes particulares del contribuyente de los destinados a su negocio. E incluso aplicando indebidamente dicho precepto seguirían sin estar incluidas las plazas de garaje en el concepto de bienes afectos a la actividad económica y así resulta de las Resoluciones de la Dirección General de Tributos núms. 1887/2002 de 3 de diciembre, 340/2004 de 29 de noviembre y 2036/2004 de 29 de noviembre, y sólo las plazas de garaje destinadas al negocio pueden considerarse elementos afectos a la actividad económica. En definitiva, las plazas de garaje son el producto de la actividad empresarial del concursado, pero no un medio para conseguir dicha actividad lo que únicamente podría ocurrir si se

destinaran a estacionamiento de vehículos de la empresa o de su personal solicitando por todo ello se revoque la resolución recurrida declarando, en su lugar, haber lugar a la admisión a trámite de la demanda de ejecución sobre bienes hipotecados, por no ser estos afectos a su actividad empresarial o a unidad productiva de la titularidad de la concursada.

TERCERO. Por bienes del concursado «afectos a su actividad profesional o a una unidad productiva de su titularidad «hemos de entender aquellos elementos del patrimonio empresarial destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa. Su concepto debe ligarse al de inmovilizado tal y como lo define el Plan General de Contabilidad. Su finalidad es la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, servir de forma estable a la actividad de la empresa y se caracteriza también por su carácter duradero pudiendo ser utilizados durante más de un ejercicio económico. Estas características distinguen el inmovilizado de otros activos como las existencias que son bienes o cosas, que posee una empresa y están destinados a su venta en el curso normal de su actividad o a ser transformados o consumidos en el proceso productivo. La diferencia entre los elementos del inmovilizado y los de existencias no estriba en sus características físicas sino en la utilización que se pretende hacer de ellos, depende de la finalidad que la empresa les pretende dar. En el caso de autos sometido a revisión de esta Sala las plazas de garaje hipotecadas por el Banco Popular Español SA, no forman parte del inmovilizado material de la empresa deudora en concurso de acreedores, la Sociedad Anónima Canaria de Obras (SACO), sino de su activo circulante como existencias en cuanto ni se trata de una empresa que tenga por objeto social la explotación de garajes o parking, ni consta estén destinadas al uso de sus directivos o empleados. Por el contrario parece claro que el destino de las plazas de garaje propiedad de la concursada es su venta a terceros y por ello se deben incluir entre las existencias y así, de lectura de la escritura de préstamo hipotecario (folio 76), se desprende que el destino del edificio de aparcamientos en construcción objeto de financiación mediante el préstamo hipotecario otorgado por el Banco Popular Español, es su posterior adquisición por los compradores. De otro lado lo que persigue la Ley Concursal es la continuidad de la actividad empresarial del concursado en lo posible (EM y arts. 44 y 100 LC) y para ello es preciso mantener la estructura productiva y de prestación de servicios de la concursada, el inmovilizado material e inmaterial, y al no ser las plazas de garaje hipotecadas bienes afectos a la actividad empresarial, pues no son elementos patrimoniales destinados de manera duradera o estable a la actividad empresarial, a la obtención de bienes o prestación de servicios propios de su tráfico, al no formar parte de su inmovilizado material, quedan fuera del ámbito de influencia del art. 56 de la LC. No todos los bienes que contribuyen a la actividad económica de la empresa se consideran afectos a su actividad empresarial sino únicamente aquellos que forman parte de los medios de producción, los vinculados al proceso productivo. Lo que se quiere evitar es la realización de bienes afectos a los medios de producción, a la infraestructura empresarial, en aras a la continuidad de la actividad empresarial. La interpretación del juzgador a quo es acorde al contenido del precepto redactado en los amplios términos contemplados en el Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002, que extendía la suspensión de las ejecuciones sobre bienes con garantía real, a los del tráfico empresarial o comercial de la empresa en concurso, a los afectos a la actividad profesional, mercantil o industrial y los afectos en general al proceso productivo, empero en la LC de 9 de julio de 2003 su art. 56 redujo la paralización de la ejecución exclusivamente a los bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva. En su consecuencia, el recurso de apelación del Banco Popular Español, SA ha de ser estimado». Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Caba Villarejo.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Alicante, de fecha 23 de febrero de 2006, considera que la ley establece un sistema de paralización de las ejecuciones hipotecarias que no es absoluto y que no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios, sino a mantener la integridad de la masa activa, para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, medida que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva: «FUNDAMENTOS DE DERECHO... La ley establece un sistema de paralización de las ejecuciones hipotecarias que no es absoluto, ya que tiene un límite temporal (hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no le afecte, la apertura de la liquidación o en todo caso el transcurso de un año desde la declaración de concurso) y objetivo (solo si recae sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o una unidad productiva de su titularidad) siendo admitido de forma unánime, a sensu contrario, que las garantías sobre los no afectos no están sometidas a paralización o suspensión...

Vemos, pues, que no se trata de una medida dirigida a castigar a determinados titulares crediticios sino a mantener la integridad de la masa activa para asegurar así la actividad profesional o empresarial del concursado, al menos temporalmente, para que no se frustren las posibilidades de convenio, que es en principio la solución normal del concurso y buscada por el legislador como medio para alcanzar la satisfacción de los acreedores en los supuestos de insolvencia del deudor común. Por ello, y en sintonía con lo que ocurre con las deudas de la masa (art. 154), se impone un plazo de espera para su ejercicio, pero no limitado, sino hasta alcanzar y aprobar un convenio, ya que cuando se produce la apertura de liquidación ya no entra en juego la limitación, y en todo caso con el tope máximo de un año desde la declaración del concurso... Solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículo 56, y que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establecido que, "el interés del concurso " permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. (...) Apunta la doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. (...) i) no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, y en consecuencia la no paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en materia contractual (art. 61 y 62)... El bien hipotecado -la finca registral Nº 2.344- se trata de una vivienda ocupada al parecer por la madre del gerente de la concursada, no es el lugar donde desarrolla su actividad la mercantil deudora, ni tampoco es su domicilio social, que consta sito en Partida de Algorós, Polígono 2. Nave 6 A, 45. Se trata de una propiedad inmobiliaria de la concursada, empresa dedicada a la actividad de calzado, que no entra dentro del concepto de "afección", en un sentido funcional, entendiendo como "afecto" aquel bien sujeto a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado y que se emplee efectivamente por éste en el ejercicio de esa actividad. No vale cualquier actividad sino la propia y específica a la que se dedica el concursado. Por ello no considero argumento sólido para afirmar esa afección decir (como mantiene la admón. concursal) que se trata de un bien afecto a la actividad empresarial de

arrendamiento de inmuebles, ya que esa no es la actividad empresarial de la concursada, dedicada a la actividad zapatera. Entenderlo de otro modo equivaldría a ampliar tanto ese requisito hasta el punto de que todo estaría afecto, por lo que no habría lugar nunca a la ejecución fuera del plazo de espera. Además de ello, no hay ni siquiera indicio sólido en este incidente de que efectivamente exista tal arrendamiento, y por ende de esa "actividad inmobiliaria sobrevenida...

La concursada carece en la actualidad de actividad, por lo que, aunque el bien tuviera inicialmente (y en vía de hipótesis) esa condición de afecto, la ha perdido en todo caso, ya que no puede hablarse de bienes afectos en ese caso. Hay que tener presente a la hora de su determinación que solamente quedan paralizadas o suspendidas las ejecuciones de garantías reales referidas en el artículo 56, y que por tanto, se trata de una norma limitativa o restrictiva, que no puede ser objeto de interpretación amplia o extensiva (artículo 4 del CC), sin que legislador haya establecido que, "el interés del concurso" permita al Juez del concurso adoptar una decisión distinta, como, por ejemplo, si ocurre en materia de resolución contractual (artículo 61 y 62) que viene a configurar un régimen novedoso y en parte excepcional al sistema consagrado en materia de resolución contractual en artículo 1124 del CC, por su subordinación al interés del concurso. Apunta la doctrina (a la que hay que acudir ante la falta de jurisprudencia, inclusive de pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales) que la afección se trata de una cuestión de hecho y debemos estar al caso concreto para determinar cuándo concurre, añadiendo que por su propia naturaleza implica o exige la existencia real y efectiva de una organización profesional o empresarial. No parece lógico que hablemos de bienes afectos a su actividad profesional o empresarial si no hay actividad.

Por tanto, si desde el inicio o durante la tramitación del concurso desaparece la actividad profesional o empresarial del deudor concursado a la que pudiera estar vinculado funcionalmente el bien, se producirá una desafección de aquéllos bienes que inicialmente si pudieran estar destinados al desarrollo de dicha actividad. Y esta pérdida sobrevenida de la afección tiene lugar evidentemente cuando hay o se acuerda el cierre del establecimiento del concursado y el cese total de su actividad empresarial, como acontece en el caso de autos, pues la propia admón. concursal así lo pone de manifiesto. A favor de esta postura se muestran partidarios en la doctrina, entre otros, Heliodoro y Adelaida Sánchez Rus y Ángel Carrasco Perera. Y se estima la más acertada, sin que los argumentos apuntados de contrario propuestos a nivel doctrinal se consideren de peso bastante para desvirtuarla ya que: i) no puede subordinarse la determinación de si es o no afecto, y en consecuencia la no paralización, a un superior interés del concurso que el legislador no prevé en esta materia, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en materia contractual (art. 61 y 62); ii) no se comparte la tesis de que la afección sea una cualidad inmutable (y ¿desde cuándo?) que no se vea repercutida por las vicisitudes del concurso y de concursado; iii) tampoco es definitivo el argumento de que se priva a la administración concursal de la opción de pago del crédito garantizado (art. 56 y 155) ya que ello solo se prevé para los supuestos de paralización y en tanto no transcurra el periodo de "enfriamiento", que en los no afectos no entra en juego; iv) tampoco es atendible el relativo a que se frustra un convenio de continuación (art. 100), que precisamente tiene como presupuesto una actividad empresarial o profesional efectiva y que se compromete el adquirente a continuar, pero si no hay ya actividad, decae el presupuesto de aplicación; v) y finalmente tampoco el que con ello se impida una enajenación en globo, ya que la ley no impone una limitación absoluta, y en todo caso recordar que la apertura de la liquidación implica el cese de la suspensión o paralización y por ende la posibilidad de ejecuciones al margen del conjunto». D. Rafael Fuentes Devesa.

2.1.1.3. Bienes y derechos necesarios

«Art. 56.2. *Las actuaciones ya iniciadas, en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior, se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado [suspensión de ejecución de garantías reales, etc., que podrán reanudarse transcurrido un año desde la declaración de concurso, si antes no se hubiese aperturado la liquidación]. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*». Si el bien o derecho afecto fuese necesario⁸ para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, se suspenderá la subasta anunciada con anterioridad a la declaración de concurso.

De lo expuesto se deduce que si el bien o derecho afecto y en garantía de obligaciones no fuese necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado podría iniciarse la liquidación anticipada, durante la fase común, mediante la ejecución de garantías reales, así como cuando se integren en la masa activa buques o aeronaves, al amparo del art. 76.3, que regula expresamente un supuesto de separación *ex iure crediti* y reconoce, por tanto, derecho de ejecución separada a los titulares de estos créditos.

Se ocupan de la cuestión, relativa a bienes necesarios o no para continuación de las actividades, en las conclusiones del mencionado Primer Encuentro de la Especialidad Mercantil, celebrado en Valencia, los días 9 y 10 de diciembre de 2004, y se considera, respecto del art. 55.1.2º, que corresponderá al Juez de lo Mercantil la decisión sobre si los bienes son o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado:

«B) *Ejecuciones contra el patrimonio del deudor. 4. Artículo 55.1-2º.- ¿A quien corresponde determinar si los bienes objeto de embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, al Juez del concurso o al Juez o autoridad administrativa que conoce de la ejecución? En caso de discrepancia, ¿Como se soluciona el conflicto? Sabemos que el art. 55.1.1º establece la prohibición de que, iniciado el concurso, puedan iniciarse ejecuciones singulares, judiciales ni extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del concursado, y que el art. 55.2 establece respecto de las actuaciones que se hallaren en tramitación, que quedaran en suspenso, desde la declaración de concurso, sancionando con nulidad de las actuaciones que se practiquen en contravención de lo anterior (art. 55.3 LC). Ahora bien, el párrafo 2º del art. 55.1 LC, contiene una excepción, al permitir que puedan continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Casi con unanimidad se acordó que la decisión debería corresponder, al Juez de lo Mercantil, quien estará en mejores condiciones para resolver, porque tendrá un mayor conocimiento de dicha actividad, aunque se reconoce que la LC no contiene la previsión específica al respecto y que podrán surgir*

⁸ Sinónimo de imprescindible. DRAE: Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin.

conflictos. En cualquier caso, quien verdaderamente dispondrá de los conocimientos necesarios sobre la actividad empresarial o profesional del deudor será la administración concursal. La administración concursal podrá solicitar del juez del concurso que requiera al juez de lo social o autoridad administrativa que conozcan de la ejecución para que no la continúen sobre dichos bienes por ser necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En caso de ejecución laboral, la administración concursal también podrá plantear cuestión prejudicial mercantil ante el juez de lo social que esté conociendo de la ejecución, al amparo de lo previsto en el art. 4.1 LPL, en su redacción dada por la DF 15R LC (que establece como salvedad al conocimiento por el juez de lo social de las cuestiones prejudiciales, lo previsto en la LC). Esta cuestión prejudicial determinará la suspensión de la ejecución laboral hasta que por el juez del concurso se decida la cuestión. En caso de conflicto, si la discrepancia surge con el Juez de lo Social, se planteará un conflicto de competencia a resolver por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (arts. 42 LOPJ), a sustanciar por los trámites previstos en los arts. 43 a 50 LOPJ; y si surge con la autoridad administrativa, el conflicto habrá de resolverse por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 38 LOPJ)».

«6. Apremios administrativos.- Dado que la providencia de apremio, a partir de la cual se reconoce a la Administración un derecho de ejecución separada, no contiene reseña de bienes concretos ¿Significa ello que la Administración tiene reconocido un derecho ejecución separada general o debe limitarse a bienes concretos? Se considera, de forma casi unánime, que el artículo 55 de la Ley Concursal no atribuye a la Administración un derecho de ejecución separada de carácter universal, esto es, que pudiera recaer sobre cualquier bien o derecho. Tal conclusión no sería compatible ni con la naturaleza o el concepto tradicional del derecho de ejecución separada, ni con el hecho de que el propio artículo 55 distinga según que los bienes sean o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Por tanto, aun cuando sea la providencia de apremio la actuación administrativa que otorgue a la Administración, si es previa a la declaración del concurso, un derecho de ejecución separada, éste sólo recaerá sobre bienes o derechos específicamente trabados también con anterioridad al concurso».

Sobre la cuestión relativa a si los bienes o derechos son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, se pronuncian las siguientes resoluciones judiciales:

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número uno 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, en los términos siguientes:... «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO... Cabe destacar al respecto que la Ley Concursal no se limita a disponer dicha imposibilidad de ejecución separada respecto de las ejecuciones judiciales sino que la predica asimismo, sin exclusión, respecto de las ejecuciones

extrajudiciales y, lo que es más importante, respecto de todo tipo de apremios de naturaleza administrativa, incluidos los apremios tributarios y las ejecuciones de naturaleza laboral, cuando los bienes objeto de embargo resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

SEGUNDO. Sentado lo anterior, el artículo 55 de la Ley Concursal, cuando contempla la suspensión de los 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 con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, plantea, en relación al presente procedimiento concursal seguido contra la entidad UD Las Palmas, tres cuestiones de gran importancia:

A. ¿Cuál es el Órgano competente para decidir que los bienes objeto de embargo resultan o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor? Al respecto, si bien la Ley Concursal no aclara la cuestión, parece evidente que el único órgano capaz de decidir sin un concreto bien o derecho de los embargados a la UD Las Palmas resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial es el Juez de lo Mercantil que conoce del concurso de acreedores, puesto que sólo dicho órgano judicial, con el lógico asesoramiento de los administradores concursales, tiene un conocimiento preciso y detallado sobre cuál es la actividad empresarial de la entidad concursada y sobre cuáles son los motivos y razones que han llevado a la misma a la situación de insolvencia que, a su vez, ha determinado su actual sometimiento al procedimiento concursal. Ello significa que únicamente el Juez de lo Mercantil que conoce del proceso concursal puede valorar, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, si un determinado bien o derecho embargado a la UD Las Palmas resulta o no necesario para la continuidad de su actividad empresarial.

B. ¿Qué bienes o derechos, de los embargados a la UD Las Palmas, resultan necesarios para la continuidad de su actividad empresarial? Dejando fuera, lógicamente, todas las garantías a favor de los acreedores que tengan naturaleza real (a las que se refieren los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal), este Juzgador considera que el levantamiento de los embargos que se solicita por los administradores concursales ha de quedar referido a aquéllos que recaigan sobre dinero en efectivo o sobre derechos directamente transformables en dinero en efectivo, tales como patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, al entender que los mismos son absolutamente imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial de la UD Las Palmas. Es evidente que en el caso de la UD Las Palmas, el inmediato ingreso de dinero en efectivo, ahora paralizado por los embargos que pesan sobre derechos tales como los patrocinios de Entidades Públicas o Privadas, ingresos por venta de entradas en taquilla, por abonos y por venta de palcos, ingresos por publicidad, traspaso de jugadores y otros análogos, resulta fundamental, no ya para la continuidad de la actividad empresarial, sino incluso para la propia subsistencia de la entidad. Hay que tener en cuenta que, tratándose, como aquí sucede, de un club de fútbol, los únicos ingresos actuales de la entidad para afrontar los elevados gastos ordinarios de la entidad (unos 500.000 euros mensuales), provienen de la venta de entradas para los partidos (cada dos semanas) y la venta de abonos de media temporada, conceptos éstos que, a la altura del campeonato en que nos encontramos (a punto de iniciar la segunda vuelta), resultan absolutamente insuficientes. Es por ello que el alzamiento de los embargos que pesan sobre los derechos directamente transformables en dinero en efectivo constituye una medida necesaria e imprescindible para la prolongación de la actividad empresarial de la UD Las Palmas...

PARTE DISPOSITIVA. Debo acordar y acuerdo 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 de la no suspensión del procedimiento de apremio seguido por la TGSS, con anterioridad a la declaración de concurso, por tratarse de un bien embargado innecesario para la continuidad de la actividad empresarial, dada la situación de inactividad empresarial del deudor, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de fecha veintidós de marzo de dos mil cinco: «FUNDAMENTOS DE DERECHO... SEPTIMO.- Solicita la deudora que se suspenda la subasta del principal elemento patrimonial de la sociedad, es decir, el inmueble conocido como "...", que la Tesorería General de la Seguridad Social tiene prevista para el día de mañana. Alega que puesto que dicho inmueble es el único objeto de explotación de la sociedad, que se dedica a arrendarlo, concurre el supuesto previsto en el art. 55.1 y 2 de la Ley concursal. Esta norma dispone, en efecto, que puede continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En este caso de la petición de la deudora, lo que no se desprende es que haya continuidad de la actividad empresarial. Como manifiesta en su escrito, ya no tiene trabajadores. Se deduce de los datos aportados, que ha habido varios procedimientos judiciales y administrativos que persiguieron bienes del... S.A., que han prosperado y que por ello se encuentra la sociedad en situación de insolvencia. Así se narra en la memoria como se estimaron las pretensiones de los trabajadores de... S.A. ante el juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, declarándose la responsabilidad de la hoy deudora. También se indica como esta sociedad fue declarada en quiebra y sus síndicos presentaron y han obtenido en primera instancia la estimación de una acción de reintegración a la masa de la quebrada, por lo que... S.A. adeuda a... S.A. en quiebra una cantidad de alguna importancia, aunque la sentencia esté recurrida. Luego se explican las vicisitudes del expediente de la Seguridad Social, las derivaciones de responsabilidad desde las diversas sociedades involucradas hacia... S.A., los intentos de suspensión de la subasta que se celebrará mañana y la imposibilidad de obtenerla.

Pues bien, el conjunto de explicaciones contenidas en la memoria, de las indicaciones realizadas en la solicitud, de la inexistencia de trabajadores y del resto de la documental presentada, lo que se deduce es que... S.A. carece, sencillamente, de actividad. Es una sociedad sin duda en situación de insolvencia, que pretende la liquidación pues ha presentado un plan en tal sentido, pero que no continúa el ejercicio de su objeto social, aunque es titular de un bien inmueble de indudable valor. En consecuencia, no concurre el requisito que dispone el art. 55.1, es decir, el bien objeto de embargo no resulta necesario para la continuidad de la actividad empresarial, porque ésta hace meses que no existe. En realidad todo apunta a que la petición de declaración de concurso lo que persigue esencialmente es la suspensión de la subasta que ha de celebrarse mañana, empeño comprensible pero que no puede ser acogido, pues se vulneraría la LC. Esta norma pretende asegurar la continuidad empresarial, y son numerosos los pronunciamientos, desde la Exposición de Motivos hasta el texto articulado, que revelan tan conveniente finalidad. Para tales casos está previsto el citado art. 55.1, que pretende

evitar que se prive a la masa de los bienes afectos a la actividad productiva. Pero la norma no desconoce que hay supuestos en que la continuidad no es posible. En esos casos no tiene sentido detener las ejecuciones de algunos acreedores privilegiados con hipoteca o por su condición de entidades públicas, ya que si no hay actividad empresarial no pueden servir los bienes afectos a la "continuidad de la actividad". Esto sucede en este caso, en el que se presenta un plan de liquidación, no hay trabajadores, y se constata de solicitud y memoria que no hay actividad. En definitiva, no puede suspenderse la subasta como se pretende». D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

Especial situación de un embargo de la AEAT, sobre derechos de crédito de la entidad concursada, se resuelve por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de fecha 22 de julio de 2005, que alude a las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 LC, así como cuál es el órgano competente, para determinar la necesidad del bien, en referencia a la Administración Pública o al Juzgado, siendo su parecer que corresponde al Juez del concurso la determinación de la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes, partiendo de la universalidad del concurso (artículo 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepcionales de continuidad en la ejecución: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO: Ya se ha resuelto en el presente procedimiento y en la misma sección un supuesto de embargo en aplicación del artículo 55 de la Ley Concursal. A esos efectos cabe reproducir dos apartados: a) Recoge el artículo 55 de la Ley Concursal 22/2003, refiriéndose a los efectos de la declaración de concurso respecto de las ejecuciones y apremios, que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. No obstante permite que se sigan aquellos procedimiento, en el supuesto que nos ocupa, de 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. De esta forma los requisitos para la afectación de determinados bienes embargados son: 1. Que el embargo se hubiere realizado con anterioridad a la declaración de concurso. 2. Que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En una concepción amplia es evidente que todo bien, incluido el metálico, va a resultar necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional cuando esté directamente relacionado al sistema de producción o de comercialización. En el presente caso nos encontramos con una entidad cuyo objeto social es el sector inmobiliario (compra venta e intermediación). El flujo monetario implica por tanto que la liquidez resulta esencial al objeto mismo de la actividad, pues no es posible comprar sin tener líquido e igualmente el líquido obtenido puede resultar de la intermediación y por tanto de cantidades dadas a cuenta para las compraventas que se hayan formalizado. En caso de tratarse de ingresos por beneficios de la intermediación es más discutible su naturaleza necesaria. Sin embargo hemos de tener en cuenta las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 LC. En el primero se refiere a "bienes objeto de embargo que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor", mientras que el segundo habla de "bienes afectos a la actividad profesional". El primero comprendería entonces todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del concursado y, por tanto, también el metálico, siempre que no resulte de excedente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su

reinversión o actividad ordinaria de la empresa. El segundo quedaría limitado a los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor.

b) Se ha discutido por la doctrina, al respecto, cual es el órgano competente para determinar la necesidad del bien en referencia a la administración o al juzgado de lo social. En la actualidad existe planteado una Cuestión de Conflicto entre la Administración Tributaria y un Juzgado Mercantil. La primera argumentaba su competencia mientras que el segundo determinaba que corresponde al juez del concurso resolver sobre dicha necesidad. Es parecer de este juzgador que corresponde al juez del concurso la determinación de la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes partiendo de la universalidad del concurso (artículo 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepciones de continuidad en la ejecución. Al juez del concurso le corresponde decidir la continuidad o no de la actividad profesional o empresarial (art. 44.4 LC, la intervención o suspensión de las funciones de la administración social (artículo 40 LC), la decisión sobre las relaciones laborales y de alta dirección de la actividad profesional o empresarial (artículos 64 y 65 LC). Todo ello parte de un principio de la nueva norma concursal como es la continuidad de la actividad profesional o empresarial como criterio general y el control de la Administración concursal (como órgano del concurso) y de la autoridad judicial del concurso quien decidirá, en función de los criterios legales, cual es la situación y solución a cada situación de la empresa o actividad. Sin perjuicio de la posibilidad de Conflicto de Jurisdicción que pudiera plantearse procede por tanto determinar que, tal y como señala el artículo 8.1.3 y 4 LC, la competencia para determinar la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional corresponde al Juez del Concurso, una vez declarado el mismo.

SEGUNDO: En el presente supuesto es un elemento admitido que las providencias de apremio son anteriores a la declaración de concurso y que los derechos de crédito embargados también son anteriores, pues se produce en fecha de 18 de abril de 2005, mientras que el auto de declaración de concurso lo es de 4 de mayo de 2005. De esta forma nos encontramos dentro del supuesto previsto en el artículo 55 LC y, por tanto, considerando que no sólo es necesaria la providencia de apremio sino también el embargo concreto de un bien o derecho para poder entrar en el análisis de la necesidad o no del bien para la continuidad de la actividad.

TERCERO: Este último es el punto esencial que se discute y respecto del que, elocuente y profesionalmente, realiza el letrado de la Administración Tributaria, haciendo un análisis pormenorizado de lo que denomina bienes necesarios (donde han de incluirse al contrario de lo que afirma el citado letrado- tanto bienes como derechos por la vía de la clasificación de bienes muebles e inmuebles que realiza el código civil y a la que hace referencia) partiendo de una clasificación en bienes necesarios de primer grado (los del inmovilizado) y de segundo grado (los del ciclo financiero). Clasificación que este juzgador comparte partiendo además de que la determinación ha de realizarse teniendo en cuenta dos apartados más: 1º. Por un lado la distinción entre bienes necesarios y afectos que realizan los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal y a la que hemos hecho referencia. Siendo así que los primeros suponen una concepción amplia y los segundos una estricta. Esta última vendría referida esencialmente al inmovilizado mientras que en la primera podríamos situar tanto el inmovilizado como el activo circulante. 2º. Que dentro de los bienes necesarios a los que hace referencia el artículo 55 LC hemos de realizar un análisis no sólo -en los términos realizados por la administración- respecto de la situación contable o económica de la sociedad concursada sino también respecto de la posición que los bienes embargados ocupan en el ciclo financiero de la empresa de tal forma, como ya se ha dicho, que la necesidad queda descartada cuando el destino se

dirige a beneficios o para pagos ordinarios (sujetos estos últimos al régimen concursal) pero se pone de manifiesto cuando de no utilizar esos bienes o derechos embargados es de difícil concreción un convenio o una liquidación ordenada. De esta forma la existencia de un embargo de bienes o dinero, como único bien, aunque cumpla los requisitos temporales previstos en la norma, conllevaría la necesidad establecida en la norma cuando, de no declararse así, la viabilidad futura de cualquiera de las dos soluciones anteriores a los efectos de la continuidad de la actividad resultara afectada gravemente. Partiendo por lo tanto de lo anterior, hemos de poner de manifiesto que existe: a) Una anterior resolución en donde se acuerda la declaración de bien necesario de un embargo de dinero que permite dar liquidez a la sociedad concursada, si bien es necesario que en el hacer de la administración se reestructure la empresa encaminándola hacia la conclusión de un convenio o una liquidación ordenada. b) Que se ha puesto de manifiesto por la administración tributaria el reconocimiento de la consideración como bienes necesarios de los derechos de crédito embargados, sólo en los supuestos en que la entidad no obtuviera por otras vías liquidez suficiente para garantizar su continuidad, es decir, cuando no haya otras fuentes alternativas de obtener liquidez. Y ello conlleva que no basta, por la administración concursal, una mera alegación respecto de la existencia del embargo, sino la justificación -que no se ha realizado- de la necesidad del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial. Por último, también cabe reseñar que el embargo de dichos derechos de cobro realizados temporalmente en los términos del artículo 55 LC en nada afectan a la continuidad de la actividad, por otro lado garantizada al mínimo con la resolución referida respecto de la necesidad de los bienes consistentes en dinero embargado, pues lo que no se puede pretender es mantener la empresa o la actividad como si nada hubiera ocurrido, cuando está en una situación de concurso. Y esto es lo que pretende el legislador evitar cuando excepciona de los supuestos de suspensión de ejecuciones los referidos en los artículos 55 y 56 de la LC. No debemos olvidar que nos encontramos con una sociedad concursada cuyo objeto es la intermediación en la actividad inmobiliaria y que por tanto el destino final de los bienes embargados es el que ha de determinar la necesidad, en estos supuestos y conforme se ha dicho, a los efectos del artículo 55 LC. Destino que no ha justificado la Administración concursal pero que, con la resolución referida anterior, se incompatibiliza con el mantenimiento de la actividad tanto en lo referido a personal como respecto del inmovilizado pues el mismo ya se ha garantizado. De procederse de forma contraria o bien la deudora paga voluntariamente o bien se deberá exigir dicho pago y una vez dentro de la masa ese dinero no iría al mantenimiento necesario de la actividad sino a una ordenación de pagos en mayor cuantía o con menor espera, tanto en convenio como en liquidación, pero no a garantizar la continuidad de la actividad que inicialmente ya se ha garantizado. De conformidad a lo anterior, Decido: No ha lugar a declarar como bien o derecho necesario para la continuidad de la actividad empresarial el embargo practicado por la administración tributaria respecto de los derechos de crédito que la concursada tiene respecto de la sociedad ABBREVAT S.L.». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco, considera que no sólo es preciso el dictado de providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, sino también, simultánea o seguidamente, el embargo del bien que deba entrar en la masa activa y que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado: «FUNDAMENTOS DE DERECHO... SEGUNDO... El precepto [art. 55.1] promociona tres campos de examen distintos, a saber: 1) Cuáles son los

presupuestos de su aplicación, si basta la existencia del procedimiento administrativo y el dictado de la providencia de apremio previo a la fecha de declaración del concurso, o si se exige también el embargo previo.

2) Asumiendo esa última exigencia, la determinación de algo no fácilmente objetivable, sino ambiguo y valorativo, que es el carácter necesario del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

3) Quién es el competente para decidir la aplicación de esta salvedad de ejecución separada.

En cuanto a lo primero, puesto que en la originaria versión prelegislativa de este precepto -introducida en el Anteproyecto por la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda- no existía referencia al embargo, como luego se aceptó relativo al laboral en el mismo texto, pudiera sostenerse que el exclusivo elemento requerido con anterioridad a la declaración del concurso para que pueda no suspenderse el procedimiento administrativo es el dictado de providencia de apremio, pero ello no encuentra un apoyo exegético terminante en la literalidad de la norma promulgada (sólo el femenino «en las que se hubieren embargado», que parece no referirse a los procedimientos administrativos sino sólo a las ejecuciones laborales), y además, resulta tan ajeno a toda la tradición jurídica (de la fecha del embargo como prioridad en la concurrencia), como perfectamente inconsecuente. Si la providencia de apremio no afecta uno o algunos bienes del patrimonio del deudor, y dictada, aun sin notificar, permitiera luego, con independencia de que se declarara el concurso, apremiar cualquier cosa o derecho de la masa activa, no se produciría una salvedad a la suplencia ejecutiva por las soluciones concursales -convenio o liquidación- fundada en la previa «especialización» de la responsabilidad de un bien para el crédito (en parangón con las garantías reales, pero con raíz procesal), sino una excepción absoluta del principio de universalidad del concurso, como suerte de privilegio del procedimiento administrativo frente a lo jurisdiccional, difícilmente justificable.

Por ello, debe entenderse que la excepción legal es la providencia de apremio en el procedimiento de la Recaudación, simultánea o seguida de un embargo antes de la declaración de concurso del bien que deba entrar en la masa activa, pero que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

TERCERO.- Por lo que toca a lo segundo, el problema, si se toma en consideración la diligencia de embargo que aparece en el apremio de la U.R.E. en nuestro asunto, no procede de determinar cuándo se ha producido el embargo, para compararlo con el momento de la declaración del concurso, que es más de tres años posterior, sino de la fijación de esa necesidad o imprescindibilidad del bien embargado para el salvamento de la empresa.

Tiene que partirse de que corresponde una interpretación «*ad restringenda*» como excepción de separación ejecutiva frente a los principios de universalidad y de fuerza atractiva de la competencia del Juez del concurso. Pero por otro lado, si se asume que el concursado es insolvente, difícilmente puede concebirse un ámbito de bienes o derechos que no le sea necesario en concreto de cara a una continuidad, bien de perduración de la empresa, en la misma titularidad o trasladándola, bien para hacer frente a los créditos contra la masa mientras se conserva en orden a su liquidación.

Porque lo más sencillo es identificar bienes del patrimonio del concursado que no están afectos a su actividad, como puede ser la vivienda particular de la persona natural con una profesión que se ejerce en otro local, o las cosas muebles de una sociedad mercantil que disfrutan los administradores sociales o altos directivos, sin ligamen con el negocio en sí. De suyo, el art. 56.1 LECO consagra la noción de bienes no afectos, perfectamente perseguibles con separación por los titulares de garantías reales sobre

ellos, o asimilados derechos gravitantes, como sugerencia de que las entidades financieras, dedicadas profesionalmente al crédito, puedan acaso mitigar el endurecimiento de las condiciones crediticias que se propicia para empresas en crisis, por la perspectiva del plazo de «enfriamiento» desde la declaración del concurso (aumento del gasto de las hipotecas por incremento de la garantía en el año de intereses de dicho plazo, elevación de los tipos, penalización de la movilización de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, peores condiciones por el peso de las mayores provisiones por insolvencia, etc.), con la elección de unos ciertos bienes realizables a pesar del concurso, si los hubiera, como objeto de garantía.

Integrando los dos primeros apartados del art. 56 LECO, surge la inteligencia de que el sector de bienes no afectos susceptibles de realización forzosa a pesar del concurso es un círculo distinto del de bienes, aunque a afectos, dentro de los que pueden discernirse aquéllos no necesarios para la continuidad. Así los bienes no afectos siempre serían irrelevantes para dicha continuidad, y de los afectos, entre los relevantes, sólo algunos además necesarios. Únicamente así es razonable que la ejecución por créditos garantizados sobre estos segundos pueda continuar, pero nunca iniciarse, pendiente el concurso.

La razón de ser de las ejecuciones separadas administrativas o laborales, y de la realización de garantías reales, como se percibe, tiene sus coincidencias. El embargo, en tanto que especialización en el valor de un bien determinado, que lo afecta a la resultancia del proceso y dota de reipersecutoriedad, concede una condición de adherencia o «realidad» como la de las garantías reales. Y si el bien embargado no compromete las posibilidades conservativas del procedimiento concursal, al no resultar necesario para la continuidad de la empresa, la diligencia y gastos evidenciados con el embargo madrugador, por preceder a la constitución de la masa activa, se recompensa con una vía de satisfacción rápida en el valor de lo trabado. Por añadidura, los créditos laborales y de la recaudación administrativa están dotados en su mayoría de un privilegio muy intenso, basado en su función social -aunque la separación ejecutiva es un beneficio procesal, que no requiere la constancia de privilegio material alguno-, y tanto la ejecución social como el procedimiento administrativo de apremio, son especiales orgánicamente respecto a la ejecución civil, e informados por principios de oficialidad y celeridad, siendo que la Administración pública adolece de una institucional falta de agilidad, y los trabajadores nulo acceso al mercado de las garantías crediticias respecto del crédito frente al empresario.

Como corolario de lo expuesto, no puede concebirse una excepción que nunca o prácticamente nunca pueda darse, dentro de los bienes afectos a la actividad del concurso, como resultaría de arbitrar un método de aproximación al «bien necesario para la continuidad» de tipo casuista y circunstancial, ya que nada afecto deja de ser necesario para que continúe una actividad aquejada de insolvencia.

A juicio del disponente, el bien necesario ha de serlo por hipótesis, y ligado al proceso productivo, como sirve de apoyo el referente analógico del art. 275.1 LPL, de los bienes que, siendo los susceptibles de embargo e inviable la satisfacción de los créditos por la empresa deudora, en aras de la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, puede dar lugar a la suspensión de la ejecución, a solicitud del FOGASA, y declaración de insolvencia que se suele denominar «técnica», para abono de prestaciones de garantía salarial. Lo necesario es lo que, con independencia de la situación financiera y patrimonial del concursado, no puede expropiarse sin paralización de su actividad, y no lo que precisamente por dicha situación contribuiría a la continuidad, que es virtualmente todo.

Así, el inmovilizado tangible o intangible de una empresa será necesario por hipótesis para mantener el proceso de producción de bienes o servicios, y no lo será el almacén de existencias, cuyo destino es, en el giro de la actividad, enajenarse. Parecería más discutible la catalogación de los créditos y los fondos dinerarios. Pero tampoco éstos son por hipótesis inexcusables para producir, y si la empresa fuera solvente, no dejaría de tener actividad. La necesidad para «salvar» la empresa no es la necesidad para que continúe, prescindiendo del salvamento, que por definición siempre se necesita para una empresa insolvente.

El concurso aúna el interés del conjunto de los acreedores en verse satisfechos en la mayor medida, el de la composición de la empresa por mantenerse, que incluye el interés del mercado en mantener el tejido empresarial, y el del empleo de los trabajadores como colectivo, y en fin, el del deudor, por sobrevivir, o iniciar otros proyectos con el mínimo de rémoras por el fracaso previo. Pero también está la tutela del interés público funcional del crédito de la Recaudación. En este caso, como en el del interés individual del trabajador embargante, protegiendo el crédito que ya ha individualizado bienes de responsabilidad, indirectamente se atiende, también, a la satisfacción y protección de los servicios públicos, y del empleo.

Por ello, no es necesario a estos efectos el crédito embargado de Covitra, S.L. frente a Ikastola Armentia.

CUARTO.- En último lugar, se halla el debate sobre quién sea competente para decretar esa necesidad del bien embargado --lo mismo cabría estudiar para el decreto de los otros presupuestos de la norma, pero al ser tan objetivos y fácilmente susceptibles de fijación, no se consideran--.

Hay quienes opinan que siempre debe ser el Juez de lo Mercantil, porque suya es la competencia ejecutiva de la que resulta excepción el art. 55.1. pfo. 2.º LECO, como una suerte de prórroga en favor de ciertos ejecutores singulares, al estilo de acumulación de declarativos de art. 51.1 LECO; otros se inclinan por conceder la decisión exclusiva al Recaudador o al Juez de lo Social, en tanto que ejecutores en su ejecución, y posiblemente más enterados de la real importancia de lo embargado y de las oportunidades de continuidad de la empresa; y en fin, quienes proponemos que no hay ningún órgano que se imponga por la norma al otro, sino que las circunstancias pueden ser valoradas por cada cual, equidistante el mandato legal a los Juzgados de lo Mercantil y a esos ejecutores excepcionalmente exentos del concurso.

En cualquier caso, no habrá cuestión cuando aparezca conteste la resolución del ejecutor extraconcursal y la del Juez del concurso, porque cuando no, sea cualquiera de las predichas tesis la buena, al no existir mecanismos por los que los órganos respectivos deban secundar las instrucciones que se dirijan entre ellos, nacerá un conflicto de jurisdicción o competencia.

Los conflictos no surgen sólo cuando dos órganos sostienen que detentan potestad atributiva para resolver una cuestión (positivo), o ninguno de los excitados por la parte interesada se considera facultado (negativo), sino también cuando aparece una incompatibilidad física o jurídica en el ejercicio simultáneo de competencias. Entre la ejecución singular, cuya competencia para la U.R.E. no se discute, y el procedimiento concursal, cuya correlativa competencia para el Juez de lo Mercantil tampoco es dudosa, media una incompatibilidad jurídica, ya que la apertura del juicio universal enerva la potestad de los órganos ejecutores para agredir el patrimonio del deudor.

Pero dicha incompatibilidad técnica, regulada en art. 55 LECO puede ser valorada de diferente forma por el Recaudador y el Juez concursal, y si de la comunicación que le dirija el segundo al primero, no hay conformidad, se provocará por la colisión de potestades estatales, una jurisdiccional, y otra de la Administración Pública, un

conflicto de jurisdicción, puesto que ésta retiene en nuestro sistema la autotutela declarativa y ejecutiva, declarando el crédito público bajo presunción de legalidad, mediante actos dotados de ejecutoriedad a través del procedimiento de apremio, bien que fiscalizables por el orden contencioso-administrativo. El régimen de conflictos se contempla en LO 2/1987, de 18 de mayo, y este Juzgado podría requerir de inhibición ex art. 9.1 de dicho texto legal, y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resolvería por sentencia, la cual nos ilustraría, si no hay en verdad conflicto, y por ende, siempre prevalece la resolución del Juez del concurso, o menos verosímil, que lo hace el Recaudador en su apremio, o bien que lo hay, entrando a caracterizar -curiosamente para un órgano de este carácter-, qué es un bien necesario para la continuidad de la actividad de Covitra, S.L.

Aunque en el preciso asunto que nos ocupa pudiera obviarse el conflicto de jurisdicción, dado que como el embargo administrativo parece que se refiere a las resultas de la realización de un crédito que ejecuta este mismo Juzgado, decidiéndose que el procedimiento de la U.R.E. tiene que suspenderse, la nulidad de pleno Derecho prevenida por art. 55.3 LECO arrojaría que se prescindiera de cumplimentar una orden de retención que se recibiera.

En cualquier caso, por lo razonado, no se requerirá de inhibición, y se actuará en consecuencia en las ejecuciones implicadas.

En su virtud, PARTE DISPOSITIVA: Se acuerda no haber lugar a requerir a la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social de Álava para que suspenda el procedimiento de apremio de Expte 01-01-9700006400-AP/MS, en cuanto al eventual embargo del crédito de la concursada Covitra, S.L. frente a Armentia Ikastola Sdad. Coop. Ltda.». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

Sobre un embargo de la TGSS, sobre derechos de crédito de la entidad concursada, y la consideración de bienes necesarios, resuelve por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de fecha veintidós de mayo de dos mil ocho: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Embargo administrativo previo a la declaración de concurso. De nuevo un concursado plantea una interpretación del art. 55 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC), que en esencia pretende que el dinero embargado por una administración pública o las ejecuciones laborales, antes de la declaración de concurso, no puede hacerse efectivo porque es necesario para la "continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

La recurrente cuestión está tajantemente resuelta por la ley, al permitir que estos embargos anteriores surtan eficacia, en esos dos casos concretos, por el carácter social que atienden, ya que en definitiva se pretende tutelar un crédito laboral, la efectiva recaudación para el sistema público de pensiones o el abono de tributos que sirven a intereses generales. La providencia de apremio de la Unidad de Recaudación Ejecutiva que seguía directrices de la TGSS es de 18 de diciembre de 2007, el 16 de enero se embarga el crédito de CANDY y el auto que declara el concurso es de 20 de febrero de 2008.

Admite pues poca discusión que nos encontramos ante una de las excepciones legales, la contenida en el párrafo segundo del art. 55.1 LC, que de forma nítida permite continuar ("podrán continuar", dice la ley), los procedimientos administrativos de ejecución, como el de autos, en los que haya recaído providencia de apremio (la de 18 de diciembre), antes de la declaración de concurso (el 20 de febrero siguiente).

Lo único discutible es si opera la excepción a la excepción. Es decir, si el dinero embargado es o no un bien "*necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*". Eso es lo que hay que dilucidar en este recurso.

SEGUNDO.- El dinero como bien necesario para la continuidad empresarial o profesional. Se pide por la concursada un esfuerzo de interpretación: que el dinero es un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o empresarial. De admitirse en los generales términos que se plantea, sin ningún esfuerzo se entiende su afirmación. Sin dinero ni ésta ni otras empresas pueden mantener su actividad. Sin embargo el párrafo 2º del art. 55.1 LC utiliza un concepto bien necesario para la actividad empresarial, tradicionalmente identificados como inmovilizado. De admitirse lo primero, el precepto art. 55.1 no tendría razón de ser, porque en definitiva cualquier embargo podría suspenderse con la declaración de concurso. Esa es, precisamente, la regla que dispone el art. 55 LC. No pueden iniciarse ejecuciones singulares una vez declarado, ni seguirse apremios administrativos o tributarios, pues los créditos que lo justifican se someten a las exigencias del procedimiento concursal. Sin embargo la norma ha dispuesto dos excepciones: los embargos administrativos y las ejecuciones laborales adoptados antes de la declaración de concurso. Los demás quedan también suspendidos. De ahí que cuantas ejecuciones se siguen por los Juzgados de 1ª Instancia, antes de la declaración de concurso, no puedan seguir adelante. Por excepción los embargos administrativos y las ejecuciones laborales anteriores pueden hacerlo. Pero han de afectar a bienes que no sean precisos para continuar la actividad empresarial o profesional, porque si se permitiera, la finalidad conservativa del concurso sería imposible de cumplir. Si se quiere ofrecer un convenio a los acreedores para superar la situación de insolvencia, no es posible admitir que elementos esenciales, como los que constituyen el inmovilizado, se realicen por un acreedor que de este modo, perciba su crédito pero avoque a la concursada a la desaparición, al no poder realizar su actividad empresarial. Otro tanto ocurre con los profesionales a los que se haya embargado los instrumentos o útiles precisos para llevar a cabo su profesión, a los que también alude el art. 606-2º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) como inembargables. Si se ejecuta lo embargado, desaparecerá toda posibilidad de ofrecer alguna salida convenida a los acreedores. Es decir, se le condenará a la liquidación, sin posibilidad alguna de superar la insolvencia.

Pues bien, en ese concepto no es posible incluir el dinero. Sin duda es necesario para atender las obligaciones empresariales, para satisfacer salarios o suministros, para cumplir obligaciones fiscales, tributarias o de Seguridad Social, que son, por cierto, las que no se atendieron por el hoy concursado, propiciando el embargo discutido. Pero lo que el concursado pretende, al reclamar la suspensión de la ejecución exceptuada por el art. 55.1 LC, es decidir a qué acreedores abona su crédito y a cuales no. Deja de abonar sus obligaciones a la Seguridad Social, que por cierto en parte ha retenido a los trabajadores y nunca le pertenecieron, lo hace por un importe que supera los dos millones de euros, la TGSS reclama y embarga a un tercero dicho importe, se solicita el concurso y ahora se pretende que se le entregue la cantidad para abonar, en su caso a otros acreedores. El deudor podría haber hecho lo contrario, es decir, haber dejado de atender obligaciones a terceros por un valor semejante, y haber cumplido con ello frente a la Tesorería General de la Seguridad Social. De este modo ahora no habría lugar a la excepción, porque el tercero que pretendiera hacer efectivo su crédito no se vería amparado por la excepción del art. 51.1 LC, al no ser administración pública ni tratarse de una ejecución laboral. En definitiva, que de amparar el criterio del concursado, sería éste quien habría decidido qué acreedores merecen mejor trato que otros.

Por otro lado la finalidad de la norma es consecuencia de la lógica que persigue: para garantizar la continuidad de la actividad profesional o empresarial se precisa mantener incólume el patrimonio que sirve a aquélla, los bienes que sirven a la producción. Por lo tanto, el lugar donde se desenvuelve, los instrumentos con los que se hace efectiva, etc.

Ese carácter esencial no lo tiene el efectivo, porque cabe mantener la actividad sin él. De hecho es su falta la que provoca la insolvencia. De ahí que se plantee el absurdo interpretativo propuesto: como en todo concurso existe tal situación, actual o inminente, al ser su presupuesto objetivo conforme el art. 2 LC, la falta de efectivo supondrá siempre que cualquier embargo dinerario se deba predicar como de bien necesario para la actividad empresarial. En definitiva, que la simple situación de concurso convierte en necesario un bien, como el dinero, que en cualquier otra circunstancia no lo sería, pues no estaría afecto a la actividad productiva o empresarial.

Consta en este caso que lo embargado no es bien imprescindible para que pueda mantenerse la actividad, como la propia concursada conoce, pues sin haber percibido de su deudor tal importe la ha mantenido, aunque recurriendo a fórmulas bien conocidas, ya que suministra a MANUFACTURAS TÉCNICAS DEL CAUCHO S.A., sometido a un procedimiento de quiebra, como consecuencia de un contrato muy semejante a los de maquila.

Se citan resoluciones de otros Juzgados de lo Mercantil que sostienen una interpretación restrictiva de la excepción. Participando de que efectivamente las excepciones merecen ese criterio hermenéutico, habrá que convenir que las excepciones a una excepción han de ser tratadas de igual modo. Por lo tanto, si hay que actuar de modo restrictivo al contemplar qué procedimientos administrativos y ejecuciones laborales pueden continuar adelante pese a la declaración de concurso, otro tanto habrá que disponer respecto a qué se entiende por bienes "necesarios para la actividad profesional o empresarial".

Una interpretación como la que sostiene la concursada es desproporcionada por lo extensiva. Según su parecer, prácticamente cualquier bien puede ser considerado "necesario", porque la actividad o continuidad empresarial puede quedar afectada si se ejecuta. La norma ha establecido una excepción a la excepción, y por lo tanto también ha de interpretarse de modo restrictivo, sin incluir supuestos que no podían estar en el ánimo del legislador». D. Edmundo Rodríguez Achutegui

La liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y la aplicación de su producto a la satisfacción de los créditos contra la masa y concursales es causa de conclusión del concurso, prevista en el art. 176.1.4º de la Ley concursal (inexistencia de bienes y derechos, etc.). Su tramitación procesal tiene lugar en la sección quita del procedimiento (art. 183.5º) y se regula en el capítulo II del Título V de la citada Ley (arts. 142 a 162).

A la fase de liquidación se llega una vez finalizada la fase común (art. 142.2), directamente o después de frustrados los intentos de convenio (art. 143.1.2º, 3º y 4º) o ante el riesgo de su incumplimiento (art. 142.3 y 4), así como una vez declarado dicho incumplimiento (art. 143.1.5º). Los comentarios que siguen se dedican a su estudio, desde la óptica de la administración concursal, además de abordar algunos aspectos contables y tributarios, para finalizar con el derecho transitorio.

2.2. Apertura de la liquidación

Según la exposición de motivos: «La ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la de convenio, pero también le impone el deber de solicitar la liquidación, cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. En los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que

opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio. La unidad y la flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos pasar de forma rápida y simple a la fase de liquidación. Es ésta una de las principales y más ventajosas novedades que introduce la ley, frente a la anterior diversidad de procedimientos concursales y, concretamente, frente a la necesidad de solicitar la declaración de quiebra en los casos en que no se alcanzara o se incumpliera un convenio en el expediente de suspensión de pagos. Los efectos de la liquidación son, lógicamente, más severos. El concursado quedará sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y sustituido por la administración concursal; si fuese persona natural, perderá el derecho a alimentos con cargo a la masa; si fuese persona jurídica, se declarará su disolución, de no estar ya acordada, y, en todo caso, el cese de sus administradores o liquidadores. La ley reserva para esta fase de liquidación los clásicos efectos concursales de vencimiento anticipado de los créditos aplazados y conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones».

2.2.1. Iniciación

La apertura de la fase de liquidación, que la exposición de motivos considera solución alternativa y subsidiaria en el concurso, puede ser declarada por resolución judicial, a petición del deudor (liquidación voluntaria), de cualquier acreedor o de oficio (liquidación necesaria).

2.2.1.1. Solicitud del deudor

De la Ley concursal no parece deducirse que la solicitud de la liquidación por el deudor pueda constituir un deber, en todo caso, pues el art. 142.1 dispone que el deudor podrá pedir la liquidación: 1.º Con la solicitud de concurso voluntario, concordante con el art. 6.4⁹, a la que acompañará propuesta de plan de liquidación. La respuesta judicial a esta petición consiste en anunciarla en el Auto de declaración de concurso (art. 21.1.1º)¹⁰. Se interpreta, por tanto, que si se pidiese la liquidación, con la solicitud de declaración de concurso voluntario, y no se cumpliera el requisito de acompañar la propuesta de plan de liquidación, puede ser rechazada; 2.º Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones (diez días desde la comunicación del informe regulado en el Título IV, cuya publicidad se ordena en el art. 97), o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 96.4), siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite. Si se pidiese la liquidación, por el deudor, al día siguiente del auto de declaración de concurso, ya no deberá acompañar propuesta de plan de liquidación (art. 142.1.2º), aunque sería aconsejable; 3.º Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110, que le faculta para solicitar la liquidación (art. 142.1.3º); y, 4.º Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio, conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya (art. 142.1.4º).

Se observa que la petición de liquidación por el deudor, en algunos de los supuestos descritos, salvo que lo hubiese hecho con la solicitud, tiene lugar durante la

⁹ «En el supuesto previsto en el artículo 142.1.1º deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación».

¹⁰ No parece que haya obstáculo en que el deudor solicite la liquidación al allanarse a la demanda de concurso necesario (art. 18.1).

fase común del concurso. Pero si el deudor no pide la liquidación con la solicitud de declaración de concurso y espera a su apertura de oficio, una de las consecuencias será la inútil apertura de la fase de convenio, que habrá supuesto una lamentable pérdida de tiempo y gastos superfluos de publicación de edictos.

El Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona, por auto de fecha tres de febrero de dos mil cinco, con causa en anterior petición de liquidación por el deudor, acuerda la conclusión de la fase común del concurso y la apertura de la fase de liquidación (art. 142.2¹¹), así como fija con carácter definitivo la retribución que corresponde al administrador concursal, por su actuación en la fase común: «HECHOS. Único.- El día 2 de febrero de 2005 fueron presentados en el Juzgado los textos definitivos del informe de la administración concursal, derivados de las impugnaciones y ajustes al informe presentado el día 23 de noviembre de 2005, quedando dichos textos de manifiesto en la Secretaría del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Primero.- El artículo 98 de la Ley Concursal establece que, una vez puestos de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos del informe de la administración concursal el Juez debe dictar la resolución que proceda, de conformidad con lo que proceda en el título V de la Ley Concursal, destinado a regular el convenio o la liquidación de las masas del concurso.

En los presentes autos el concursado desde la memoria explicativa ha puesto de manifiesto la necesidad de liquidar la sociedad, liquidación que ya se reflejaba en el auto de declaración del concurso. El artículo 142 de la Ley Concursal habilita al deudor para pedir la liquidación prácticamente en cualquier momento desde la solicitud y durante toda la fase común.

Segundo.- Las facultades de la concursada ya quedaron suspendidas con el auto de declaración, de modo que no es necesario reiterar el pronunciamiento exigido por el artículo 145.1 de la Ley Concursal. Conforme al párrafo tercero del mencionado artículo, la apertura de la fase de liquidación determina la declaración de disolución de la sociedad y el cese de los administradores societarios existentes, sustituidos por la administración concursal. Manteniéndose los efectos de la declaración de concurso previstos en el título III de la Ley Concursal.

Tercero.- Tal y como prevé el artículo 146 de la Ley, la apertura de la fase de liquidación determina el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y, en su caso, la conversión, en dinero, de aquellos que consistan en otras prestaciones.

Cuarto.- El artículo 148 de la Ley Concursal prevé que la administración concursal haya de presentar un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa, siempre que sea factible, debiendo contemplar, siempre que fuera factible, la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos. El plazo previsto en la Ley es de 15 días que debe ser reducido a 8, conforme la regulación que el artículo 191.1 de la propia ley. El plazo se computa a partir del día siguiente a la apertura de la fase de liquidación.

Quinto.- El artículo 163 de la Ley Concursal establece los supuestos en los que procede la formación de la sección de calificación, el párrafo 1.2º determina la apertura de esta

¹¹ Cuando el deudor hubiese pedido la liquidación, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de liquidación, dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos.

sección cuando se abra la fase de liquidación, formándose dicha sección con la resolución que ordene la liquidación, previsto en el artículo 167.1 de la Ley.

La apertura de la sección de calificación lleva aparejada la apertura de un plazo de cinco días -artículo 168.1 de la Ley, en relación con el 191.1 del mismo texto legal- para que cualquier acreedor o persona con interés legítimo alegue por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso.

Sexto.- Al amparo del artículo 4.4 del Real Decreto Regulador del arancel de derechos de los administradores concursales (RD 1860/2004 de 6 de septiembre) debe precederse a fijar, con carácter definitivo, el arancel que le corresponde al administrador concursal una vez fijado de modo definitivo tanto el Inventario del activo como el pasivo del concurso: el pasivo total alcanza la suma de 479.722'24 € y el inventario del activo se fija en la suma de 269.181'46 €.

Vistos los criterios fijados en el auto de 22 de noviembre de 2004 deben realizarse los ajuste correspondientes: 4.615'08 € por el activo más 2.939'16 €, lo que determina un total de 7.554'24 €, a los que deben aplicarse los correctivos ya aplicados en el auto de 22 de noviembre:

- reducción del 25% por liquidación.- 5.665'68 €.

- Incremento de un 10% por haberse suspendido las facultades del concursado.- 6.232'25 €.

- Incremento del 5% por tramitarse en procedimiento abreviado.- 6.543'86 €.

Tal y como se constata en el informe, el administrador concursal no ha percibido todavía suma alguna con cargo a la masa. Tanto si por artículo 84 de la Ley concursal como el artículo 8 del Real Decreto regulador de los aranceles al administrador concursal le corresponde cobrar en este caso la totalidad de sus honorarios por la fase común dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de esta resolución. Requiriendo al Administrador del Concurso para que comuniqué al Juzgado la efectividad de dicho cobro.

Visto lo cual, DISPONGO:

a) La conclusión de la fase común del concurso de la entidad mercantil TALLERES AGOCÉN SL.

b) La apertura de la fase de liquidación de la mencionada mercantil ordenando formar la sección quinta del concurso que se encabezará con testimonio del auto de declaración del concurso y testimonio de la presente resolución.

c) La apertura de la fase de liquidación determina la declaración de disolución de la mercantil TALLERES AGOCÉN SL y el cese de sus administradores, que son sustituidos por la administración concursal.

d) La apertura de la fase de liquidación determina el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y, en su caso, la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

e) Se requiere a la administración concursal para que en plazo de 8 días desde la notificación de esta resolución presente al Juzgado el plan de liquidación en los términos previstos en el artículo 148 de la Ley.

f) Se ordena formar la sección sexta o de calificación del concurso, sección que se encabezará con testimonio del presente auto, testimonio de la solicitud de declaración de concurso con la documentación presentada por el concursado y la requerida por el Juez en el auto de declaración del concurso y el auto de declaración de concurso.

g) Dentro de los cinco días siguientes a la última de las publicaciones que se acordarán, cualquier acreedor o cualquier persona legítimamente interesada podrá alegar por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso.

h) Se fija con carácter definitivo la retribución que conforme a arancel corresponde al administrador concursal por su actuación en la fase común, retribución que asciende a la suma de 6.543'86 €, cantidad que percibirá con cargo a la masa, requiriendo al administrador para que comunique al juzgado el momento en el que se haya producido ese cobro. Se ordena llevar testimonio de esta resolución a la sección segunda del concurso, destinada a la retribución de los administradores.

i) Se ordena librar mandamiento al Registro Mercantil, acompañado del testimonio de esta resolución, al objeto de que se proceda a dejar constancia en el Registro del contenido de la presente resolución indicando al Registrador la firmeza del auto una vez transcurran los planos legalmente previstos en cuanto a la posibilidad de recurso.

j) Respecto de la publicidad que deba darse a esta resolución el artículo 144 de la ley concursal hace una remisión genérica a los artículos 23 y 24 de la propia Ley. Lo que permite acordar, en atención a las circunstancias de este concurso, la simple publicidad del edicto en los tabloneros de anuncios correspondientes, sin necesidad de publicidad adicional, dado que el artículo 23 sólo reclama publicidad cualificada -BOE y diario de difusión territorial- al auto de declaración y a aquellos expresamente previstos en la ley.

k) Contra esta resolución cabe recurso de reposición en el plazo de 5 días desde la notificación de la presente resolución, dado que ha de aplicarse el régimen genérico de recursos previstos en el artículo 197.2 de la ley concursal.

Así lo dispone y firma José María Fernández Seijo, Magistrado del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona».

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil¹², celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «2º.- Cuando el concursado inste la apertura de la fase de liquidación ya en la misma solicitud de concurso, acompañando la preceptiva propuesta de plan de liquidación, art. 6.4 LC, ¿es posible el control del cumplimiento real de tal carga procesal en el trámite de declaración de concurso?, ¿es suficiente para el concursado cualquier contenido de su propuesta, por genérica y parca que sea, para dar por cumplida la carga?

Conforme al art. 6.4 LC, tal propuesta de plan de liquidación, para el supuesto en que se pida la apertura de tal fase desde el momento de la solicitud de concurso voluntario, es un documento preceptivo, y su ausencia podría generar la inadmisión del concurso, art. 13.2 LC.

Parece que la propuesta de plan de liquidación carente de un contenido mínimo y serio, o que simplemente indique que los bienes se enajenarán conforme a la LEC, debe ser equiparada a la ausencia de propuesta, sin que la mera formalidad llene por sí misma la carga que legalmente se impone al solicitante del concurso que desea optar por la solución liquidatoria de proponer el proyecto de liquidación, ya que ello entrañaría un fraude procesal, art. 11.2 LOPJ y 6.4 CC. Tal carga se encuadra en el deber general de colaboración del concursado con la tramitación del concurso, art. 42 LC, y su incumplimiento, o cumplimiento meramente ficticio, debe ser acompañado de las consecuencias que legalmente se fijen, como expresamente hace el art. 165.2º LC.

¹² Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

No obstante el rigor de la posición anterior, ha de tenerse presente que finalmente, en todo caso, el deber de elaborar la propuesta de plan de liquidación termina por recaer exclusivamente sobre la administración concursal, art. 148 LC, pudiendo para ello tomar en cuenta o prescindir por entero de la propuesta realizada con la solicitud de concurso por el concursado. A la luz de la total ausencia de consideración en el art. 148 LC de la propuesta exigida para la solicitud inicial de concurso, la inadmisión por su carencia, o presencia meramente formal, se muestra como una solución excesivamente gravosa».

La Ley confiere al concursado la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación durante la fase de convenio, según previene el art. 128.3, en el plazo de diez días, contado de la fecha de conclusión de la junta de acreedores que aceptó una propuesta de convenio presentada por acreedores, a la que el deudor no hubiese prestado su conformidad.

2.2.1.2. Solicitud por la administración concursal

El Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao, por Auto de fecha cinco de febrero de dos mil siete, considera que la administración concursal puede y debe adoptar la decisión de continuar o no [la actividad empresarial], sin obligar a un trámite retardatario y antieconómico de espera a la apertura de oficio de la liquidación, es decir, legitima a este órgano del concurso para solicitar la liquidación: «ANTECEDENTES DE HECHO. ÚNICO.- En el presente procedimiento concursal número 18/06, la Administración Concursal tiene solicitada la liquidación del concurso, según escrito presentado por la Procuradora de los Tribunales..., el 16 enero de dos mil siete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Dispone el artículo 142.2 de la Ley Concursal (LC) que, dentro de los quince días siguientes a la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto los textos definitivos del informe de la administración concursal y de sus documentos complementarios, el Juez, si la deudora tiene solicitada la liquidación del concurso, debe dictar auto poniendo fin a la fase común y abriendo la liquidación del concurso.

SEGUNDO.- En el presente caso el procedimiento concursal se encuentra en el trámite previsto en el precepto acabado de citar y es la Administración Concursal quien tiene solicitada la liquidación del concurso, por lo que resulta forzoso proceder conforme a lo solicitado.

Es la petición del deudor la que resulta vinculante para el juzgador, pero cuando, como en el asunto, éste ha sido suspenso, además, desde escasos días después de la declaración de concurso, y está embargado preventivamente el administrador social único del momento de esa declaración, de un lado, el deudor carece de facultades de disposición patrimonial, sin duda la decisión de liquidar la fundamental y definitiva, y de otro, se halla perfectamente desvinculado en sus órganos de administración de la marcha de la actividad y de las estrategias del negocio en concurso, máxime cuando, según aquí acontece, el administrador social único es el socio mayoritario, con sus participaciones sociales trabadas a las resultas del procedimiento colectivo.

Obviamente, en este particular supuesto, en que la administración societaria está suspensa, y el órgano soberano de la persona jurídica, ni es viable sea convocado, ni tendrían sentido su formación de voluntad, debe entenderse que la Administración Concursal es quien puede y debe adoptar la decisión de continuar o no, sin obligar a un trámite retardatario y antieconómico de espera a la apertura de oficio de la liquidación,

apurando las inexistentes posibilidades de un convenio, con convocatoria a una junta de acreedores que se sabe no se celebrará.

TERCERO.- Abierta la fase de liquidación procede acordar lo previsto para la misma en los artículos 144,145,146,148 y 163.1.2° de la LC. Por eficiencia, será la Administración Concursal quien informe sobre la retribución definitiva por su encargo.

PARTE DISPOSITIVA:

1.- Se declara finalizada la fase común del presente procedimiento concursal del deudor MATRINOR S.L.

2.- Se abre la fase de liquidación, formándose la sección quinta que se encabezará con testimonio de esta resolución.

3.- Durante la fase de liquidación se mantendrán en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio, declarándose disuelta MATRINOR S.L., y perseverando como liquidadores los miembros de la administración concursal, que sustituyen a la concursada

4. - La Administración Concursal evacuará informe sobre su retribución definitiva, a fin de que pueda dictarse resolución al respecto con todos los datos.

5.- Anúnciese por edictos la apertura de la fase de liquidación, que se fijarán en el tablón de anuncios del Juzgado y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado y en el periódico DEIA. Inscribase, asimismo, en los Registros correspondientes la apertura de la fase de liquidación, librándose los oportunos mandamientos al Registro Mercantil.

6.- En el plazo de QUINCE DÍAS computados desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la LC.

7.- Fórmese la Sección sexta de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso (artículo 163.1.2° de la LC). Hágase constar en el edicto que dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la última publicación del mismo, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo, podrá personarse en dicha sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable. En resolución separada de esta fecha, se resuelve sobre la retribución de los administradores por la fase común y se fija la correspondiente a la fase de liquidación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de REPOSICIÓN ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 197.2 de la LC y 451, 452 de la LECn)».

D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

Me parece más seguro que la Ley concursal no legitima a la administración concursal para solicitar la liquidación, pese a que el órgano de administración societario haya sido suspendido y sustituido, pues durante la tramitación del concurso se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración..., según dispone el art. 48, e incluso, cuando se declare el cese de los administradores o liquidadores, consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (Art. 145.3¹³), los administradores sociales conservarán las facultades de representación

¹³ «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los

procesal y otras que no se relacionen con la administración patrimonial, como declara el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 4 de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2005. Además, con esta iniciativa de solicitarse la liquidación por la administración concursal, si el Juzgado acordase la apertura de la fase de liquidación, se impide la apertura de la fase de convenio y al deudor y a los acreedores la posibilidad de presentar propuestas de convenio (art. 113).

2.2.1.3. Solicitud de acreedor

Según el art. 140.1, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio, en lo que le afecte, podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y se tramitará por el cauce del incidente concursal.

Y el art. 142.4 dispone que cualquier acreedor, por supuesto concursal y considero que también el titular de crédito contra la masa, podrá solicitar la liquidación, si el deudor no la solicitase durante la vigencia del convenio, con causa en lo dispuesto en el art. 2.4¹⁴, es decir, si acredita alguno de los hechos de insolvencia descritos. El Juez dará a dicha solicitud el trámite previsto en los artículos 15¹⁵ y 19¹⁶ [¿y el 18?] de la Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación.

2.2.1.4. Apertura de oficio

Según el art. 143: «1. Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en los siguientes casos:

1.º No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas (art. 106).

2.º No haberse aceptado en junta de acreedores ninguna propuesta de convenio (arts. 121 a 126).

3.º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores, sin que proceda acordar nueva convocatoria (art. 131).

4.º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez (arts. 133 y 197).

5.º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio (art. 140 y [167.2](#)).

administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley».

¹⁴ «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

¹⁵ «... el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse».

¹⁶ «La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición...».

2. En los casos 1.º y 2.º del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento. En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive».

A la resolución de la apertura de la fase de liquidación se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 (art. 144), es decir, por medios telemáticos, informáticos, electrónicos, BOE y otros periódicos oficiales, diarios, Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad u otros registro públicos, según proceda, pudiendo, el Juez -de oficio o a instancia de interesado- acordar cualquier publicidad complementaria en medios oficiales o privados que considere oportuno. Consecuencia de esta publicidad, los interesados tendrán conocimiento, además, de la apertura de la sección sexta (calificación).

El Juzgado de Primera Instancia N° 12 de Valladolid, por Auto de fecha trece de julio de dos mil seis, declara finalizada la fase común y acuerda abrir la fase de liquidación, con causa en que la sociedad deudora estaba disuelta y en liquidación antes de la solicitud de concurso: «ANTECEDENTES DE HECHO. ÚNICO.- En el presente procedimiento concursal número 510 /2005, el deudor MOLDURAS GERSANZ S.L. ya se encontraba en liquidación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Dispone el artículo 142.2 de la Ley Concursal que, dentro de los quince días siguientes a la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto los textos definitivos del informe de la administración concursal y de sus documentos complementarios, el Juez, si el deudor tiene solicitada la liquidación del concurso, debe dictar auto poniendo fin a la fase común y abriendo la liquidación del concurso.

SEGUNDO.- En el presente caso el procedimiento concursal se encuentra en el trámite previsto en el precepto acabado de citar y, por otra parte, el deudor ya se encontraba en liquidación, por lo que resulta forzoso proceder conforme a lo solicitado, ya que esta situación resulta vinculante para el juzgador.

TERCERO.- Abierta la fase de liquidación procede acordar lo previsto para la misma en los artículos 144, 145, 146, 148 y 163.1.2º de la LC.

PARTE DISPOSITIVA: 1.- Se declara finalizada la fase común del presente procedimiento concursal del deudor MOLDURAS GERSANZ S.L.; 2.- Se abre la fase de liquidación, formándose la sección quinta que se encabezará con testimonio de esta resolución; 3.- Durante la fase de liquidación continuarán en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC; 4.- Se declara disuelta la mercantil "MOLDURAS GERSANZ S.L.", cesando en su función sus liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal; 5.- Anúnciese por edictos la apertura de la fase de liquidación, que se fijarán en el tablón de anuncios del Juzgado. Inscríbase, asimismo, en los Registros correspondientes la apertura de la fase de liquidación, librándose los oportunos mandamientos al Registro Mercantil; 6.- En el plazo de quince días computados desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la LC; 7.- Fórmese la Sección sexta de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso». D. Javier Escarda de la Justicia.

El Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, por Auto de fecha 26 de enero de 2006, decreta de oficio la apertura de la fase de liquidación en concurso de acreedores, al no haberse aceptado la propuesta de convenio en la Junta de acreedores: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- En fecha 2005 se recibió en este Juzgado, escrito presentado por el Procurador de los Tribunales...en nombre y representación de la entidad ALGODONERA DE LAS CABEZAS, S.A., de solicitud de declaración de concurso de su representado, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos de capacidad y legitimación y acompañada de los preceptivos documentos exigidos por los artículos... de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- Estimada completa la solicitud, en fecha..., y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 se dictó auto de declaración de concurso voluntario de acreedores en la forma y con los requisitos exigidos en el artículo 21 y 22 y dándole al mismo la publicidad prevista en los artículos 23 y 24, formándose las Secciones Primera a Cuarta de las previstas en el artículo 183, todos ellos de la Ley Concursal.

TERCERO.- En el mismo auto de declaración de concurso de acreedores se procedió a la designación de los miembros integrantes de la Administración Concursal, los cuales en fecha... aceptaron y tomaron posesión de su cargo y en fecha...

CUARTO.- En fecha..., dentro del plazo conferido a tal efecto por la Ley Concursal, por la administración concursal se presentó el preceptivo informe en la forma y con el contenido establecido en los artículos 74 y 75 del referido texto legal, acompañado del correspondiente inventario y lista de acreedores, efectuándose comunicación individualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 95 y 96 a los efectos de la posible impugnación.

QUINTO.- Transcurrido el plazo sin que se hubiese efectuado impugnación alguna o puestos de manifiesto los textos definitivos de dichos documentos, en fecha..., dentro de los quince días siguientes a la expiración del mismo, se dictó auto poniendo fin a la fase común de concurso, abriendo la fase de convenio, ordenando la formación de la sección quinta y la convocatoria de la junta de acreedores para el día 16 de enero de 2006.

SEXTO.- Llegado el día señalado para la Junta, y después de debatida la propuesta de convenio presentada por el concursado no se aceptó por los acreedores.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- Con arreglo a lo previsto en el artículo 143.1 2º y 143.2 de la Ley Concursal, procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en el caso de no haberse aceptado dentro del plazo legal ninguna propuesta de convenio, acordándose por el Juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

SEGUNDO.- La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la Ley Concursal, y tratándose de concursado persona jurídica, la apertura de la liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores que serán sustituidos por la administración concursal, de conformidad con lo establecido en el artículo 145.3.

TERCERO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 146, además de los efectos establecidos en el capítulo II del título III de esta Ley, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley Concursal, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas de este capítulo.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 del mismo cuerpo legal, dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la resolución de la apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, presentará ésta al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.

SEXTO.- A la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación, sea a solicitud del deudor, de acreedor o de oficio, se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, PARTE DISPOSITIVA: Se decreta la apertura de la fase de liquidación del presente expediente de concurso necesario de la entidad ALGODONERA DE LAS CABEZAS, S.A. seguido en este Juzgado con el nº 43/04.

Se declara la disolución de la referida entidad, el cese de los administradores que serán sustituidos por la administración concursal y la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley.

Se decreta el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

Requírase a la administración concursal a fin de que presenten ante este Juzgado, en el plazo de quince días siguientes a la notificación de la presente resolución, el plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.

Notifíquese la presente resolución al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

Hágase público, igualmente, el presente auto de apertura de la fase de liquidación por medio de edictos que se insertarán con la mayor urgencia en el Boletín Oficial del Estado y en el diario... en la forma y con los requisitos establecidos en la Ley Concursal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Concursal, expídanse mandamientos al Registro Mercantil de Sevilla, para la anotación, en la Inscripción correspondiente al concursado, de la declaración de liquidación de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del mismo e igualmente expídanse mandamientos a los Registros de la Propiedad de... y de... donde figuran inscritos los bienes y derechos del deudor para la práctica de las anotaciones preventivas correspondientes, librándose para ello los preceptivos oficios y mandamientos que serán entregados al procurador del solicitante para su inmediata remisión a los medios de publicidad y práctica de los asientos registrales previstos». Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano. No se observa disposición expresa sobre formación de la sección sexta (calificación).

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil¹⁷, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «1º.- En el supuesto en que, ya presentado el informe de la

¹⁷ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

administración concursal, se advierte que, dada la situación patrimonial del concursado reflejada en tal informe, no es probable que se presente propuesta de convenio alguna, pero no se haya solicitado la liquidación por el deudor concursado, ¿es posible soslayar el plazo de espera que implica la convocatoria de junta de acreedores prevista en los arts. 111 y 113.2 LC?.

Lo cierto es que el trámite previsto legalmente no deja lugar a dudas, y debe convocarse junta dentro de los 3 meses siguientes a la fecha del auto poniendo fin a la fase común, art. 111.2 pf. 2º LC, y esperar hasta 40 días antes de la fecha señalada para la junta, art. 113.3 LC, para abrir de oficio la fase de liquidación, art. 143.1.1º LC.

No obstante, según el estado del concurso y la situación patrimonial de la concursada, puesto de manifiesto por la administración concursal durante la fase común, ese plazo de espera puede suponer la dilación del proceso y la generación de nuevos créditos contra la masa, que no tiene demasiado sentido soportar cuando con toda garantía no habrá propuesta de convenio alguna.

Se abre así paso alguna práctica consistente en interpelar a la concursada y a los acreedores personados sobre la posibilidad de abrir directamente la liquidación al término de la fase común, y ante su silencio, proceder directamente a su apertura.

Quizás una forma de reducir al máximo ese plazo de espera en estos casos, respetando el trámite legal, sea fijar lo más próxima posible la fecha de celebración de la junta, ya que el plazo de 3 meses del art. 111.2 LC es sólo un máximo, y se computará, al aparecer señalado en meses, de fecha a fecha, art. 133.3 LEC y 185 LOPJ, mientras que el plazo del art. 113.2 LC, hasta 40 días antes de la fecha de la junta, se computa, por constar indicado en la ley precisamente en días, excluyendo los inhábiles, art. 133.2 LEC, lo que arroja un desfase muy corto entre uno y otro plazo.

Cuestión conexa con la tratada es si se tiene que rechazar la solicitud de liquidación formulada por el concursado cuando se haya convocado junta por el supuesto del art. 111.1 LC, ni propuesta de convenio ni petición de liquidación anterior, ya que el art. 142.1.4º LC sólo permite al concursado reaccionar frente a la propuesta de convenio presentada por los acreedores, pidiendo él la liquidación, en el caso del art. 113.1 LC, existencia de una propuesta de convenio, pero no en el del art. 113.2 LC, convocatoria de junta sin propuesta de convenio.

En tal caso, parece imponerse legalmente al concursado, que no hubiera solicitado durante otra fase del concurso la liquidación, la carga de esperar a la propuesta de convenio de los acreedores o al plazo de 40 días previos a la fecha de la junta sin tal propuesta, sin que en este momento tenga efectividad su solicitud de liquidación, con o sin propuesta de liquidación presentada. Ello parece guardar escasa lógica si se tiene presente que el art. 128.3 LC permite reaccionar al concursado frente al convenio ya aprobado pidiendo entonces la liquidación».

2.2.1.5 Incumplimiento de convenio

Sin embargo, el deudor deberá pedir la liquidación, necesariamente, durante la vigencia del convenio, cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos [en el convenio] y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél [créditos extraconcursales]. Es decir, contempla como causa de esta obligatoria petición el previsible incumplimiento de convenio, que supone implícitamente la imposibilidad de satisfacer los créditos concursales o de atender los créditos contra la masa (a su vencimiento) y los posteriormente contraídos durante la vigencia del convenio, lo que se podría denominar nueva insolvencia actual o inminente respecto de los créditos concursales y de las deudas contra la masa, etc. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142.3). Este precepto

impone al concursado el deber de pedir la liquidación de su patrimonio y dejar sin efecto el convenio en fase de cumplimiento, pero queda a su libre albedrío valorar la imposibilidad de cumplimiento del convenio aprobado por resolución firme y solicitar la liquidación, así como, al parecer, no concede margen de control alguno al Juez, que dictará auto abriendo la fase de liquidación, sin contradicción. No señala la Ley plazo para pedir la liquidación, es este caso, simplemente menciona que deberá hacerlo cuando conozca los hechos tasados, lo que puede querer decir que lo hará inmediatamente. No obstante, la inobservancia de este deber no queda impune, pues si el incumplimiento del convenio se declara a instancia de acreedor concursal en lo que le afecte (arts. 140 y 143.1.5º) o si la apertura de la liquidación se acuerda a solicitud de cualquier acreedor concursal o extraconcursal, por alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del art. 2 (art. 142.4), puede dar lugar a la calificación de concurso culpable.

El Auto, de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, el Juzgado de 1ª Instancia N° 10 y Mercantil de Santander, considera que resulta forzoso proceder conforme a lo solicitado de que se dicte Auto acordando la apertura de la fase de liquidación de conformidad con lo establecido en el art. 142.3 de la Ley Concursal, ya que esta petición del deudor resulta vinculante para el juzgador: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Dispone el artículo 142.3 de la Ley Concursal (LC) que "El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación."

SEGUNDO.- En el presente caso el procedimiento concursal se encuentra en el trámite previsto en el precepto acabado de citar por lo que resulta forzoso proceder conforme a lo solicitado, ya que esta petición del deudor resulta vinculante para el juzgador.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y en aplicación analógica del Art. 140.3 de la L.C. se acuerda la rescisión del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el art. 136 y abierta la fase de liquidación procede acordar lo previsto para la misma en los artículos 144, 145, 146, y 148 de la Ley Concursal.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 163.2 de la L.C, procede la reapertura de la sección de calificación con incorporación a la sección sexta de testimonio de la presente resolución, del convenio, de la Sentencia aprobatorio del convenio y del escrito de la concursada solicitando la apertura de la fase de liquidación.

PARTE DISPOSITIVA

1. - Se concluye la fase de convenio y se abre la fase de liquidación del concursado GREYCO S.A., convirtiéndose en este sentido el contenido de la sección quinta., con los efectos previstos en el art. 142 y siguientes de la L.C.

2.- Durante la fase de liquidación quedarán en suspenso las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC.

3. - De conformidad con el art. 145.3 de la L.C. se declara la disolución del concursado GREYCO S.A. , acordándose el cese de sus administradores, que serán sustituidos por la administración concursal, nombrándose nuevamente a los administradores D. JESÚS PELLÓN FERNÁNDEZ-FONTECHA , D. FERNANDO GÓMEZ MARTÍN y D. LUIS MARÍA CASERO SAENZ DE MIERA.

4.- Los efectos sobre los créditos concursales son los previstos en el art. 146 de la LC, produciéndose desde este momento su vencimiento anticipado y la conversión en dinero de los que constan en otras prestaciones.

5.- Anúnciese por edictos la apertura de la fase de liquidación, que se fijarán en el tablón de anuncios del Juzgado y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado y en el periódico "El Diario Montañés".

Inscríbase, asimismo, en el Registro Mercantil la apertura de la fase de liquidación y la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el Título III de la LC y el nombramiento de los administradores concursales, librándose a tal efecto el oportuno mandamiento. Igualmente, caso de constar la titularidad por parte del deudor de cualesquiera bienes o derechos inscritos en registros públicos, procédase a anotar preventivamente en la hoja de cada uno de ellos la apertura de la fase de liquidación y la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio con todos los efectos establecidos en el título III de la LC.

6. - En el plazo de QUINCE DÍAS computados desde la notificación de esta resolución, la administración concursal presentará un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concursado conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la LC.

7. - Se acuerda la reapertura de la sección de calificación del concurso, con incorporación a la sección y sexta de testimonio de la presente resolución, del convenio de la Sentencia aprobatoria del convenio y del escrito de la concursada solicitando la apertura de la fase de liquidación. Hágase saber a los acreedores o a cualesquiera titular de un interés legítimo que, dentro de los 10 días siguientes a la última publicación de esta resolución, de conformidad con lo establecido anteriormente podrá personarse alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable». Doña María del Mar Hernández Rodríguez

2.2.1.6. Publicidad

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil¹⁸, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «3º.- La publicidad que ha de darse al auto de apertura de la fase de liquidación, art. 144 LC, ¿abarca en toda su extensión la previsiones de los arts. 23 y 24 LC, en especial, la publicación de edictos en el BOE y en diarios de mayor difusión en la provincia?, ¿y si ello supone comprometer los recursos de la masa activa, o incluso si ésta es insuficiente para ello?».

La cuestión se relaciona íntimamente con los supuestos en los que la masa activa pueda difícilmente costear nuevos gastos de publicidad, ya que la remisión genérica del art. 144 LC al art. 23 LC impide excluir la publicación del anuncio de la apertura de la liquidación en el BOE y en un diario de los de mayor difusión en la provincia del centro principal de intereses de la concursada.

Pese a que tal remisión no discrimine los supuestos para darles una diferente publicidad, podría entenderse que el art. 23 LC sí distingue entre una publicidad común a toda resolución concursal que deba gozar de ella, en el art. 23.1 pf. 1º LC, donde se incluiría la apertura de la fase de liquidación, de una publicidad específica y exclusivamente destinada a la declaración de concurso, en el pf. 2º, el cual comienza señalando “no obstante lo anterior”, para distinguir ese supuesto, declaración de

¹⁸ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

concurso, de todos los demás, donde es suficiente la publicidad el pf. 1º del precepto, sin perjuicio, además, de la que complementariamente pueda acordar el juez del concurso, art. 23.2 LC».

2.2.2. Efectos

La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos jurídicos, a saber:

1) Sobre el deudor (art. 145)

a) La suspensión de sus facultades de administración y disposición, si las hubiere conservado

b) Si fuese persona natural, la pérdida del derecho a alimentos, aunque se mantienen sus obligaciones como alimentista y sus derechos sobre prestaciones inembargables

c) Si fuese persona jurídica, su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, para que procedan de conformidad con lo establecido en esta Ley. Sin embargo, este alejamiento o marginación del deudor no le exonera de su deber de colaboración (art. 42); y, d) La formación de la sección sexta de calificación (art. 167).

No obstante, el deudor conservará su capacidad procesal en el concurso y subsiste el derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso, a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC), según declara el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 4 de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2005: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- El recurso planteado por la administración concursal suscita el problema de la representación procesal del concursado persona jurídica una vez abierta la fase de liquidación. Aunque el artículo 145.3 de la Ley Concursal (en relación con el art. 48.1 del mismo texto) prevea, alcanzada esa fase, el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la Constitución. Teniendo en cuenta que, entre otras cosas, todavía está en trámite la sección de calificación (donde está prevista, en caso de imputación de culpabilidad, la intervención separada del propio deudor- artículo 170.2 de la LC) y que quienes han venido siendo los responsables de la concursada pueden enfrentar, en ese y en otros aspectos, sus intereses con los de la administración concursal (que vela por los de la masa y no por los de la concursada), no puede sino concluirse que existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC).

SEGUNDO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de este recurso, puesto que el argumento de los administradores concursales se ajustaba a la literalidad de la Ley Concursal, aunque ésta deba ser interpretada a la luz de la exigencia constitucional del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, evitando la indefensión. Y la LEC (art. 394 de la LEC) permite eludir la condena en costas en

supuestos que puedan generar dudas de derecho como las planteadas ante este juzgado por la administración concursal». D. Enrique García García.

Sin embargo, aunque el deudor pueda mantener su representación y defensa separada por medio de sus propios procuradores y abogado, durante la fase de liquidación, deberá garantizar ante el Juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerá sobre la masa activa (art. 51.2).

2) Sobre los créditos concursales (art. 146)

a) El vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones, según el art. 88.

b) La reanudación de ejecuciones de garantías reales, cuyas actuaciones hubieran quedado suspendidas por la declaración de concurso *ex art. 56*, que se acumularán al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, según el art. 57.3.

3) Sobre los créditos contra la masa

Posibilidad de iniciar ejecuciones para hacerlos efectivos, según el art. 154.2.

4) Otros efectos jurídicos

Como consecuencia de la resolución judicial que declare incumplido el convenio, éste se torna ineficaz, es decir, queda rescindido, según establece el art. 140.4, para el supuesto de declaración de incumplimiento de convenio, a solicitud de acreedor, y desaparecen los efectos sobre los créditos *ex art. 136*¹⁹, además de reponerse la administración concursal, si hubiera cesado, para que se encargue de las operaciones de liquidación (plan, etc.), asuma la administración del patrimonio concursal, sustituyendo al deudor, y prepare el informe de calificación (art. 169). Lógicamente, la administración concursal tendrá en cuenta lo previsto en el art. 162²⁰, sobre coordinación de pagos anteriores en fase de convenio. Considero que iguales efectos se producirán en el caso de apertura de la liquidación *ex art. 142.3*, es decir, cuando lo solicite el deudor ante la imposibilidad de cumplir el convenio, y en el supuesto del art. 142.4, cuando solicite cualquier acreedor que acredite alguno de los hechos previstos en el art. 2.4 de la Ley concursal.

El comentario anterior sobre la necesidad de reponer el órgano de administración, cesado con la aprobación de convenio, en este supuesto de apertura de la fase de liquidación, durante la fase de cumplimiento de convenio, permite matizar que la reposición de los mismos administradores concursales, aunque posible y prevista en la Ley, puede no ser conveniente o procedente, con causa en incompatibilidades

¹⁹ *Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.*

²⁰ *«1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. 2. Quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente».*

nacidas de las funciones que el convenio les hubiese encomendado (art. 133.2 en relación con el art. 28.1 de la Ley concursal).

Expreso la preocupación, sin alcanzar solución satisfactoria, sobre si se rescinde el convenio, por incumplimiento, y se hubiese cumplido en parte, al igual que cuando se abre la liquidación a petición del concursado, durante la vigencia del convenio, sobre algunas de las previsiones del art. 100.2, que permite:

- a) Conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o créditos participativos. Parece que quedará rescindida, si hubiese sido formalizada.
- b) Enajenación del conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, o de determinadas unidades productivas, a favor de adquirente, que haya asumido la continuidad de dichas actividades y el pago de créditos contra la masa y concursales ¿rescisión? No parece solución adecuada, pues a idéntica solución podría llegarse vía liquidación. Significa que enajenados todos los bienes y derechos de la masa activa, convencionalmente, se hace indisponible para el deudor la petición de liquidación, pues de hecho ya han sido liquidados, aunque no estoy muy seguro.

Según el art. 147, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, que regula los efectos de la declaración de concurso, es decir, deberán respetarse los arts. 40 a 73, en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación (capítulo II, del título V, concretamente los arts. 142 a 162), y pueden destacarse los arts. 43 (conservación y administración de la masa activa), 44 (continuación de actividades), 45 (contabilidad), 46 (cuentas anuales), 51 (continuación juicios declarativos), 54 (ejercicio de acciones), 58 a 60 (prohibición de compensación, suspensión del devengo de intereses, interrupción de la prescripción), así como los arts. 71 a 73 (acciones de reintegración).

El repuesto órgano de administración concursal deberá actualizar la lista de acreedores, a la fecha del Auto de apertura de la fase de liquidación, con la clasificación correspondiente de los créditos concursales, así como la relación de créditos contra la masa, según fundada opinión del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, en la Sentencia de fecha cinco de febrero de dos mil siete: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos y fundamentos de derechos que estimaba de aplicación, suplicando que, se tuviera por presentado dicho escrito con los documentos que acompañaba y previos los trámites legales dictara sentencia por la que se modificara el Inventario de Bienes y la Lista de Acreedores en los términos interesados, con todos los pronunciamientos inherentes, incluida la condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se mandó emplazar a la parte demandada por un plazo de diez días para que contestara a la demanda, lo que así hizo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación; y estimándose que la cuestión litigiosa era de naturaleza jurídica, se declararon los autos conclusos para resolver.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- La Tesorería General de la Seguridad Social solicita se califique como crédito contra la masa la deuda contraída con posterior a la declaración del concurso, incluso la generada durante la vigencia del convenio, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados quinto y décimo del artículo 84. Entiende, en este sentido, que es un crédito generado por el ejercicio de la actividad

empresarial tras la declaración de concurso y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo citado, debe considerarse crédito contra la masa. La administración concursal, por el contrario, considera que sólo merecen tal consideración los créditos generados tras la reapertura del concurso, a instancias del deudor, ante la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el convenio.

SEGUNDO.- La Ley Concursal no contempla de qué forma han de calificarse los créditos generados durante la vigencia del convenio. Simplemente contempla la apertura de la fase de liquidación, a instancias del deudor, cuando éste conozca que no puede cumplir con los compromisos asumidos en el convenio (artículo 142.3º de la LC), o bien de oficio, cuando alcance firmeza la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio (artículo 143.1º.5º). A falta de cualquier otra previsión normativa, debe recurrirse al artículo 180 de la Ley, que regula la reapertura del concurso tras aparecer bienes y derechos con posterioridad al auto de conclusión. De acuerdo con dicho precepto, los "textos definitivos del inventario y la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses". En lo que a la lista de acreedores se refiere, la actualización consistirá en "indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores", teniendo en cuenta, para ello, "lo dispuesto en los capítulos II y III del Título IV de esta Ley". Esto es, hay una remisión al conjunto de normas para la determinación de la masa pasiva (artículos 84 y 94) y no solamente al artículo 84.2º que regula los créditos contra la masa. El auto de 27 de julio de 2.006, por el que se acordaba la apertura de la fase de liquidación, ordenó a la administración concursal la actualización de la Lista en la forma prevista en el artículo 180, pronunciándose al que la ahora impugnante no puso reparo alguno. Ciertamente, todos los créditos generados durante la vigencia del convenio son posteriores a la declaración; ahora bien, aprobado el convenio, cesan todos los efectos de la declaración del concurso (artículo 133.2º de la Ley) y cesan en su cargo los administradores concursales. La empresa, por tanto, deja de estar en concurso, por mucho que esté pendiente el auto que declare íntegramente cumplido el convenio (artículo 139). El deudor recupera sus facultades de administración y disposición, por lo que puede contraer libremente nuevas obligaciones. El artículo 84.2º, apartado quinto, de la Ley Concursal no debe interpretarse en su literalidad, como pretende la impugnante. Por tanto, no basta con que el crédito se haya generado "tras la declaración del concurso" para que merezca la consideración de crédito contra la masa, sino que es necesario que el crédito nazca estando vigentes todos los efectos que se anudan a la declaración y, en concreto, que se haya contraído por iniciativa de la propia administración concursal -en los supuestos de suspensión de las facultades de administración y disposición- o con su conformidad -en los supuestos de intervención-. Dicha interpretación se acomoda al tenor literal del artículo 180 de la Ley y es coherente con el espíritu y finalidad del artículo 84. De acogerse la tesis de la impugnante, no sería necesario actualizar la Lista ni aplicar el conjunto de las reglas de reconocimiento recogidas en la Ley Concursal, pues todos los créditos posteriores deberían ser calificados como crédito contra la masa. Se incrementaría, de forma desmesurada, el volumen de créditos contra la masa, sobre todos en aquellos casos en los que el periodo de vigencia del convenio se hubiera prolongado, con el consiguiente perjuicio para el conjunto de acreedores de la Lista inicial. La administración concursal, al calificar el crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social, ha aplicado correctamente los criterios contemplados en los artículos 89 y 90 de la Ley Concursal, extremo que no cuestiona la impugnante, limitando la condición de crédito contra la masa a la deuda generada mientras el concurso desplegó todos sus efectos, esto es,

desde la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio y a partir del auto en que se acuerda la reapertura del concurso y se repone en su cargo a los administradores concursales. Por todo ello, debe desestimarse la demanda de impugnación.

TERCERO.- En cuanto a las costas, atendidas las serias dudas de derecho que suscita la cuestión litigiosa, de conformidad en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente hacer pronunciamiento alguno.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, FALLO: Que debía acordar y acordaba DESESTIMAR la demanda incidental de impugnación del Informe de los Administradores Concursales interpuesta por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales». D. Jose María Ribelles Arellano.

El Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Valencia, por Auto de fecha veintiocho de diciembre de dos mil siete, aprueba el plan de liquidación formulado por la Administración concursal, con las puntualizaciones en cuanto al importe de los créditos procedentes, que se contienen al fundamento jurídico tercero de esta resolución: «TERCERO.- Recabado ulterior informe de la administración concursal, procede resolver en el sentido de aprobar el plan de liquidación en su día formulado y ello por las consideraciones que seguidamente se exponen. Ciertamente, aquellos acreedores - entre ellos el acreedor CAM que titulaban créditos concursales considerados en su momento como contingentes y sin cuantía propia (cfr. artículo 87-3 de la Ley concursal) y que, materializado que ha sido el hecho futuro e incierto en su día pendiente cual es el impago de efectos, deben ver reconocido con la cuantía pertinente y la clasificación crediticia ya en su día apuntada, el monto total del crédito efectivamente inatendido. Por otra parte, los créditos devengados en el *iter* cronológico transcurrido entre la fecha de la sentencia de aprobación del convenio y el auto de apertura de la fase de liquidación ante la manifestación del deudor de la imposibilidad de cumplir aquél, no pueden tener la consideración de créditos contra la masa. Cita con acierto la Administración concursal la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Barcelona de 5 de febrero de 2007, cuyas conclusiones este Juzgador comparte, si bien no con invocación del artículo 180 de la Ley concursal, precepto que prevé una situación diversa y que por ende no soporta la aplicación analógica al caso que ahora se trata. Lo que es claro es que en recta aplicación de los artículos 84 y 133 de la Ley concursal no pueden tener la consideración de créditos contra la masa y así las cosas, en sede de procedimiento concursal, deben ser considerados como créditos concursales (y con la clasificación crediticia que corresponda ex artículos 89 y siguientes), sin que exista una suerte de tercer tipo de créditos. Recuérdese la configuración negativa que en este sentido enuncia el artículo 84 de la Ley concursal y piénsese que no cabe confundir la pendencia del procedimiento concursal hasta la resolución judicial que declara el íntegro cumplimiento del convenio con la conclusión del proceso concursal, por mor de la aprobación judicial del convenio y sin perjuicio de su eventual reapertura -con liquidación- caso de incumplimiento (bien efectivo, denunciado por un acreedor, bien inmediato futuro, y anunciado como tal por el deudor que tiene la carga de ello).

Impetra la AEAT en esta sede de liquidación la virtualidad del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria (en la reforma operada por la Ley 5/2003). Tal no puede venir en modo alguno estimado y al respecto debe decirse que se trata ya de una cuestión resuelta por la Sentencia de este Juzgado de fecha 4 de julio de 2007, en incidente concursal num. 411/07 dimanante del concurso que nos ocupa. La sentencia no es firme, por cuanto ha venido apelada por la AEAT ex artículo 1974. Así, es claro que no ha de

poderse mantener en paralelo la misma pretensión en esta sede de eventual aprobación del plan de liquidación, tanta más en la consideración incluso del recurso devolutivo del que es susceptible a presente resolución. Tiene razón por ende la Administración concursal cuando plantea el supuesto de *litis pendencia*, de lo que se deriva que procede en este punto, sin entrar en el fondo, no dar curso al pedimento de que se trata.

Evidentemente, en vía de principio, es dable mantener, en coherencia además con lo que se acaba de exponer, en punto a la inexistencia de una tercera clase de créditos en el seno del procedimiento concursal (amen de los créditos concursales y los créditos contra la masa), que los créditos que se han devengado en momento cronológico posterior al auto de apertura de la fase de liquidación son créditos contra la masa. Y tal aserto es correcto. Como es igualmente correcto entender que, así las cosas, su régimen de atención es el configurado al amparo del artículo 154 de la Ley concursal, Ahora bien, tal debe venir matizada siquiera sea en el particular relativo a que los gastos que *ministerio legis* son inherentes a la propia prosecución formal de la fase de liquidación tienen un régimen que no viene sometido estrictamente al principio del vencimiento sino que antes bien, como cita la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 2 de Barcelona de 20 de diciembre de 2006...

Este criterio de flexibilidad fue mantenido por este Juzgador en la Sentencia de 22 de marzo de 2006, recaída en el seno de incidente concursal num. 11/06 dimanante de este Concurso, si bien en relación a una situación diversa de la prosecución de la fase de liquidación que ahora nos ocupa. Pero tal es perfectamente plausible ahora y por los mismos argumentos: piénsese en el caso de que, como quiera que los Administradores concursales vendrán compelidos por el Juzgador a formular *ex* artículo 180 LC, a *simili*, nuevos textos de inventario y lista de acreedores (con relación actualizada de créditos contra la masa) es posible considerar que la propia confección de los mismos genere una serie de gastos que de manera imperiosa se han de atender, no viniendo vinculados por la eventual pendencia de créditos contra la masa de vencimiento anterior.

De otra parte, nada hay que objetar en principio a que la enajenación de activos venga efectuada con recurso a la intervención profesional de entidad especializada. Tal es un mecanismo previsto en la LEC en sede de ejecución, y es claro que resulta aplicable *ex* Disposición Final Quinta de la Ley concursal en esta sede concursal, sin que de los argumentos que se exponen por aquellos que han venido a sostener objeción se deduzca en modo alguno la falta de bondad de tal mecanismo y, alternativamente, la mejor disposición de mecanismo diverso. Antes al contrario, la Administración concursal ha justificado adecuadamente, en interés de la masa, la oportunidad del recurso a tal mecanismo, se insiste, explícitamente prevenido al artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Finalmente, en punto a lo que conforma sustancialmente la impugnación que ha venido deducida tanto por el FOGASA como por la TGSS en relación al monto de los créditos contra la masa que los mismos dicen titular, debe hacerse la siguiente consideración. Evidentemente la Administración concursal deberá contemplar rectamente y por el importe procedente toda la serie de créditos contra la masa que se encuentren pendientes de atención y tal se hará propiamente como anexo a los textos de inventario y lista de acreedores que, como se ha dicho al párrafo anterior, vendrán recabados *ex* artículo 180 a *simili*, y no conforman propiamente el contenido del Plan de Liquidación que se somete a la aprobación del Juez, y que debe contemplar las líneas esenciales del devenir que esperan observar los Administradores concursales para la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa del deudor para, con su producto, atender el pago de los créditos contra la masa y de la masa pasiva concursal, conforme a las reglas legales. Pues bien, se insiste, es claro que deberá contemplarse la titularidad de los

créditos contra la masa, y su importe, como corresponda, y frente a ello el titular que se considere agraviado podrá sostener en su caso incidente concursal *ex* artículo 154.2 de la Ley concursal». D. Salvador Vilata Menadas

2.2.2.1. Retribución de los administradores concursales

El art. 9 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, sobre el arancel de derechos de los administradores concursales, establece: «2. La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al diez por ciento de la retribución aprobada para la fase común. A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al cinco por ciento de la retribución aprobada para la fase común».

2.2.3. Plan de liquidación

La exposición de motivos dedica los siguientes comentarios: «No obstante la mayor imperatividad de las normas que regulan esta fase, la ley las dota también de la conveniente flexibilidad, como se refleja en el plan de liquidación, que habrá de preparar la administración concursal y sobre el que podrán formular observaciones o propuestas el deudor y los acreedores concursales antes de su aprobación por el juez».

El artículo 148 establece: «1. Dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, presentará ésta al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos...». Breve plazo, cuando la masa activa sea de mayor cuantía, aunque pueda prorrogarse por otros quince días, y brevísimo si de procedimiento abreviado se tratase (ocho días, prorrogables por otros ocho), según el art. 191.1 de la Ley concursal. Como su nombre indica, un plan es un proyecto o guía de actuación para facilitar el cumplimiento de un fin, en este caso, la realización de la masa activa para convertirla en dinero y destinarlo al pago de los acreedores.

2.2.3.1. Plazo de presentación

Pese a la literalidad del precepto que ordena a la administración concursal, dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la presentación al Juez de un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, se ha suscitado la siguiente cuestión, relativa a la notificación del Auto, por el que se acordó la apertura de la fase de liquidación, a la administración concursal, para que ésta formulase el plan de liquidación, sin esperar a que se haya publicado en el B.O.E. y en el diario correspondiente, que resuelve la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), por Auto de fecha veintinueve de junio de dos mil seis: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO. La parte dispositiva del Auto recurrido es del siguiente tenor: "Apruebo el plan de liquidación propuesto por la administración del concurso de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000, S.L., complementado con la precisión efectuada por ésta en su posterior escrito de informe a las observaciones del acreedor HISPAMER". SEGUNDO. Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por la concursada y evacuado el oportuno traslado formalizó oposición NIKE EUROPEAN

OPERATIONS NETHERLANDEN, B.V., elevándose el testimonio de los particulares interesados a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnadas las actuaciones a la presente Sección, siguiéndose los trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo el día veintinueve de junio de dos mil seis.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO. Por medio de Auto dictado el doce de septiembre de dos mil cinco, el Juzgado de lo Mercantil aprobó el plan de liquidación propuesto por la administración del concurso de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 S.L. con la precisión interesada por el acreedor HISPAMER SERVICIOS FINANCIEROS E.F.C., S.A. Frente a dicha resolución interpone recurso de apelación la concursada, alegando en primer lugar que se ha procedido a notificar el Auto a la administración concursal para que ésta formulase el plan de liquidación sin esperar a que se haya publicado en el B.O.E. y en el diario correspondiente el Auto de 26 de abril de 2005 por el que se acordó la apertura de la fase de liquidación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 143.1.1º de la Ley Concursal se acordó de oficio la apertura de la fase de liquidación. En estos casos, según se dispone en el apartado segundo de dicho precepto, el auto será notificado al concursado, a la administración concursal y a las partes personadas en el procedimiento. El artículo 144 establece además una remisión a la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley. Al margen de las dudas interpretativas que genera este precepto, en lo que nos ocupa basta señalar los distintos medios de comunicación que contempla la Ley, que establece diversas comunicaciones individualizadas, de un lado, y la publicidad edictal, de otro. Pues bien, de entre todas ellas el artículo 148 sólo se refiere a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal. De este modo, el plazo de presentación de un plan para la realización de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso no permite esperar a que se efectúen toda clase de comunicaciones, sino que se inicia con la referida notificación a la administración concursal. Por esta razón no puede entenderse vulnerado precepto alguno, de manera que el motivo alegado carece de justificación, como ya se indicó en el Auto objeto del presente recurso.

Viene el escrito de oposición, formulado por NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDS, B.V., a denunciar la actuación de la concursada obstructiva del curso de las actuaciones. No obstante, en lo que aquí resulta relevante es de destacar que ningún retraso debía haberse producido en la publicidad del Auto de apertura de la fase de liquidación, de 26 de abril de 2005, puesto que tras acordarse la publicación edictal, se ordenó lo siguiente: "Los respectivos despachos se entregarán a la Procuradora...significándole que deberá remitirlos de inmediato y con carácter urgente a los medios de publicidad correspondientes, y una vez publicados, aportar para su unión al presente procedimiento un ejemplar de cada uno de los citados periódicos, donde conste inserto el edicto". Y se añadía lo siguiente: "Hágase saber a dicha Procuradora que deberá justificar ante este Juzgado en el plazo de cinco días que ha procedido a la tramitación de dichos anuncios, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad si así no lo hiciera".

En conclusión de lo expuesto ni existe el defecto procesal alegado, ni puede la concursada pretender nulidad alguna que exclusivamente vendría originada por su propio incumplimiento».

2.2.3.2. Contenido

La administración concursal, para preparar el plan de liquidación, debe partir del inventario de la masa activa, anexo a su informe *ex art. 75.2.1.º* o al texto definitivo, al

que incorporarán, en su caso, los bienes y derechos fruto de la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69), así como de las acciones de reintegración o de impugnación (artículos 71 a 73), debidamente valorados, si se hubiesen incorporado o reintegrado con posterioridad al citado informe o al texto definitivo.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil²¹, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «7º.- Cuando haya transcurrido un cierto tiempo entre la presentación de informe definitivo de la administración concursal y la apertura de la liquidación, como en el caso de ser precedida por una fase infructuosa de convenio, art. 143 LC, ¿puede aprovechar la administración concursal la propuesta de plan de liquidación para reflejar en él ciertas actualizaciones de la masa activa del concurso o de los créditos contra la masa, o incluso recoger créditos concursales manifestados tardíamente?, en su caso, ¿cuál es el efecto jurídico de tales indicaciones, y cual es la vía para su impugnación?».

La imagen estática del concurso, con la fijación de las masas activa y pasiva, corresponde exclusivamente al informe de la administración concursal, art. 75 LC, no al plan de liquidación.

Pese a ello, el plan de liquidación es el acto rector de las actuaciones de realización de activo y pago de acreedores, y la situación estáticamente fijada en el informe puede haberse modificado, de suerte que resulte imposible ajustar completamente las actuaciones de liquidación a lo que fue reflejado en el informe. Y así, será conveniente que la administración concursal de cuenta en el plan de liquidación de las alteraciones acontecidas en el inventario de la masa activa y listado de acreedores desde la presentación del informe, y anuncie a los interesados que ciertas actuaciones de liquidación responderán, necesariamente, a tales cambios, ya que es la única oportunidad procesal que la administración concursal tiene a tal fin.

Cosa bien distinta es que tal contenido del plan de liquidación no tenga la plena validez jurídica análoga a lo recogido en el informe, ya que ni la propuesta de plan de liquidación es equiparable al rigor del informe, art. 75 LC, ni las observaciones del art. 148.2 LC dan lugar a ningún tipo de incidente concursal contradictorio. Por ello, los interesados podrán bien recurrir el apelación la aprobación del plan de liquidación, art. 148.2 in fine LC, bien remitirse ante las concretas actuaciones de liquidación al incidente concursal, art. 192.1 LC, por cuestiones que no tengan señala en la ley otra tramitación, y ello aún cuando no hayan recurrido al respecto en apelación el auto aprobatorio del plan de liquidación, ya que, como se señaló, sus previsiones en cuanto a actualización del inventario de la masa activa y listado de acreedores carece de validez jurídica para vincular a los interesados, lo que únicamente se sujetan frente a la concreta actuación liquidatoria que pudiera contravenir la LC».

En el corto plazo establecido (quince días, prorrogables por otros quince, u ocho, con la misma prórroga), la administración concursal presentará al juez dicho plan de

²¹ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

liquidación, es decir, su propuesta de realización individualizada o por lotes, bien por unidades de producción o como conjunto de explotación industrial, cuando se tratase de deudores dedicados a actividades profesionales o empresariales. En cuanto al modo de realizar las enajenaciones de la masa activa, parece aconsejable optar por el método de venta directa, aunque permite hacerlo mediante convenio de realización o a través de entidad especializada (arts. 640-642 LEC), y no se descarta la subasta pública (arts. 643-675 LEC) o notarial (art. 220²²). Es claro que el plan de liquidación puede incluir propuestas liquidatorias mixtas, es decir, que se proyecte la venta de unos bienes de forma directa y otros mediante subasta pública, etc., así como que respecto de los bienes no incluidos en el plan de liquidación o de los que no se especifique una forma de venta concreta su enajenación tendrá lugar de conformidad con las reglas legales supletorias.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil²³, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «10º.- Para la enajenación de bienes, ¿es posible acudir a la realización de los mismos por entidad o persona especializada, de acuerdo con el art. 641 LEC?. Y en caso afirmativo, ¿cómo se justifican los gastos que genera esta forma de realización, por el cobro de honorarios de tal entidad, frente a la enajenación judicial, carente de tales gastos?. Así mismo, ¿se exigirá caución, art. 641.2 LEC, a tal entidad?, ¿puede fijarse un plazo inferior para la enajenación del recogido en el art. 641.5 LEC, 6 meses?.

Desde luego la remisión efectuada por el art. 149.1.3ª LC a las disposiciones de la LEC para la vía de apremio comprende la enajenación por entidad especializada, tal cual estipula el art. 636.2 LEC, como forma alternativa a la subasta judicial.

No obstante, esta forma de enajenación lleva consigo la generación de nuevos gastos contra la masa, ya que las entidades especializadas cobran por la realización de su servicio de enajenación, lo que no se da, o se dan en menor medida, en los supuestos de subasta judicial, lo que presenta esta alternativa como más conveniente a los intereses del concurso, en principio.

Pese al problema de los costes para el concurso, existirán supuesto en que por la naturaleza de los bienes, mueble o maquinaria específica, se presenten mayores posibilidades de enajenación, simple y llanamente, o de enajenación a mayor precio. Ello puede justificar la opción por la administración concursal de esta forma de realización, que en el art. 636 LEC se regula como alternativa en igualdad de condiciones a la subasta judicial.

El art. 641.2 LEC exige la prestación de cuantía por parte de la entidad especialidad previo al cumplimiento de su encargo de enajenación, previsión que no debe ser alterada por la situación concursal del deudor cuyos bienes son realizados. Más duda ofrece el mantenimiento en situaciones concursales de la previsión del art. 641.3 LEC, que impide finalmente enajenar por debajo del 50% de valor de avalúo de los bienes, que el concurso habrá de coincidir con el fijado en el informe de la administración concursal, ya que habitualmente se trata de bienes residuales con uso muy limitado por su estado. El art. 641.5 LEC confiere a la entidad especializada un

²² Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, según modificación por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

²³ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

plazo de 6 meses para efectuar la venta, el cual puede parecer algo excesivo en comparación con los plazos de los arts. 152 LC, preceptivo informe trimestral de la administración concursal, y 153 LC, consecuencias de exceder el plazo de un año desde la apertura de liquidación, por lo que debiera estudiarse la posibilidad de recortar el plazo de enajenación legalmente conferido a la entidad especializada».

Para esta tarea, de elaboración del plan de liquidación, la administración concursal puede acudir a expertos independientes, incluso si lo hizo anteriormente para la valoración de la masa activa unida a su informe *ex* art. 75 o al texto definitivo, para que ratifiquen o actualicen aquella tasación, y podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones de liquidación en auxiliares delegados (art. 32), particularmente en procedimientos abreviados, cuando haya sido nombrado un único administrador concursal y sea abogado (art. 191.2), el cual puede no disponer de conocimientos suficientes sobre criterios económicos de oportunidad para la realización de bienes.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil²⁴, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «9º.- La valoración de los activos de la empresa concursada se habrá realizado, en el informe de la administración concursal, art. 82 LC, de forma individualizada sobre cada elemento patrimonial, pero si en fase de liquidación a la administración concursal se le plantea la posibilidad de enajenar una unidad de negocio, ésta agrupará varios de aquellos activos ya valorados individualizadamente, y con toda probabilidad la valoración de la unidad productiva, para su enajenación, no coincidirá con la adición de los valores de aquellos activos aislados que la conforman, ¿puede ello ser recogido de tal forma en el plan de liquidación o supone una alteración de hecho del informe definitivo, en lo referente al inventario de la masa activa?, ¿qué criterios de valoración se han de exigir para prever el precio de enajenación de una unidad de negocio?

Debe partirse de que el valor otorgado en el inventario de la masa activa a los bienes, art. 82 LC, en el informe de la administración concursal, no vincula a la misma en cuanto al precio de enajenación de tales bienes, ya que pese a la valoración bajo criterios de prudencia, no puede garantizarse la enajenación por un precio seguro en el mercado, el cual dependerá de diversas circunstancias. Cosa distinta, es que bien en el plan de liquidación bien en la rendición de cuentas a la conclusión del concurso, art. 181.1 LC, la administración concursal deba indicar las causas de las diferencias entre la valoración otorgada a un bien y el precio de enajenación alcanzado en su realización, cuando tal diferencia sea sensible, para facilitar el control sobre su actuación.

Por supuesto, la enajenación de una unidad productiva que agrupe diversos elementos patrimoniales valorados separadamente en el inventario de la masa activa presentará siempre un precio de realización distinto de la matemática adición de los valores de los elementos que la componen, ya que incluso el art. 149.1.3º LC prevé la anteposición de ciertos criterios para seleccionar la oferta de venta, como es la

²⁴ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

continuidad de la actividad empresarial y la conservación de puestos de trabajo, al criterio del mayor precio posible.

Precisamente esos condicionantes, asegurar la continuidad de la actividad empresarial y garantizar el mantenimiento del empleo, dificultan más la ya de por sí ardua tarea de valorar una unidad productiva en funcionamiento para su enajenación, ya que las proyecciones sobre la evolución del negocio y la rentabilidad del mercado, bajo criterios habituales como el valor de flujo de caja descontado, Resolución de 23 de octubre de 1991, del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoria de cuentas por el que se publica la Norma técnica de elaboración del Informe Especial en los supuestos establecidos en los artículos 64, 147, 149 y 225 LSA, aplicable al artículo 100 LSRL, según Consulta 2 BOICAC, resultan difícilmente aplicables cuando se trata de una unidad productiva desgajada de una empresa, unidad que en sí misma no ha participado en el mercado. Quizás, por ello, la mayor garantía para conocer el precio sea conjugar las proyecciones de valoración con el conjunto de ofertas de compra efectivas realizadas en la liquidación, o incluso antes de ella».

El art. 148.1 se inclina, cuando sea factible, por un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto²⁵ de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos²⁶, es decir, la venta como un todo o por partes con entidad suficiente para su provecho empresarial independiente.

No obstante, la mención de fusiones y escisiones aconseja la lectura a Hernández Martín²⁷, que analiza las posibilidades de fusión con extinción de la sociedad concursada, durante las fases, común, de convenio o de liquidación, así como la fusión sin extinción de la sociedad concursada, durante la fase de liquidación y, por último, la escisión de la sociedad declarada en concurso, aunque descarta la escisión total y considera aprovechable la escisión parcial para su inclusión en el plan de liquidación.

La definición de establecimiento se encuentra también en el art. 10.3²⁸ y se menciona en los arts. 6.2.2º y 44.4 de la Ley concursal, así como en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, que se refiere con profusión a establecimiento mercantil. El conjunto empresarial integra, cada vez más, bienes en posesión del deudor, aunque de dominio ajeno (arrendamiento urbano²⁹, arrendamiento financiero³⁰ y

²⁵ No se trata de una fusión de sociedades, es decir, la reunión de dos o más sociedades preexistentes, bien sea que la concursada sea absorbida por otra o que ambas sean confundidas para constituir una nueva sociedad y esta última herede a título universal los derechos y obligaciones de las sociedades intervinientes. Se contempla un proceso de adquisición por terceros de todos los bienes y derechos de la masa activa, que excluye acudir a operaciones de reestructuración societaria.

²⁶ Escisión impropia, puesto que contribuye al fenómeno de la concentración, cuando la parte escindida se cede a una tercera sociedad, quien la absorbe o con la que se fusiona. Entonces se habla de escisión por fusión, por adquisición o por absorción, como modalidades de la escisión impropia. Según KPMG (www.kpmg.es): «Los pasos clave para gestionar el proceso de separación incluyen, entre otros: la definición de la propiedad de los activos, la identificación e imputación de pasivos y contingencias y la formalización de contratos conforme a las condiciones del mercado en relación con los servicios de transición, así como la definición de problemas relativos a personas y aspectos operativos».

²⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, Tomasa, “Fusión y escisión de sociedades en situación concursal”, *Audidores*, N° 3, Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, febrero 2007, págs. 53-63.

²⁸ Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.

²⁹ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Artículo 32. Cesión del contrato y subarriendo. 1. Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el

renting), sin olvidar los adquiridos a plazo³¹, con reserva de dominio, en su caso). Para la transmisión del conjunto empresarial o de otras unidades productivas, que incorporen los citados bienes y derechos, habrá que sortear algunos obstáculos, salvo que el interés del concurso (conservación de la empresa) permita interpretar que su inclusión en el plan de liquidación aprobado por el Juez prevalece y posterga los derechos del arrendador financiero o del vendedor de bienes a plazos, etc., lo que no me parece muy seguro. Para estas ventas del conjunto empresarial o de unidades productivas independientes, se requerirá valoración expresa, pues se carece de antecedentes en el inventario formado por la administración concursal, para su unión al informe *ex art.* 75 de la ley concursal, el cual incorpora bienes y derechos individuales (arts. 76 y 82), siendo aconsejable solicitar el nombramiento de expertos independientes (art. 83).

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil³², celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «17º.- Para el mismo caso de enajenación de unidades productivas, en los supuestos en los que sea objeto de transmisión tal unidad con el local donde desarrolla su actividad, del cual viene disfrutando la concursada gracias a contratos de arrendamiento, ¿podría considerarse por los arrendadores esa transmisión como una cesión inconsentida del arrendamiento?, ¿cómo evitarlo cuando no se obtenga el consentimiento de los arrendadores del local?».

Cuando la enajenación de la unidad productiva conlleve la cesión del derecho de uso derivado de un contrato de arrendamiento sobre la finca donde se desarrolla la actividad económica del que gozaba la concursada como arrendataria, legalmente debería calificarse, a los efectos arrendaticios, como cesión del contrato, y de

arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador. 2. El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del 10 por 100 de la renta en vigor en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20 en el caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada. 3. No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta prevista en el apartado anterior. 4. Tanto la cesión como el subarriendo deberán notificarse de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado.

³⁰ Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Disposición adicional primera. Arrendamiento financiero. 5. El arrendador financiero tendrá el derecho de abstención del convenio de acreedores, regulado en el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, pudiendo ejercitar los derechos reconocidos en la Ley de forma separada. En los supuestos de quiebra o concurso de acreedores, los bienes cedidos en arrendamiento financiero no se incluirán en la masa debiéndose poner a disposición del arrendador financiero, previo reconocimiento judicial, de su derecho. Lo dispuesto en los párrafos precedentes se entenderá, sin perjuicio del derecho del arrendador financiero, al cobro de las cuotas adeudadas en la fecha de la declaración del estado legal de suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores y quita y espera del arrendamiento financiero, en la forma prevista en la Ley para dichos supuestos.

³¹ Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Artículo 7. Contenido del contrato. Los contratos sometidos a la presente Ley, además de los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen, contendrán con carácter obligatorio las circunstancias siguientes:... 11. La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador.

³² Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

conformidad con el art. 32.2 LAU el arrendador no puede oponerse a la cesión, pero tiene derecho a elevar hasta un 20% la renta anterior.

Ello puede implicar un importante desincentivo para la adquisición de aquellas unidades productivas por tercero, que debe negociar con la administración concursal la adquisición contando con que la renta arrendaticia del local donde se desarrolla la actividad económica, cuyo interés en su mantenimiento puede ser fundamental para realizar la adquisición, podría elevarse hasta un 20%, a voluntad de la propiedad arrendadora.

En el Auto de 26 de junio de 2007, del Juzgado Mercantil Nº 3 de Barcelona, pte. Sr. Fernández Seijo, por el que se interpone cuestión prejudicial ante el TJCEE, se conecta dicho problema directamente al principio de conservación de los contratos de trabajo, cuya continuidad podría peligrar de aplicarse aquella norma sobre elevación de la renta arrendaticia, invocando para ello la protección dispensada en la Directiva 23/2001, para interrogar al TJCEE sobre la posibilidad de apartar la aplicación de ciertos efectos jurídicos de normas que pueden constreñir la continuidad de la actividad empresarial, no sólo de modo directo, como la sucesión de empresa a efectos laborales, sino también indirecto, como los efectos arrendaticios sobre la finca arrendada por cesión del contrato».

De no ser posible o conveniente la enajenación del conjunto empresarial o de otras unidades productivas, y cuando la administración concursal opte por la venta individualizada de los elementos que integran la masa activa, considero que debe razonarlo y fundar las causas que no hacen factible el modo recomendado por el art. 148 de la Ley concursal.

Por último, aunque no podrán ser incluidos en el plan de liquidación, la administración concursal deberá proceder a la enajenación de los bienes o derechos objeto de la condena, a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices, de devolver los que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2.3º), y al reparto de la indemnización de los daños y perjuicios causados por las mencionadas personas afectadas (art. 172.2.3º, *in fine*), así como del importe de la condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, según el art. 172.3.

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: *«El grado de concreción de los planes de liquidación, especialmente, si los planes de liquidación pueden hacer mención a ofertas ya existentes y propuestas de adjudicación directa. Nada establece el artículo 148 respecto del contenido y alcance del plan de liquidación, sólo se indica que deberá presentar un plan para la realización de bienes y derechos. Si hay ya ofertas que hubieran llegado a la administración, antes de la apertura de la fase de liquidación, es conveniente que se reflejen en dicho plan y que puedan servir como referencia para concretar el modo de realización y el valor de los bienes que se van a enajenar. Debe tenerse en cuenta que en la fase de liquidación no hay prevista en la Ley concursal una valoración de los bienes a los efectos de su enajenación y, por lo tanto, el valor de referencia debe ser el que aparezca en el inventario que se adjunta al informe de la administración concursal o en el texto*

definitivo. Excepcionalmente, podrá la administración concursal plantear una nueva valoración de los bienes, cuando dada su naturaleza o condición hayan podido sufrir alteraciones justificadas en el valor durante la tramitación del concurso. De igual modo será necesario realizar una valoración específica de los bienes del concursado o de determinadas unidades productivas, cuando se pretenda su enajenación unitaria, dado que estas unidades productivas no fueron objeto de valoración específica en el inventario. Si se establece un criterio objetivo y transparente de valoración y se fijan unos máximos y mínimos a obtener, que puedan ser objeto de conocimiento por parte del deudor y de los acreedores, no debe ponerse obstáculo para que la administración concursal opte ya en el plan de liquidación por una de las ofertas recibidas e incluso para que solicite la aprobación de un sistema de adjudicaciones directas».

De igual modo, conviene informar de los costes de desmantelamiento de la masa activa, en su caso, según recomienda la NIC 16.

Parece improbable, pero puede contemplarse la posibilidad de que no se alcance acuerdo del órgano colegiado de la administración concursal sobre el plan de liquidación y que cada uno de sus miembros defienda uno distinto. En tal caso, considero procedente que se presenten al Juzgado los tres planes de liquidación, para que resuelva el Juez, de conformidad con lo establecido en el art. 35.2 de la Ley concursal, oídas las partes, aunque no estoy muy seguro de si será causa de cese de los administradores concursales y que se proceda a nuevo nombramiento.

2.2.3.2.1. Recomendaciones

Conviene recordar que el Auto de apertura de la liquidación, si el concursado fuese persona jurídica, acuerda su disolución y el cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145). De conformidad con lo dispuesto en los arts. 264³³ del TRLSA y 109³⁴ de la LSRL, la administración concursal deberá añadir a la razón social de la concursada la frase "en liquidación".

Es aconsejable hacer constar en el plan de liquidación, y desde luego en su ejecución, que los interesados que presenten ofertas de compras deberán consignar una cantidad, por ejemplo, el 20 % del precio acordado, en cuenta corriente del Juzgado o aval bancario, en garantía del buen fin de la operación, así como que los gastos de formalización de la venta e impuestos correspondientes serán a cargo del adquirente y que el pago del precio será al contado, es decir, sin aplazamientos, por aplicación analógica del art. 155.4 de la Ley concursal.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil³⁵, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de

³³ La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante este tiempo deberá añadir a su nombre la frase «en liquidación».

³⁴ 2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión "en liquidación".

³⁵ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

2007, se estudia: «8º.- ¿Qué grado de precisión le es exigible a la administración concursal en la propuesta de liquidación?, ¿caben las “propuestas abiertas”? Y así ¿puede la administración concursal, v. gr., prever en la propuesta los futuros gastos de limpieza de la nave o tratamiento de residuos de la empresa concursada y gastos registrales de conclusión del concurso y detraerlos de la masa activa para hacer frente a esos futuros gastos precisos para la conclusión del procedimiento?

El control sobre el contenido exigible a la administración concursal de su propuesta de plan de liquidación es muy difuso, no sólo por que el art. 148.1 LC guarda silencio al respecto de un contenido mínimo, sino por que el art. 149.1 LC permite la combinación de las reglas supletorias de liquidación con otras previsiones planificadas. De hecho, el único contenido legalmente preceptuado consiste en regular la enajenación unitaria de unidades productivas, o en su defecto, la justificación por la administración concursal de ser imposible acudir a ello.

El problema se plantea con la previsión de generación de futuros créditos contra la masa, los que se devengarán precisamente al final de la fase de liquidación, como es el tratamiento de residuos derivados de la actividad empresarial, que en ocasiones pueden ascender a grandes sumas, si se trata de residuos especiales con riesgo de afectación medioambiental, o en la conclusión del concurso, como gastos de Registro Mercantil.

En el plan de liquidación la administración concursal puede ya prever la generación y cuantía de aquellos gastos, ya que se trata de actuaciones de liquidación, pero existe el problema de articular jurídicamente la posibilidad de provisionar las sumas precisas para tales actuaciones en el momento de aprobación del plan, ya que al gozar de la naturaleza de créditos contra la masa, art. 84.2 LC, y su satisfacción debe hacerse a su vencimiento, art. 154.2 LC.

Quizás, el art. 154.3 LC, al referirse a “las deducciones para atender el pago de créditos contra la masa”, puede sustentar el concepto de provisión o reserva constituida sobre parte de la masa activa para hacer frente al devengo futuro de aquellos gastos, pero aún así subsistiría el problema del orden de prelación de los créditos contra la masa, que al fijarse por el orden de vencimiento, coloca siempre al final aquella clase de gastos».

En el anterior escrito, con el que se presente el plan de liquidación, es aconsejable informar al Juzgado de la plantilla laboral e identificar a los representantes de los trabajadores, para facilitar que puedan ser notificados (art. 148.3). No estará de más acompañar la lista de acreedores y la relación de créditos contra la masa, o los textos definitivos de ambas, debidamente actualizados, Vg. créditos contingentes, a los fines de información de los interesados y de planificación de los pagos.

2.2.3.2.1.1. Cancelación de embargos

Es conveniente que en el escrito de la administración concursal, al que se acompañe el plan de liquidación, se solicite la cancelación de los embargos anotados sobre los bienes y derechos incorporados, incluso, cuando tales embargos recaigan sobre bienes y derechos no necesarios y, también, cuando los embargos traigan causa en las excepciones a la prohibición de ejecuciones singulares *ex* 55.1 de la Ley concursal, si el Juez del concurso no las ha autorizado. Parece lo más seguro que el Juez del concurso es competente para acordar la cancelación de embargos anteriores a la declaración de concurso, sobre bienes y derechos incluidos en la masa activa (arts. 8,

43, 44, 50, 51, 54 y 76 de la Ley concursal), para no obstaculizar la liquidación. Si así no se procediera, la administración concursal no encontraría comprador de bienes con anotaciones de embargo, que bien pudieran asegurar créditos subordinados.

Así resuelve el Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 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, que acuerda dejar 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, en los términos siguientes: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO.- «Pero si, como sucede en el caso de la UD Las Palmas, a la vista de las circunstancias que constan en las actuaciones y la situación financiera del deudor, las únicas vías reales y posibles de terminación del proceso concursal son el convenio de acreedores o la liquidación, carece de sentido mantener vivo un embargo de naturaleza no real cuando resulta que tanto en un supuesto (convenio de acreedores) como en el otro (liquidación) el bien o derecho embargado pasará a formar parte del activo del deudor para el pago de los créditos, y ello siempre según la prelación de los mismos y, como no puede ser de otra forma, regidos, dentro de cada clase, por el principio de la “par conditio creditorum”. Cabe preguntarse entonces, cuál sería en el presente caso la finalidad o el beneficio de mantener embargada una cantidad de dinero o un derecho directamente transformable en dinero en efectivo, cuando la inmediata consecuencia de esa falta de disponibilidad de dinero por parte de la entidad deudora y de la administración concursal habrá de ser la liquidación de la sociedad por imposibilidad de atender en plazo el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el proceso concursal dado que, según el artículo 84.2.5ª de la Ley Concursal, éstas tienen la naturaleza de créditos contra la masa y las mismas deben pagarse a sus respectivos vencimientos (artículo 154.2 de la Ley Concursal). Y es que, en tal caso, una vez iniciada la liquidación resulta que el dinero o los derechos embargados no irían destinados a satisfacer de forma individual o particular el crédito del acreedor o acreedores que hayan promovido la ejecución administrativa o laboral, sino que ese dinero pasaría a formar parte del activo de la masa y, por tanto, con el mismo habría de atenderse al pago de los créditos en la forma y modo previsto por los artículos 154 y siguientes de la Ley Concursal, satisfaciéndose en primer lugar, y con preferencia a cualquier otro, los créditos contra la masa. En definitiva, y dado que en el proceso concursal de la UD Las Palmas, las únicas vías de conclusión del procedimiento son o bien el convenio de acreedores o bien la liquidación, ninguna efectividad práctica ni ventaja tiene para los ejecutantes el mantenimiento de los embargos sobre el dinero o sobre derechos directamente transformables en dinero en efectivo que se hubieran acordado a su favor». D. Juan José Cobo Plana.

En caso contrario, cuando no se logre la cancelación de embargos en fase de liquidación, cabe la vía del incidente concursal, mediante demanda de la administración concursal contra el acreedor cuyo crédito ha sido causa del embargo trabado.

No obstante, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Pablo José Moscoso Torres, por Auto de fecha 18 de julio de 2005, y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección decimoquinta), Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Blas Alberto González Navarro, por Auto de fecha cuatro de mayo de 2006, declaran que deben mantenerse los embargos trabados, aunque suspendida la ejecución, y el segundo amplía el razonamiento jurídico: «...“suspender” una ejecución ya iniciada, con embargos decretados y llevados a cabo, no es compatible con cancelar la traba y dejarla sin efecto, retrotrayendo al ejecutante al momento anterior a la ejecución despachada, algo que ni la LEC ni el mismo Juzgado de lo Mercantil exhortante pretenden. Concursalmente hablando, no sólo no existe norma expresa que ordene que los embargos preexistentes deban ser alzados por mor del concurso, sino que, decretando el artículo 55 de la LC que serán radicalmente nulas las actuaciones que pretendieran realizarse tras la suspensión, y contando el acreedor ejecutante con un título perfectamente hábil para ser incluido en la lista de acreedores del concurso, sin que por ello disponga de preferencia alguna que altere la *par conditio*, el alzamiento de la traba resulta innecesario. Piénsese, por ejemplo, en que, concebida así la suspensión, y la cancelación del embargo como una consecuencia natural de la misma, la suspensión especial que recoge el artículo 56.2 para las ejecuciones de garantías reales carecería de toda eficacia y sentido. De alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo, por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura. Este es un riesgo que el ejecutante, que inició el proceso ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, debe arrostrar cuando se haya aprobado un convenio concursal que así lo dispusiera o de otra forma vea satisfecho su derecho de crédito, pero no cuando el concurso acaba de declararse e inicia su fase común».

Sin embargo, el ejemplo relativo a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, en la citada resolución, no lo entiendo bien, pues si se llega a la clausura del concurso por inexistencia de masa activa no habrá bienes embargados. No obstante, interesa destacar la afirmación referida a la cancelación de embargos, cuando así se disponga en convenio concursal (eficacia novatoria *ex* art. 136), y, aunque nada dice en relación con la liquidación, estimo indispensable la cancelación de embargos de bienes objeto de enajenación en esta fase liquidativa, incluso de los embargos administrativos o laborales *ex* art. 55.1 de la Ley concursal.

El Juzgado de lo Mercantil Nº 1, Málaga, de fecha 16.11.2007, se pronuncia categóricamente sobre la cancelación de las cargas anteriores y posteriores, atendiendo a las particularidades del plan de liquidación aprobado: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- El planteamiento de la cuestión, de difícil solución a la vista de la parca regulación concursal sobre el tema, puede plantearse en sentido inverso a la jurisprudencia y resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado que han venido dictándose en la concurrencia de estos mismos supuestos cuando existía un procedimiento universal de quiebra o suspensión de pagos y procedimientos administrativos anteriores con anotaciones o embargos practicados con anterioridad a la declaración de quiebra, suspensión de pagos y periodo de retroacción de la primera. Al mismo tiempo es conveniente tener en cuenta que la posible solución a adoptar parte del triple análisis de los principios y normativa concursal, de los principios y normativa

administrativa aplicable al caso y de los principios y normativa registral a los efectos del levantamiento o no de la anotación que se solicita.

SEGUNDO.- Se solicita por la administración concursal la autorización de venta y adjudicación y el levantamiento de diferentes anotaciones y cargas que pesan sobre otras tantas fincas que son objeto de disposición en el plan de liquidación aprobado y para cuya efectividad se hace necesario a los efectos de las permutas y otros instrumentos jurídicos utilizados. Se acompañan a la citada petición relación de viviendas y trabas conforme al siguiente: Relación Viviendas trabadas de embargo...

TERCERO.- El curioso plan de liquidación respecto del que las alegaciones y oposiciones realizadas solo lo eran a concretos apartados y no al conjunto de los mismos utiliza las figuras de permutas de fincas con los propietarios del solar y adjudicaciones de bienes sobre los que pesan cargas administrativas y otras sin identificar.

La Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463 permite este tipo de acuerdos en ejecución en el artículo 640 por lo que es posible, dentro del plan de liquidación, la propuesta realizada aún con la problemática que de ello pueda surgir.

Dado que las autorizaciones de venta pretenden acomodarse a lo dispuesto al plan de liquidación aprobado, con el que coinciden y al artículo 155 de la LC, procede dicha autorización en los términos previstos en dicho plan de liquidación.

Respecto de las cargas y gravámenes procede la cancelación en los términos solicitados tanto de las anteriores como de las posteriores a la declaración de concurso partiendo de que la liquidación concursal es una ejecución colectiva tal y como reconoce el artículo 57.3 o 155 de la Ley Concursal. El planteamiento de las cargas anteriores y posteriores tiene diferente tratamiento:

a) Respecto de las cargas posteriores y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución colectiva, conforme se ha dicho, la realización en cualquiera de las formas de los bienes de la masa activa derivadas del concurso conlleva la cancelación de cargas y gravámenes posteriores de conformidad a la normativa rituaria.

b) El régimen de las cargas anteriores debe conciliarse en relación al artículo 82.3 de la Ley Concursal que recoge expresamente que: El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Es evidente que si no tenemos en cuenta las trabas y embargos que garanticen o aseguren deudas incluidas en la masa pasiva es precisamente porque se someterán al común de la ejecución concursal colectiva derivada de la liquidación. Ello se concilia con lo previsto en el artículo 84 de la Ley Hipotecaria de 1946 en relación al artículo 8 de la LC. El primero de los preceptos señala: Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella. Por virtud de los preceptos de liquidación colectiva señalados en relación al artículo 8 de la Ley Concursal, el juez del concurso viene a ser competente para la cancelación de las cargas anteriores y posteriores derivadas de dichos instrumentos con las particularidades del artículo 155 de la LC en relación a las cargas y gravámenes posteriores y anteriores, atendiendo a las particularidades del convenio, en su caso, o del plan de liquidación aprobado, en el caso presente, o de la autorización de venta fijada conforme a los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal.

En virtud de lo anterior, FALLO: DECIDO AUTORIZAR LAS ADJUDICACIONES Y VENTAS PROPUESTAS EN EL ESCRITO DE 7 DE AGOSTO DE 2007 de la administración concursal respecto de las fincas allí descritas y fijadas en fundamentos de derecho con las particularidades recogidas en dicho escrito y la cancelación de cargas y gravámenes anteriores y posteriores al concurso, en los términos propuestos y señalados y respecto de las cargas y gravámenes descritos anteriormente respecto de las fincas afectadas. Respecto de la cancelación de las cargas consistentes en la declaración de concurso y las anteriores y posteriores reseñadas se librarán los referidos mandamientos una vez conste en el concurso la adjudicación o enajenación autorizada». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

De igual modo, el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Oviedo, por Auto de fecha 12 de Marzo de 2008, ordena la cancelación de embargos de la AEAT y de Juzgado de Primera Instancia, para la realización de bienes por la administración concursal en fase de liquidación: «HECHOS. ÚNICO.- Por la administración concursal de AGENCIA DE TRANSPORTES HIJOS DE FERNANDO ÁLVAREZ S.L., a través de sendos escritos de fechas 21-12-2007 y 17-1-2008, se ha solicitado autorización judicial para la venta directa de los bienes indicados en la parte dispositiva de esta resolución. Admitida a trámite la solicitud y formada la correspondiente pieza separada, se dio traslado a las partes personadas, formulándose oposición por la AEAT y quedando las actuaciones vistas para dictar la resolución procedente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS. ÚNICO.- Por la administración concursal de AGENCIA DE TRANSPORTES HIJOS DE FERNANDO ÁLVAREZ S.L. se ha solicitado autorización judicial para la venta directa de tres camiones Volvo (matrículas O-1157-BD, O-7650-CJ y 3587BBT), nueve semiremolques (matrículas O-03128-R, O-03424-R, O-04555-R, O-04910-R, O-05054-R, O-03387-R, O-03919-R, R-3442-BBB, R-3443-BBB), Seat Toledo O-5708-CF, una bomba grasa, hidrolavadora, compresor, máquina de extraer ruedas, dos mesas de oficina, dos mesas auxiliares, siete sillas de oficina, radiador eléctrico, ordenadores personales, fotocopidora, impresora laser HP, impresora matricial EPSON, ordenador portátil, impresora Brother, dos faxes y extintores, por un total de 91.500 € en favor de EMILIO SOTO FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS PANDO FRESNO y AQUILES ROLANDO ROHODEN JIMÉNEZ.

En su petición la administración concursal solicitaba asimismo que se librara oficio a la AEAT al objeto de que levantara los embargos trabados en la Diligencia de embargo n° 330523000899-B efectuado a la concursada sobre las tarjetas de transporte n° 05871506-3, 10554916-1 y 10574476-1, así como que se librara exhorto al Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Oviedo para que levantara los embargos trabados sobre esas mismas tarjetas en los autos de Juicio Cambiario 759/04.

La AEAT formula alegaciones, no en cuanto al hecho en sí de la venta, sino en lo que respecta al levantamiento de los embargos.

La cuestión que se plantea, pues, es la coordinación entre los arts. 55 y 149 de la Ley Concursal, o, más concretamente, cómo se coordinan la subsistencia de embargos previos al concurso con la necesidad de transmitir dichos bienes en fase de liquidación libres de cargas.

Por principio hemos de partir de que el art. 55 de la Ley Concursal, al tiempo que decreta la suspensión de las ejecuciones singulares preconcursales, deja incólumes los embargos que en su garantía se hubieran trabado de conformidad con el art. 565.2 LEC. Salvo en el caso de bienes con garantía real, sujetos al régimen especial del los arts. 56 y 57 LC, la suspensión se prolonga durante toda la vida del procedimiento concursal, de modo que concluido éste, podrían reiniciarse.

Ahora bien, tal posibilidad de reinicio con subsistencia de los embargos debe quedar limitada a los supuestos que podríamos calificar de terminación anormal del concurso (v. gr. revocación del auto de declaración del concurso), pues llegados al convenio o a la liquidación la subsistencia de aquéllos se revela incompatible con cualquiera de las soluciones concursales.

La incompatibilidad entre el reinicio de la ejecución y la aprobación y posterior cumplimiento del convenio es palmaria, dado que en virtud de su eficacia novatoria los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, de los acreedores ordinario y subordinados quedan extinguidos en la parte a que alcance la quita (art. 136 LC).

En el caso de liquidación hemos de llegar a idéntica conclusión. En efecto, la posibilidad de reinicio con subsistencia de los embargos resulta incompatible con el carácter universal del procedimiento concursal y es natural consecuencia, como subraya la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, “de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso” con la finalidad de hacerles pago, total o parcialmente, de sus respectivos créditos, por el orden previsto en los arts. 154 y ss.

Esta finalidad satisfactoria en el seno del concurso sólo puede hacerse efectiva a través de la purga o extinción de todas las cargas o gravámenes (no reales) que pesaran sobre los bienes del deudor.

Con frecuencia esa purga se llevará a cabo a través del auto aprobando el plan de liquidación, en el que habrá de preverse la venta de esos bienes libres de cargas, dirigiendo a tal efecto comunicación a los Juzgados u otros organismos públicos que las hayan acordado al objeto de que procedan a su cancelación.

Para el caso de que nada se haya previsto en el plan de liquidación, como es el caso, nada obsta a que con posterioridad el Juez del concurso ordene la cancelación de esas medidas de garantía. Ciertamente es que las normas sobre el procedimiento de apremio de la LEC, a las que el art. 149 LC se remite, parten de que del avalúo del bien deben descontarse las cargas anteriores, que continuarán subsistentes y pasarán, por subrogación, al rematante (arts. 642 y 670.5 LEC), pero tales normas deben interpretarse de conformidad a la finalidad expresada del procedimiento concursal y al propio texto legal, que en su art. 82.3, a sensu contrario, excluye del avalúo las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas incluidas en la masa pasiva, de donde se colige que, sin no han de incluirse es porque, llegado el momento oportuno, debe ordenarse su alzamiento.

Este juzgador, valorando que la venta de dichos bienes permitiría dejar prácticamente completada la fase de liquidación y efectuar un pronto pago a los acreedores y no existiendo constancia de otras ofertas alternativas, entiende que procede autorizar la venta conforme a los arts. 149 y 188 LC, librando las comunicaciones oportunas al objeto de dejar sin efecto los embargos que sobre ellos pesen.

Para el caso de que finalmente el oferente no disponga de fondos para hacer efectivo el pago, se autoriza asimismo a la administración concursal para que proceda a la venta por 90.000 € a TRADING TRUCKS S.L.

DECIDO: Autorizar a la administración concursal de AGENCIA DE TRANSPORTES HIJOS DE FERNANDO ÁLVAREZ S.L. para la venta directa y libre de cargas de tres camiones Volvo (matrículas O-1157-BD, O-7650-CJ y 3587BBT) y de las tarjetas de transporte a ellos adscritas, nueve semiremolques (matrículas O-O3128-R, O-03424-R, O-04555-R, O-04910-R, O-05054-R, O-03387-R, O-03919-R, R-3442-BBB, R-3443-BBB), Seat Toledo O-5708-CF, una bomba grasa, hidrolavadora, compresor, máquina de extraer ruedas, dos mesas de oficina, dos mesas auxiliares, siete sillas de oficina, radiador eléctrico, ordenadores personales, fotocopidora, impresora laser HP,

impresora matricial EPSON, ordenador portátil, impresora Brother, dos faxes y extintores por un importe conjunto de 91.500 €.

Para el caso de que finalmente el oferente no disponga de fondos para hacer efectivo el pago se autoriza asimismo a la administración concursal para que proceda a la venta por 90.000 € a TRADING TRUCKS S.L.

Librese oficio, al que se acompañará testimonio de esta resolución, a la AEAT al objeto de que levante los embargos trabados en la Diligencia de embargo nº 330523000899-B efectuado a la concursada sobre las tarjetas de transporte nº 05871506-3, 10554916-1 y 10574476-1 así como al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo para que alce los embargos trabados sobre esas mismas tarjetas en los autos de Juicio Cambiario 759/04». D. Alfonso Muñoz Paredes.

Asimismo, el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao, en Auto de fecha treinta y uno de marzo de dos mil ocho, sobre la cancelación de cargas anteriores, resuelve: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO. En principio el proceso de liquidación que regulan los arts. 148 y ss de la Ley Concursal obliga, conforme al plan de liquidación aprobado, o en aplicación de las normas subsidiarias del are. 149 LCi, a la enajenación de los bienes para con el producto obtenido proceder al abono de los créditos en el modo que disponen los ares. 154 y ss. Precisamente por ello tiene sentido la cancelación de los embargos anteriores a la declaración de concurso, que garantizan un crédito que ya ha sido calificado por la administración concursal y que, por lo tanto, no podrá esgrimirse como prioritario, al menos por esa anotación de embargo, frente a los demás acreedores. La preferencia en el abono da los créditos as fija en el concurso a través del sistema de calificación de créditos que supone la determinación de la masa pasiva, ex arts. 84 y es LC. La anotación de embargo puede ser esgrimida frente a otros acreedores en situaciones no concursales. Una vez declarado al concurso, sin embargo, habrá de estarse a la calificación que se contenga en los textos definitivos del informe de la administración concursal citados en el art. 38 LC, es decir, los elaborados tras entregarse el informe y someterse a la depuración judicial que trae consigo la tramitación y resolución de los incidentes del are. 96 LC. Sólo así puede operar el procedimiento concursal de forma coherente. Los créditos que se aseguraban con los embargos anteriores a' la declaración de concurso habrán de realizarse no sobre ese bien sino sobre la totalidad de la masa activa realizada en el orden que dispone la norma concursal para el abono de los créditos de esa clase, una vez satisfechos los que hubiera contra la masa. La competencia, aunque haya sido acordada por otros órganos diferentes, corresponde al Juzgado de lo Mercantil que tramite el concurso, conforme a los arts. 86 ter 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 8 LC, que otorgan jurisdicción exclusiva y excluyente a este órgano jurisdiccional en materia concursal, en tanto que el tratamiento de los créditos que los justificaban ya se ha producido concursalmente, figurando en el informe de la administración concursal.

Por lo tanto, para la enajenación del bien podrá acordarse en el auto de adjudicación correspondiente la cancelación de las cargas anteriores que tengan las características antes expresadas. No es posible que tras su realización permanezcan estos embargos inscritos, y corresponde al juez del concurso acordar su desaparición para que el adquirente no los padezca y para no otorgar un privilegio, que la sola anotación no concede, para perseguir el bien así transmitido a un tercero». D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

En la conferencia inaugural, pronunciada por el Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Málaga, del III CONGRESO

DE DERECHO MERCANTIL Y CONCURSAL DE ANDALUCIA, organizado por la Asociación de Expertos en Derecho Financiero y Mercantil de Andalucía (EXFIMER), y celebrado en Antequera, los días 25, 26 y 27 de abril de 2008, se estudia la cuestión planteada sobre cancelación de embargos, en los términos siguientes: «La liquidación colectiva supone la cancelación automática de las cargas anteriores y posteriores a la declaración del concurso puesto que supone el sometimiento de todos los créditos reconocidos, como veremos, a dichas reglas liquidatorias. El Juez del concurso asume la competencia de conformidad al artículo 8 de la Ley Concursal y por ello, salvo las excepciones previstas, también asume dicha competencia para cancelar dichas cargas aunque hubiesen sido adoptadas por otro juzgado. Las reglas del artículo 148 y 149 de la LC son una verdadera ejecución colectiva respecto de bienes gravados por otros juzgados o administraciones en algunos casos y por ello se produce una pérdida, *ipse legis*, de la competencia de los citados juzgados a favor de la competencia colectiva del juzgado que tramita el concurso... a) En caso de enajenación durante la fase común de bienes y derechos sujetos o no a privilegio especial la existencia de cargas posteriores supone la cancelación de las mismas al amparo de lo previsto en los artículos 43, 44 y 155 de la LC en los términos de la autorización dada para dicha enajenación; b) En el supuesto de enajenación durante la fase común de bienes y derechos no sujetos a privilegio especial, la existencia de cargas anteriores deben cancelarse en función de la autorización de venta realizada y partiendo de que la misma puede recoger dicha cancelación que deberá ser acordada de conformidad al apartado anterior por la asunción de la competencia prevista en los preceptos concursales y al haber devenido el juez del concurso en competente; c) En el supuesto de enajenación de bienes y derechos sujetos a privilegio especial anteriores a la declaración del concurso, las reglas a observar son las previstas en el artículo 155 de la Ley Concursal; d) En el supuesto de enajenación de bienes y derechos derivados del convenio aprobado judicialmente, parte del respeto a las normas del convenio contempladas desde las reglas anteriores y por tanto cancelando las cargas y gravámenes conforme se ha señalado; e) En el supuesto de enajenación de bienes y derechos derivados de la fase de liquidación, deberá observarse el plan de liquidación o las normas subsidiarias, contempladas igualmente desde las reglas anteriores y por tanto cancelando las cargas y gravámenes conforme se ha señalado; f) El régimen previsto anteriormente debe ser matizado en los supuestos de la normativa especial recogida en la disposición adicional segunda de la ley concursal». Presenta la siguiente conclusión: «Corresponde al juez del concurso la competencia para acordar la cancelación de cargas anteriores y posteriores en los supuestos de enajenación de bienes y derechos de la masa activa, sea cual sea el órgano jurisdiccional o administrativo que las hubiere acordado, de conformidad a la autorización de enajenación, convenio o liquidación y distinguiendo los supuestos de ventas respecto de bienes y derechos que garanticen créditos con privilegio especial de otros supuestos».

La doctrina expuesta sobre cancelación de embargos anteriores a la declaración de concurso ha sido estudiada en el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil³⁶, celebrado en Barcelona, los días 29 y

³⁶ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

30 de noviembre de 2007: «NOVENA CONCLUSIÓN: Corresponde al juez del concurso la competencia para acordar la cancelación de cargas anteriores y posteriores en los supuestos de enajenación de bienes y derechos de la masa activa sea cual sea el órgano jurisdiccional o administrativo que las hubiere acordado, de conformidad a la autorización de enajenación, convenio o liquidación, y distinguiendo los supuestos de ventas respecto de bienes y derechos que garanticen créditos con privilegio especial de otros supuestos».

2.2.3.3. Observaciones o propuestas de modificación

Además de la puesta de manifiesto del plan de liquidación en la Secretaría del Juzgado y en otros lugares que el Juez acuerde, para que deudor y a los acreedores concursales puedan formular observaciones o propuestas de modificación, se dará traslado a los trabajadores, en su caso, a los mismos fines, según los apartados 2 y 3 del citado art. 148. No parece haya inconveniente en que las partes interesadas, además de las alegaciones que consideren oportunas, presenten otros planes de liquidación alternativos.

Sobre alegaciones al plan de liquidación, formuladas por la AEAT, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Oviedo, de fecha veintiocho de febrero de dos mil seis, que declara la inmodificabilidad de la naturaleza y posición concursal del crédito tributario, en fase de convenio o de liquidación: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- En la sección quinta del presente procedimiento concursal del concursado EL BARRILETE DE SALESAS S.L., se ha presentado por la administración del concurso el Plan de liquidación de los bienes y derechos del deudor. SEGUNDO.- Dicho plan ha sido puesto de manifiesto en la Secretaría del Juzgado y ha sido anunciado en el tablón de anuncios del Juzgado, haciendo saber que el deudor y los acreedores en el plazo de quince días desde que se puso de manifiesto el Plan, podían formular observaciones y proponer modificaciones al mismo.

TERCERO.- Dentro de dicho plazo se han presentado observaciones por la Agencia Tributaria.

CUARTO.- Se han interesado de la administración concursal informe sobre las observaciones formuladas, que ha sido emitido en los términos que constan en el anterior escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO: Se plantea por la AEAT la aplicación al proceso concursal, y más concretamente al trámite de reconocimiento y clasificación de créditos, de lo dispuesto por la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria en su art. 77, a cuyo tenor:

"1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Sostiene la impugnante AEAT que el apartado 2º de la norma ha de limitar su eficacia únicamente a aquellos supuestos en los que el procedimiento concursal siga su curso por la solución conservativa, pues en caso de abrirse la fase de liquidación, y acudiendo a una interpretación a *sensu contrario* de lo dispuesto en dicho apartado 2º, cuando condiciona su regulación al supuesto específico de convenio concursal, entrará en juego

el apartado 1º del art. 77 de tal modo que la Hacienda Pública gozará para su cobro de preferencia sobre todos los demás acreedores que no sean de dominio o cuyos créditos no estén garantizados con hipoteca, prenda u otro derecho real debidamente inscrito con anterioridad al crédito tributario. Se apoya igualmente la AEAT en la modificación experimentada por el apartado 2º art. LGT en el trámite parlamentario, pues la enmienda nº 332 introducida en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular para sustituir el término "concurso" por el ahora vigente de "convenio concursal" se justificaba señalando que "La redacción del apartado 2, mencionando "concurso" en lugar de "convenio concursal" podía interpretarse como una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública con independencia de la suerte que corriera el proceso concursal, interpretación que no resultaría justificada para el caso de que el proceso entre en liquidación puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública. De esta forma, la preferencia establecida en el apartado 1 se mantendría para los supuestos de liquidación, pero no en aquellos en los que se suscriba un convenio concursal que incluya los créditos tributarios".

SEGUNDO: Para el examen de la cuestión planteada habremos de partir recordando que en la tarea hermenéutica de la norma que aquí nos ocupa, la *voluntas legislatoris* expresada en la justificación de la enmienda transcrita, aún cuando constituye efectivamente uno de los criterios interpretativos sentados por el art. 3-1 C. Civil al recoger como tales los "antecedentes históricos y legislativos", no puede imponerse sobre la *voluntas legis* o finalidad de la norma -vid. art. 3-1 C. Civil inciso final-, pues sabido es que una vez la Ley ha sido promulgada se separa de su autor y pasa a tener una existencia objetiva, debiendo por lo tanto atender en la búsqueda de su sentido y alcance el conjunto de criterios ofrecidos 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. Pues bien, en este sentido no puede mantenerse razonablemente que el sistema de preferencias crediticias diseñado en la Ley Concursal encuentre su justificación únicamente en sede de convenio y no así cuando el patrimonio del deudor fallido esté abocado a la liquidación, en cuyo caso se pretende trastocar la jerarquización legal para anteponer el derecho de la Hacienda Pública al del resto de los acreedores concursales -con las salvedades de los créditos con garantía real previstos en el art. 77-1 L.G.T.-, pues ello no solo sería regresar al arcaico sistema de prelación cuasiabsoluta del crédito tributario que el legislador concursal explícitamente repudia, sino desconocer que la pérdida de rango del privilegio de la Hacienda Pública en la nueva regulación no tiene por misión apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada, y así la Exposición de Motivos de la Ley Concursal proclama que la reforma "reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares", que "el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas" o que "los privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social".

TERCERO: Además de lo arriba expuesto, no podemos desconocer que la propia Ley General Tributaria en su Disposición Adicional Octava establece que "Lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento", sin que podamos compartir el argumento manejado *pro domo sua* por la impugnante, cuando afirma que esta previsión normativa tenía por único fin el de

acomodar la nueva regulación tributaria a los viejos procedimientos de quiebra, suspensión de pagos, quita y espera y concurso de acreedores, en el lapso temporal comprendido entre la entrada en vigor de la L.G.T. (1 julio 2004) y la posterior entrada en vigor de la Ley Concursal (1 septiembre 2004), pues lo cierto es que la referida norma se ubica sistemáticamente en la Ley General Tributaria como Disposición Adicional y no como Disposición Transitoria, conteniendo un enunciado que se perpetúa en el tiempo más allá de tales límites y que, por no hacerse en él distinción alguna -*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*- resulta perfectamente vigente y de aplicación tras la reforma concursal operada por la Ley 22/2003. Siendo así, y exigiendo la Disposición adicional octava la necesaria armonización entre la aplicación de la L.G.T. y la nueva Ley Concursal, forzoso resultará también tener presente el mandato contenido en el art. 89-2 L.C., por el cual "No se admitirá en el concurso ningún privilegio preferencia que no esté reconocido en esta Ley" y con el que se viene a excluir a modo de blindaje la posibilidad de aplicar en el concurso preferencias o privilegios instituidas en normas extrañas a las que resulten de la propia Ley Concursal conforme su texto actual o ulteriores modificaciones, máxime cuando se trate de la Ley General Tributaria cuya aplicación en este ámbito precisa de una interpretación coordinada entre ambos cuerpos normativos, como hemos visto.

Lo hasta aquí razonado nos lleva a entender que el art. 77 L.G.T. regula el derecho de prelación de la Hacienda Pública en los diferentes ámbitos en que puede éste concurrir con otros acreedores, de tal manera que viniendo el apartado 2º reservado para regular su derecho de prelación en las ejecuciones colectivas que se articulen mediante el juicio universal de concurso de acreedores, forzoso será concluir que su apartado 1º habrá que referirlo al supuesto general en que la prelación crediticia se haga valer en ejecuciones singulares -como así se disponía ya en la regulación nonata contenida en la Disposición final undécima de la Ley Concursal- sin que tampoco quepa argüir en contra que esta interpretación conduce a otorgar al apartado 2º art. 77 L.G.T. un significado enteramente superfluo o redundante respecto de la regulación propia del convenio contenida en la L.C., pues su utilidad reside en precisar que en los supuestos de situación concursal en que se haya alcanzado la aprobación de un convenio, el crédito de la Hacienda Pública quedará vinculado por la extensión subjetiva a que alcanza su contenido cuando se trate de un crédito ordinario o subordinado (art. 134 L.C.) y tratándose de un crédito privilegiado cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 134-2 en relación art. 123 L.C., debiendo someterse en los supuestos de concurso abocado a la solución liquidativa a las reglas generales contenidas en los arts. 154 a 162 L.C.

PARTE DISPOSITIVA. 1.- Se mantiene en sus propios términos el plan presentado por la administración del concurso, al cual deberán someterse las operaciones de liquidación de la masa activa». D. Javier Anton Guijarro.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de La Coruña, de fecha 12 de diciembre de 2005, sobre la objeción al plan de liquidación para que se realice la venta de bienes muebles en subasta pública, en lugar de venta directa, resuelve: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. 2º. El plan de liquidación presentado por los administradores concursales prevé la venta directa, por lotes de material homogéneo, de los bienes que integran el inmovilizado material de la concursada, descartando desde luego la venta unitaria de los activos por tratarse de una empresa carente de actividad desde antes de la declaración de concurso. La justificación de la opción de la administración concursal a favor de la venta directa radica en la falta absoluta de tesorería, de modo que no sería posible cubrir los gastos que la subasta acarrearía.

Frente a esa propuesta, la única objeción que se ha presentado dentro de plazo legal es la del acreedor HORMIGONES VALLE MINOR S.L., representado por la procuradora..., en escrito de fecha 15 de noviembre pasado, y se basa en señalar que la venta directa no ofrece garantías de seguridad para el conjunto de los acreedores, así como en la posibilidad de obtener mayor precio en caso de subasta. Pues bien, si por una parte no cabe compartir la previsión de que se vaya a obtener un mayor precio mediante la venta en pública subasta -puede desde luego no ser así, como por desgracia demuestra la experiencia diaria de las subastas judiciales-, la justificación ofrecida por la administración concursal para optar por la venta directa no se puede compartir, teniendo en cuenta que la remisión a la vía de apremio de la LEC, en lo que atañe a la subasta de bienes muebles (que son los únicos que componen el inmovilizado material de la concursada), no presupone mayores gastos. Ha de tenerse en cuenta que en la fase de liquidación del concurso puede y debe prescindirse, con carácter general, del avalúo de los bienes, puesto que ya ha sido hecho por los administradores concursales en el inventario de su informe definitivo (salvo en el caso de que, por tratarse de bienes de rápida depreciación o apreciación sea aconsejable proceder a una nueva valoración o a la actualización de los valores asignados en el informe). Por otra parte, la publicidad que exige el artículo 645 de la LEC para la subasta de bienes muebles se limita a la inserción de edictos en la sede del Juzgado y en los lugares públicos de costumbre; no impone la ley la necesidad de que sean publicados edictos en periódicos oficiales o en diarios de ámbito provincial, salvo que el tribunal lo considere conveniente a instancia del ejecutante o del ejecutado.

Ocorre en este caso, sin embargo, que el informe de los administradores concursales no contiene una valoración de mercado detallada de los bienes que integran el activo de la concursada; se remite a los valores contables y no proporciona, por lo tanto, el necesario punto de partida que permitiría prescindir del avalúo que la subasta judicial presupone, según lo anteriormente razonado.

En tales circunstancias, la subasta se presenta como un mecanismo de realización de imposible o muy difícil verificación, en este caso, puesto que necesariamente habría que ordenar el avalúo individualizado de los bienes y no hay en la masa dinero para afrontar el gasto que ello supone. Se ha de optar, por ello, por el sistema de venta directa, si bien, para garantizar la transparencia del sistema, la administración concursal deberá formar lotes de bienes homogéneos en el plazo de diez días a partir de la notificación de este auto y fijará un precio de garantía de cada uno de ellos. Los lotes así formados se pondrán de manifiesto a las partes personadas por plazo de cinco días, para que cualquiera de ellas formule las alegaciones que estime convenientes. A continuación se abrirá un periodo prudencial, cuya duración fijará la administración concursal, durante el cual podrán presentarse ofertas en plica cerrada en el juzgado sobre cada uno de los lotes; finalizado el periodo de presentación de ofertas se abrirán las plicas en presencia del secretario judicial y la administración concursal adjudicará los bienes integrantes de cada lote al que haga la oferta mayor.

Sin perjuicio de la publicidad que se dará a la venta en el tablón de anuncios del juzgado, y de cualquiera otra que cualquier interesado quiera, a su costa, facilitar, la administración concursal cuidará de hacer llegar a los posibles interesados la noticia de la oferta de venta de los bienes y del plazo y condiciones de la venta, para asegurar la concurrencia del mayor número posible de oferentes.

Si alguno de los lotes no se logra vender por el sistema anterior, la administración concursal quedará en libertad para venderlo directamente en la forma y con las condiciones que estime más conveniente para el concurso». D. Pablo González-Carrero Fojón.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), de fecha 16 junio de 2006, considera que la AEAT no puede pretender alterar su calificación crediticia con ocasión de la elaboración del plan de liquidación, con la formulación de observaciones sobre materias totalmente ajenas a la sección 5 y propias de la sección 4ª: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.-...En fecha 18 de enero de 2006, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “debo aprobar y apruebo el plan de liquidación presentado por la administración judicial, al que deberán atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa, ajustándose en lo no previsto a las reglas de los artículos 149 a 151 de la Ley Concursal, denegando la solicitud formulada por el Abogado del Estado en nombre de la AEAT.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia de 27-6-05 y auto de 18.1.06 a las partes... A.E.A.T. interpuso recurso de apelación contra el auto, dándose traslado a las partes de ambos recursos, no se opusieron; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y cinta de video; y no habiéndose personado ninguna de las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 12 de junio de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los de las resoluciones recurridas en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Con la oportunidad que les brinda el recurso que el art. 148.2 LC establece contra el auto que decide las observaciones planteadas contra el plan de liquidación elaborado por la administración concursal, la TGSS y la AEAT formulan sendos recursos dirigidos ambos al reconocimiento de sus respectivos créditos en la lista formulada por el administrador del concurso.

La TGSS impugnó oportunamente la lista de acreedores, tanto en cuanto a la cuantía de sus créditos como a la calificación propuesta, impugnación que fue resuelta por sentencia de fecha 27-6-2005 en la que, dado el allanamiento parcial del administrador concursal, se dio lugar en parte a la impugnación en cuanto a la cuantía del crédito, y la rechaza en cuanto a su calificación...

Por el contrario, la AEAT dejó pasar el plazo señalado en el art. 96.1 LC sin formular impugnación alguna contra la lista de acreedores, y pese a ello, hizo observaciones al plan de liquidación, dirigidas todas ellas a que se la incluyera en la lista de acreedores con el privilegio que otorga el art. 77.1 LGT.

Rechazada dicha “observación al plan de liquidación” por auto de 18-1-2006, la AEAT formula recurso contra el mismo a fin de que le sea reconocido el privilegio que había reclamado en aquélla observación.

SEGUNDO.- Dispone el art. 97.1 LC que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos.

Como se dice, la AEAT, que no impugnó en su día la calificación de su crédito, no puede ahora pretender alterar su calificación con ocasión de la elaboración del plan de liquidación, primero con la formulación de observaciones sobre materias totalmente ajenas a la sección 5 y propias de la sección 4ª, donde debió haber formulado la cuestión que ahora pretende introducir, y después mediante el recurso de apelación contra el auto que las desestimó.

Al efecto, es de señalar la total independencia de contenidos entre el auto que permite la apelación más próxima y la resolución ante la que se ha formulado protesta en previsión de una ulterior apelación, de tal forma que aquél sólo sirve como vehículo formal del recurso contra ésta, cuando se haya cumplido la exigencia del art. 197.3 LC, pero no

cabe introducir en el recurso directo o inmediato contra la resolución vehículo materias propias de otras resoluciones anteriores que no fueron objeto de impugnación o protesta que abriera la posibilidad de la apelación mediata.

El proceder de la AEAT evidencia el problema práctico que plantea la aplicación al concurso del art. 77.1 LGT cuando se llega a la liquidación que sostiene la recurrente; de ordinario, la lista de acreedores se formula antes de conocerse si el concurso va alcanzar aquella fase.

Por lo expuesto, debe ser rechazado el recurso de apelación entablado por la AEAT contra el auto de 18-1-2006...

SEXTO.- Las costas de esta alzada se rigen por el art. 398 LEC 2000.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, FALLO. Que desestimando el recurso de apelación entablado por AEAT contra el auto de 18-1-2006 y el deducido por la TGSS contra la sentencia de 27-6-2005, resoluciones ambas dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 19 en los autos nº 313/2004, el primero en la sección de liquidación, y la segunda en incidente de impugnación de los créditos reconocidos en la lista de acreedores, debemos confirmar y confirmamos dichas resoluciones». Ponente Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Transcurrido el plazo quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Secretaría del Juzgado el plan de liquidación, sin que se hubieran formulado, el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa. En otro caso, la administración concursal informará, en el plazo de diez días, sobre las observaciones y propuestas formuladas y el Juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquéllas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación (art. 148.2).

El apartado 4 del art. 148 contempla el caso de que las operaciones de liquidación previstas supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo y declara la aplicación del art. 64, antes de la aprobación del plan, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, quien llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Esta incidencia, que demorará necesariamente la aprobación judicial del plan de liquidación, repercutirá en los plazos señalados en los arts. 152 y 153.1 de la Ley concursal, objeto de posterior comentario.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil³⁷, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «5º.- Para el caso en que se presenten observaciones a la propuesta del plan de liquidación por el deudor concursado o los acreedores, y el Juez estime

³⁷ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

introducir modificaciones ¿cuál es el grado de congruencia exigida entre estas modificaciones y aquellas observaciones?, ¿puede el Juez introducir modificaciones que difieran en parte de las observaciones deducidas, o por el contrario debe ajustarse literalmente a ellas o rechazarlas de plano?

No parece que, ante la formulación de observaciones por parte de los acreedores o el concursado, se abra propiamente un proceso, donde aplicar, al menos de forma rigurosa, el principio de congruencia, art. 218.1 LEC, sino un mero incidente procesal, ya que tales observaciones no pueden ser entendidas como deducción de pretensiones. El propio art. 148.2 LC apunta que el auto aprobatorio del plan de liquidación podrá “introducir en él modificaciones en función de aquellas” observaciones, de forma que ni se presenta una vinculación estricta del juez al contenido de la observación formulada, esto es, para rechazarla o admitirla sin alteración alguna, ni una plena libertad para, aprovechando la oportunidad de las observaciones formuladas, introducir cualquier modificación independiente de las observaciones en la propuesta de plan de liquidación. Por ello, parece predicable que el juez no se somete estrictamente al sentido de las observaciones realizadas, pero no puede desvincularse por completo de las mismas para la aprobación del plan, limitándose a alterarlas de forma accesorio o tangencial.

6º.- En el supuesto anterior, ¿puede el juez optar por aprobar en parte el plan de liquidación y en parte imponer, para ciertos aspectos de la fase de liquidación, las reglas supletorias del art. 149 LC?, o por el contrario ¿sólo puede optar por esas reglas supletorias para toda la fase de liquidación, rechazando el plan propuesto?

No es clara en la legalidad la incompatibilidad de ambas vías de liquidación, pese a la disyuntiva recogida en el art. 148.2 LC, aprobación del plan, con o sin modificaciones, o rechazo del mismo y aplicación de las reglas supletorias, ya que la previsión del art. 149.1 LC es aplicar tales reglas no sólo en ausencia de plan de liquidación, sino también en lo no previsto en el mismo. Cuando ello resulta permitido expresamente en la legalidad, no parece que pueda vedarse al juez, en el trámite de aprobación del plan, rechazarlo parcialmente, salvando en él aquello que pueda ser útil para la liquidación, y remitirse expresamente para lo rechazado a las reglas supletorias del art. 149 LC, de modo que fije la forma de combinar las previsiones del plan y las reglas supletorias.

Por otro lado, nada impide que parte del contenido del plan ya propuesto por la administración concursal consista en sí mismo en la aplicación de las reglas supletorias para la liquidación, del art. 149 LC, lo que determinaría que su modificación en la aprobación judicial extienda o limite la operatividad de tales reglas supletorias en el propio plan previstas».

2.2.3.4. Aprobación y recursos

Parece excesivo el tono imperativo del art. 148.2, cuando no se hubiesen formulado observaciones y propuestas de modificación del plan de liquidación presentado por la administración concursal: «...el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa», pues debiera permitirse que la decisión judicial matice, modifique o rechace el plan de liquidación propuesto por la administración concursal, acorde con la función que ostenta de dirección de proceso³⁸, Vg. ante error clamoroso, fórmulas de

³⁸ Exposición de motivos: «La ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones... Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias,

dación en pago, etc., es decir, cuando el Juez aprecie conculcación de la legalidad en el plan presentado. No parece cuestionable que el Juez pueda pedir aclaraciones o subsanaciones a la administración concursal sobre el plan de liquidación presentado.

Cuando se hubiesen formulado observaciones o propuestas a dicho plan, por parte de los interesados (deudor, acreedores o trabajadores), la administración concursal informará al Juez sobre las mismas para su resolución, mediante auto (art. 148.2), lo que quiere decir que se atribuye al Juez la facultad discrecional de aceptarlas o rechazarlas, total o parcialmente, así como adaptarlas a su buen criterio, incluso, de no aprobar el plan de liquidación y acordar que la liquidación tenga lugar conforme a las reglas legales supletorias. El Auto aprobatorio del plan de liquidación acordará, en su caso, la cancelación de embargos sobre los bienes y derechos objeto de realización, incluso los administrativos, con las reservas expuestas respecto de los apremios administrativos o laborales que conserven derecho de ejecución separada.

La decisiva actividad del Juez, respecto del plan de liquidación, se pone de evidencia en el ilustrativo Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Bilbao, de fecha treinta de marzo de dos mil siete: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Sobre la forma de liquidación. El art. 148.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) dispone que una vez evacuado por la administración concursal informe sobre las observaciones o propuestas de liquidación al Plan de Liquidación el juez, según estime conveniente para los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan, introducir modificaciones o acordar la liquidación mediante las reglas legales supletorias, que son las comprendidas en el art. 149 LC. Ha de destacarse, en consecuencia, que es posible la modificación del plan porque ha habido alegaciones, y que el informe de la administración concursal no es vinculante.

El plan propuesto en esencia supone la venta directa de los activos de la concursada. La cuestión que se ha suscitado en esta pieza es a quien haya de enajenarse, pues ni una sola de las alegaciones cuestiona que la venta directa sea la manera más prudente de proceder. Desde esa perspectiva han de analizarse las ofertas que se efectúan, pues la administración concursal hace una propuesta, tras el trámite de alegaciones, que en síntesis supone considerar que no es preciso enajenar la totalidad el negocio sino que puede hacerse por unidades independientes, sugiriendo que una parte se venda a SIGNE S.A. y la otra a J.B. MILLER & FORSYSTEM. Antes de otras consideraciones ha de afrontarse esa opción, decidiendo la venta de la totalidad o por unidades independientes.

Ciertamente nos encontramos ante una empresa, o mejor grupo de empresas, de artes gráficas, especial por su carácter estratégico. La concursada, como pieza esencial del que podría denominarse GRUPO LERSUNDI de impresión, se dedica junto con VAMA INTERNACIONAL ASESORES S.L., USOA INDUSTRIAL GRAFICA S.A.L. y CANTERTRON S.L., a la impresión de documentos de seguridad para las entidades bancarias, esencialmente libretas y cheques personalizados, con un alto nivel de exigencia en el producto que facilitan a sus clientes, que por razones obvias, no puede ser fácilmente reproducible, al sostenerse en ellos numerosas operaciones económicas, crediticias y financieras. Estas empresas tienen centros de trabajo en Bizkaia, Madrid y Barcelona.

Pocas empresas en España se dedican a esta clase de negocio, lo que quizá explique el inusual interés en el destino de la maquinaria, los trabajadores cuya experiencia es

lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso».

difícilmente reemplazable, su know-how y fondos de comercio, ya que a lo largo de la fase de liquidación se han formulado hasta cuatro ofertas, aunque algunas de ellas sean complementarias.

Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta que la Ley Concursal emplea en los arts. 100, 148 y 149 categorías semejantes a las que cita el art. 44.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), es decir, empresa, centro de trabajo y unidad productiva. El concepto de empresa puede entenderse, atendiendo al art. 149 LC como el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad, que es susceptible de transmisión. Centro de trabajo es aquella parte de la empresa con autonomía organizativa por contar con un poder de dirección y unidad productiva aquella parte que disponga de autonomía de producción.

Hay que recordar que fue precisamente la administración concursal la que, tras declararse LERCHUNDI DOCUMENTOS DE SEGURIDAD S.L. en concurso voluntario, recomendó que se instara también el concurso de las sociedades participadas, VAMA INTERNACIONAL ASESORES S.L. y USOA INDUSTRIAL GRAFICA S.A.L., que de manera conjunta se tramitan en este mismo juzgado. Estamos pues ante el concepto de empresa al que aluden las normas citadas, al margen de que puedan existir tres centros de trabajo diferentes, que a su vez se amparan en una personalidad jurídica específica para cada uno de ellos, coincidente por otro lado con las unidades productivas de Bizkaia, Barcelona y Madrid.

La unidad en la gestión del negocio, la participación no sólo en la composición social, sino en el proceso de producción, pues hay cedidos activos de la concursada a las otras sociedades, y la estrecha vinculación de las tres empresas justificaron la solicitud de la administración concursal de LERCHUNDI, que tuvo acogida. El informe de la administración concursal tanto en este concurso como en el de VAMA y USOA, corroboran esa convicción de la unidad de gestión. De hecho, la propia administración concursal de LERCHUNDI ha destacado cierta confusión patrimonial entre las empresas del grupo.

Es indudable tal relación, que nadie ha puesto en cuestión y que la propia administración concursal admite en el informe a las alegaciones de los acreedores, pues justifica la primera de las opciones que plantea, que luego descarta. La finalidad de la Ley Concursal, reiteradamente manifestada en su Exposición de Motivos y articulado es tratar de asegurar el mantenimiento de actividad de empresas en crisis. Por otro lado, el art. 148.1 LC dispone que "para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes del concursado o de algunos de ellos", de manera que apuesta indudablemente por la enajenación unitaria, utilizando los términos legales, que por otro lado en términos económicos garantiza un mayor valor de los activos a enajenar.

Esa voluntad del legislador es coherente con la previsión que hace para el convenio el art. 100.2 LC, que permite, como posible contenido del mismo, "proposiciones de enajenación", bien "del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional", o "de determinadas unidades productivas". Además es proclamada en la Exposición de Motivos (VII) LC que resalta que "la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o algunos de sus elementos componentes, con preferencia a la soluciones que garanticen

la continuidad de la empresa”. Incluso en el caso de venta sin sujeción a plan, regulada en el art. 149 LC, el apartado 1.1º de esa norma dispone que "el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que previo informe de la administración concursal el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada...".

De todo ello se concluye, pese a lo manifestado por la administración concursal en su informe a las alegaciones, matizando su criterio inicial al proponer el plan de liquidación, que lo más razonable para atender la finalidad que la norma persigue es, precisamente, la venta de los activos de la concursada de forma unitaria, su enajenación como un todo, como inicialmente se propuso, desechando que pueda verificarse por unidades de negocio independiente, cuya viabilidad económica es discutible y que no asegura que las ofertas hechas se atiendan con garantía de máxima satisfacción a los acreedores de los concursos.

En consecuencia la decisión que se adopte sobre el plan partirá de este presupuesto, la venta directa de todos los activos como unidad. Procede, por lo tanto, analizar las diversas ofertas realizadas y valorar cual sea la más provechosa para todos los intereses, en muchos casos contrapuestos, que concurren en este caso.

SEGUNDO.- Los términos de la venta directa. Habrá de aclararse, en primer lugar, que la última de las ofertas presentada, que se hizo llegar al juzgado el día veintiocho de marzo por la Procuradora D^a ELIDA CERDEIRA RICOY, en nombre y representación de D. Marcelino, no será tenida en cuenta. La administración concursal ha emitido su informe sobre las alegaciones de las partes el día veintiséis de marzo, aunque no haya llegado a este juzgado hasta el día veintinueve. La propuesta del Sr. Marcelino se presenta al día siguiente de que se haya depositado el informe de la administración concursal en la oficina de presentación de escrito del Juzgado Decano, y en todo caso, superado el término de quince días que el art. 148.2 LC dispone para efectuar alegaciones al plan. No hay por lo tanto fundamento legal para que se tenga en cuenta.

Respecto a las otras tres propuestas hay que señalar que la de SIGNE S.A. y ADOS S.A. fueron las primeramente presentadas, y además han sido minuciosamente explicadas a los representantes de los trabajadores, tal y como éstos manifiestan, y a diversas instituciones, como reconoce, cuando menos, el Fondo de Garantía Salarial.

La administración concursal destaca, en el caso de esta oferta, la solvencia económica de las empresas, a la vista de sus estados financieros, el conocimiento previo de las sociedades concursadas, anterior incluso a la fase de liquidación y que dispone de la titularidad del inmueble en el que se encuentra VAMA, pues lo adquiere en diciembre de dos mil seis. Oferta 200.000 euros por los activos de la concursada y 400.000 por los de USOA, más casi 145.000 euros por las existencias, con pago al contado de 600.000 euros y el resto en 12 meses, con compromiso de mantener entre 47 y 50 puestos de trabajo y asegura la localización en Bizkaia durante un año.

En el caso de la oferta conjunta de J.B. MILLER y FORSYSTEM DOCUMENTOS INTELIGENTES S.A., hay que señalar que no se hace en nombre propio, sino de terceros. Su pertenencia al grupo DOCUWORLD UNIVERSAL le otorga respaldo económico suficiente a juicio de la administración concursal, aunque reconoce que su potencial económico es inferior a la anterior oferta. Los comités de empresa indican que no han sido informados de sus planes. Su oferta es de casi 400.000 euros por los activos de la concursada y otros 435.000 euros por los de USOA, más existencias y con pago al contado, compromiso de recolocación de 51 trabajadores y localización indefinida en Bizkaia.

De la comparación de ambas ofertas se alcanza el convencimiento, vistos tanto los

argumentos que algunos acreedores plantean y las circunstancias concurrentes, como el interés transmitido respecto de la masa social, que la primera de las ofertas es la más conveniente para todos los intereses en juego.

Al margen de que tanto el Fondo de Garantía Salarial como los Comités de Empresa destaquen el talante dialogante y la continua información facilitada por SIGNE S.A. y ADOS S.A., cuando ha sido requerida, la propia administración concursal reconoce la solvencia económica del citado grupo. Ciertamente es que la oferta puede ser inferior en precio, pero ofrece mayor garantía de viabilidad, atendiendo a que, además, son empresas que ya tienen experiencia en un sector tan especializado como el que nos ocupa. Esta mayor experiencia y volumen, reconocidas por la administración concursal al comparar ambas ofertas, permitirían afrontar la totalidad del negocio que va a enajenarse con mejores expectativas que el del segundo grupo. Además permite atender con mayor garantía la finalidad legal antes expuesta de la enajenación como un todo, y el criterio legal de dar preferencia a las ofertas de compra de la concursada "que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso, de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores" (art. 149.1.3º LC).

No puede desdeñarse, tampoco, que SIGNE S.A. ya es propietaria del inmueble en el que desenvuelve su sede social VAMA, y que, por lo tanto, está en inmejorable posición para garantizar la continuidad de la sociedad. Por otro lado afirman los comités de empresa que los oferentes han mantenido reuniones con todas las administraciones públicas implicadas (mencionan la Tesorería General de la Seguridad Social, Diputación Foral de Bizkaia y Agencia Estatal de la Administración Tributaria), lo que revela cierta implicación que podría existir en las otras ofertas, pero no consta.

TERCERO.- Sobre las demás cuestiones planteadas. En las ofertas y el informe de la administración concursal se plantean otras cuestiones que por su relevancia han de quedar resueltas en esta resolución. La primera tiene que ver con el sistema subsidiario de liquidación si fracasa la venta directa. Al respecto la primera medida que ha de adoptarse es que si la primera opción no puede llevarse a cabo la administración concursal en un plazo prudencial de treinta días, queda autorizada para enajenar en los términos que ofrece la segunda. En su defecto, se estará a lo propuesto por la administración concursal pues nadie puso impedimento alguno, es decir, la venta por entidad especializada.

Respecto a que se condiciona la venta a que no se produzcan los efectos que establece el art. 149.2 LC, no es posible admitirlos. No consta ningún compromiso semejante por quien podría adoptarlo, que son las instituciones públicas que podrían derivar responsabilidades. Ninguna de ellas ha manifestado nada al respecto y este juzgado sólo puede estar a los términos legales, que habrán de ser respetados.

Además la voluntad del legislador es clara al respecto pues se manifiesta también en el art. 100.2 LC, que dispone que si se conviene la transmisión del conjunto de bienes y derechos del concursado o de determinadas unidades productivas, tales proposiciones "incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional...". En definitiva, sea en fase de convenio o, como es el caso, liquidación, la norma deja dispuesto cómo proceder, sin que pueda modificarse ese criterio legal.

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

ACUERDO APROBAR el Plan de Liquidación del patrimonio de LERCHUNDI DOCUMENTOS DE SEGURIDAD S.A. en los términos propuestos por la administración concursal, con las siguientes precisiones:

- 1.- La venta directa se hará de la totalidad de los activos que se enajenarán como un todo.
- 2.- La venta se realizará de manera inmediata en los treinta días siguientes a la notificación de esta resolución, a SIGNE S.A. y ADOS S.A., en los términos planteados en su oferta sin condicionamiento alguno.
- 3.- Para el caso de que no sea posible lo anterior la venta se realizará, en los términos planteados en su oferta, a J.B. MILLER y FORSYSTEM DOCUMENTOS INTELIGENTES S.A., sin condicionamiento alguno y en el mismo término de treinta días.
- 4.- En defecto de todo ello se venderán los activos de manera individualizada a través de entidad especializada». D. Edmundo Rodríguez Achútegui.

El Auto que apruebe el plan de liquidación propuesto por la administración del concurso puede ser recurrido en apelación (art. 197), como se ha resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), mediante Auto de fecha veintinueve de junio de dos mil seis: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO. La parte dispositiva del Auto recurrido es del siguiente tenor: "Apruebo el plan de liquidación propuesto por la administración del concurso de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000, S.L., complementado con la precisión efectuada por ésta en su posterior escrito de informe a las observaciones del acreedor HISPAMER". SEGUNDO. Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por la concursada y evacuado el oportuno traslado formalizó oposición NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDEN, B.V., elevándose el testimonio de los particulares interesados a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnadas las actuaciones a la presente Sección, siguiéndose los trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo el día veintinueve de junio de dos mil seis.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO. Como segundo motivo del recurso se alega que el plan de liquidación no se pronuncia respecto a si propone o no la enajenación unitaria del "conjunto de bienes que conforman la unidad productiva", supuesto defecto que, según la recurrente, infringe el artículo 148.1 LC y no es subsanable, sino "impeditivo de la validez jurídica del plan aprobado".

Se trata ésta de una alegación que no fue efectuada cuando la concursada tuvo oportunidad para ello, omitiéndose en el escrito presentado el 30 de junio de 2005. Resulta contrario a la buena fe procesal omitir supuestos defectos invalidantes para hacerlos valer en fase de apelación, a conveniencia de la concursada. La Ley concursal permite formular observaciones o propuestas de modificación durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la Secretaría del Juzgado el plan de liquidación. A tal efecto la administración concursal emite informe sobre las observaciones y propuestas, y el juez resuelve lo procedente (artículo 148.2 LC). A través del recurso de apelación viene a introducirse una cuestión nueva por la concursada, que tuvo ocasión de alegar cualquier "defecto invalidante" en el trámite del que dispuso como creyó conveniente. Pero es que además ni la Ley contempla tal defecto invalidante, ni concurre en este caso. Lo único que dispone el artículo 148 LC es que, siempre que sea factible, el plan de liquidación deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios. Precisamente, en el caso en que no se hubiere previsto, el artículo 149.1.1 establece una regla supletoria, de manera que no se alcanza a comprender como puede ello representar nulidad alguna del plan de liquidación. De existir tal defecto invalidante, como se ha señalado, tampoco concurriría

en este caso, puesto que como señala el escrito de oposición al recurso de apelación la concursada sólo dispone de tres bienes: una vivienda unifamiliar, un vehículo marca Peugeot, modelo 206, adquirido el 26 de marzo de 2001 y un crédito que el propio concursado considera de imposible cobro. Equiparar esta situación a la referida en el artículo 148 sobre la enajenación conjunta de unidades productivas carece de sentido alguno. El Plan resulta además perfectamente claro en cuanto a las normas de enajenación que dispone.

TERCERO. Alega la concursada que el plan de liquidación no establece calendario alguno para la realización de los bienes. Introduce nuevamente en la apelación una cuestión nueva sobre la que debe reiterarse el pronunciamiento expuesto anteriormente, evitando que la concursada utilice el procedimiento a su conveniencia. Resulta por otra parte inadmisibile que se venga a sustentar la nulidad del plan de liquidación sin citar cual es la norma concreta que en este aspecto se ha infringido, pues no se puede basar la nulidad en la vulneración de un requisito inexistente.

CUARTO. Añade la concursada, como otro más de los defectos invocados, que el Plan de Liquidación aprobado no tiene en cuenta la existencia de un bien litigioso, refiriéndose a la vivienda unifamiliar que figura en el mismo. Sin embargo debe rechazarse la premisa sobre la que se sustenta el motivo. Al efectuar alegaciones sobre el Plan de Liquidación, la concursada, en su escrito de 30 de junio de 2005 (folio 18), manifestó que tenía conocimiento "de la existencia de una parte interesada, cual es D..., que al parecer formula y solicita un reconocimiento de titularidad sobre el inmueble (.)". Es más, en escrito fechado el 29 de junio de 2005 (folio 21), dicha señora manifiesta que "en próximas fechas" va a presentar la demanda ejerciendo acción de declaración judicial de la cotitularidad dominical del inmueble.

Difícilmente puede afirmarse que el Plan de Liquidación presentado el 1 de junio de 2005 no tiene en cuenta lo que era imposible que tuviera en cuenta, entre otras razones porque, al contrario de lo que se afirma y como se ha comprobado, no se encontraba pendiente ningún incidente concursal. Así se resuelve acertadamente en el Auto recurrido (Fundamento de Derecho Segundo), considerando que no concurre defecto alguno que impida la aprobación del plan de liquidación y se añade (Fundamento de Derecho Quinto) que debe estarse a lo que se resuelva en el correspondiente incidente y es lo cierto que se dictó Auto de 13 de septiembre de 2005 en la pieza incidental acordando la suspensión de las operaciones para la realización del inmueble (folios 42 y 43).

QUINTO. El último de los motivos invocados en el recurso viene a introducir otra cuestión nueva, que debió plantearse a través del cauce específico establecido en la Ley Concursal, lo que es bastante para su desestimación, a fin de evitar que se puedan alegar nulidades del Plan de Liquidación que no se hicieron valer en la primera instancia. El motivo se refiere a una supuesta infracción del artículo 154 LC en relación al pago de los créditos contra la masa, motivo que debe rechazarse porque el Plan de Liquidación se limita a disponer los pagos como ordena el apartado tercero del artículo 154 LC.

Visto lo expuesto el recurso debe ser desestimado con imposición a la recurrente de las costas causadas (art. 3. 98 LEC), PARTE DISPOSITIVA: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la concursada MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000, S.L. contra el Auto dictado el 12 de septiembre de 2005 por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cuatro de Madrid, en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes, con imposición de costas a la recurrente».

El Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Nº 3), de fecha diez de enero de dos mil siete (Ponente del recurso el Magistrado D. Pedro Jose Vela Torres), considera que el plan de liquidación consistirá en un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, pero no predetermina cómo y en qué cuantía deben hacerse los pagos de los créditos, pues ello no depende del plan, sino del previo reconocimiento de créditos y de las reglas legales que se contienen en los artículos 154 a 162 de la propia Ley Concursal: «RAZONAMIENTOS JURIDICOS. SEGUNDO.- Conforme a dichas reglas, en especial el artículo 154.1, 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. Añadiendo el párrafo segundo que los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Por tanto, teniendo los gastos de justicia del solicitante del concurso y del concursado el carácter legal de créditos contra la masa, a tenor del artículo 84.2.2º de la Ley Concursal, es evidente que los mismos deben seguir dicho régimen, lo que no puede ser alterado por el plan de liquidación, ni en nada incide, por ello, su aprobación. En supuestos de liquidación, como el presente, los créditos contra la masa pendientes de satisfacción se pagarán deduciendo los bienes y derechos de la masa activa que resulten necesarios, mientras que los créditos concursales se pagarán con posterioridad por el orden legalmente establecido. Cosa distinta es que dicho pago de los créditos contra la masa a los que refieren la apelación y la impugnación se encuentre diferido, porque los administradores concursales no encuentren debidamente justificadas las cantidades reclamadas por los interesados, o hayan impugnado los honorarios facturados; lo que es completamente ajeno a la aprobación o desaprobación del plan de liquidación y tiene sus cauces procedimentales específicos.

TERCERO.- Como consecuencia de lo expuesto, careciendo de trascendencia en lo relativo al plan de liquidación las objeciones efectuadas al mismo por la entidad solicitante del concurso y la sociedad concursada, debe desestimarse tanto el recurso de apelación como la impugnación contra el auto aprobatorio de dicho plan, por cuanto el mismo es acorde a las previsiones del artículo 148 de la Ley Concursal. A cuyo efecto, resulta procedente recordar que el plan de liquidación no tiene que ser consentido ni por el deudor, ni por los acreedores, ni por los trabajadores; los legitimados podrán formular observaciones o incluso propuestas de modificación, pero en ningún caso se exige que presten su consentimiento al plan».

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil³⁹, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «4º.- Una vez presentada por la administración concursal la propuesta de plan de liquidación, de conformidad con el art. 148.1 LC, y puesta de manifiesto la misma sin que se formulen observaciones, ¿puede el Juez del concurso, de oficio, introducir en ella modificaciones?, en su caso ¿cuál es el alcance de tales modificaciones?

³⁹ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

Del tenor literal del art. 148.2 LC se desprende que, en ausencia de observaciones realizadas a la propuesta del plan de liquidación de la administración concursal, la aprobación de la misma por el juez resulta forzosa y automática.

Pese a ello, parece que debe admitirse, cuando menos, un control de pura legalidad sobre la propuesta formulada, tanto en las formas de realización del activo como en las previsiones de pago a los acreedores».

2.2.3.5. Enajenación de bienes y derechos incluidos en el plan de liquidación

No cabe, en la propuesta de plan de liquidación, la dación de bienes o derechos en pago o para pago de deudas, tanto si se considera aplicable en fase de liquidación la prohibición del art. 100.3 para el convenio, como porque supone una delegación implícita a terceros de las funciones liquidatorias judiciales y de la administración concursal. El adquirente puede ser cualquier persona capacitada, excepto los administradores concursales, sin que se deba poner reparo a que fuese acreedor, concursal o contra la masa.

Conforme al plan de liquidación, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de fecha 30 de junio de 2006, acuerda la reanudación de las actuaciones de ejecución hipotecaria en relación con un inmueble y autoriza su transmisión por venta directa: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Por auto de 20 de septiembre de 2004 se declaró en concurso voluntario a la entidad MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 10 de noviembre de 2004 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Decreto la suspensión de las actuaciones de ejecución hipotecaria que se tramitan con el nº 567/2 003 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas contra MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 SL en relación con el inmueble sito en la calle Camino de la Huerta nº 59 de Alcobendas. Comuníquese mediante exhorto al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas que la posible reanudación de las actuaciones de ejecución durante la tramitación del concurso queda sometida a la jurisdicción de este Juzgado de lo Mercantil, por lo que de ser procedente se le requerirá en el momento oportuno la remisión del expediente para su tramitación en pieza separada del concurso".

TERCERO.- Por auto de 26 de abril de 2005 se acordó abrir la fase de liquidación del presente concurso y por auto de 12 de septiembre de 2005 se dictó auto aprobando el plan de liquidación propuesto por la administración concursal complementado con la precisión efectuada por la concursada en su posterior escrito de informe a las observaciones del acreedor HISPAMER. Al encontrarse en tramitación un incidente concursal con el número 325/05 que afectaba a dicho plan se dictó con fecha 13 de septiembre de 2005 auto decretando la suspensión de las operaciones para la realización del inmueble sito en el Camino de la Huerta, número 59, incluido en el activo de la concursada MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 S.L., hasta que se dictara sentencia por el Juzgado en dicho incidente. Dicha sentencia se dictó con fecha 3 de enero de 2006 y cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de... y estimando la reconvención planteada por la administración del concurso de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 SL debo condenar y condeno a aquélla a desalojar el inmueble sito en el Camino de la Huerta nº 59, debiendo dejarlo de inmediato libre y a disposición de la administración concursal, con el apercibimiento de que será lanzada del mismo, a solicitud de la contraparte, si así no lo hiciese. Y debo imponer e impongo a... las costas causadas a las demás partes con

este incidente". Si bien dicha sentencia ha sido apelada, dicho recurso carece de efectos suspensivos.

CUARTO.- Con fecha 8 de noviembre de 2005 se dictó providencia del tenor literal siguiente: "Por presentado el anterior escrito por la Procuradora...en nombre y representación de la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA "LA CAIXA", únase a la sección de su razón. Se tiene por solicitada al amparo del artículo 57.3 de la Ley Concursal la reanudación de las actuaciones de ejecución hipotecaria que se tramitaban con el número 567/2003 ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcobendas contra la concursada en relación con el inmueble sito en la calle Camino de la Huerta número 59 de Alcobendas y cuya suspensión fue acordada por auto de 10 de noviembre de 2004. A la vista de dicha petición y encontrándose el presente concurso en fase de liquidación, remítase exhorto al Juzgado de dicha localidad interesando la remisión de las referidas actuaciones".

QUINTO.- La anterior resolución fue recurrida en reposición por la Procuradora... en nombre y representación de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 S.L. y conferido traslado a las demás partes se presentó escrito de impugnación por la Procuradora... en nombre y representación de CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA, LA CAIXA, dictándose auto con fecha 5 de enero de 2006 desestimando dichos recursos.

SEXTO.- Recibidos los autos de ejecución hipotecaria número 567/03 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcobendas en cumplimiento del requerimiento acordado por el Juzgado se acordó dar traslado a las partes por diez días presentado escritos la Procuradora...en nombre y representación de DOÑA..., la Procuradora... en nombre y representación de MILENARIO XXI BETHLEHEM 2000 S.L., el Procurador... en nombre y representación de NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDS B.V, la Procuradora... en nombre y representación de CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA, LA CAIXA y la administración concursal.

SÉPTIMO.- Antes de resolver se dictó providencia de fecha 14 de marzo de 2006 del tenor literal siguiente: "Visto el estado de las actuaciones y con carecer previo a resolver sobre la reanudación de la ejecución hipotecaria en relación con el inmueble sito en calle Camino de la Huerta número 59 -Urbanización La Moraleja de Alcobendas-Madrid, confírase traslado a las partes y en especial a la administración concursal, a la concursada y al acreedor titular del privilegio especial para que en el plazo de cinco días aleguen con relación a los puntos concretos siguientes:

- 1.- Sobre la realización del inmueble referido por vía de venta directa o por medio de subasta.
- 2.- Sobre la existencia de alguna oferta concreta para el caso de venta directa y sus condiciones.
- 3.- Sobre la posible autorización con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor conforme establece el art. 155.3 de la L.C."

Por las mismas partes que en el caso anterior se han presentado escritos haciendo alegaciones.

OCTAVO.- Por la administración concursal se ha presentado escrito al que acompaña una oferta de CONSULTING INMOBILIARIO GILMAR S.A., ofreciendo la suma de 2.025.000 euros.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS: PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 57.3 de la L.C. y una vez abierta la fase de liquidación, las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada, por lo que

en el caso que nos ocupa procede reanudar las actuaciones de ejecución hipotecaria que fueron suspendidas en su día...

TERCERO.- La cuestión que hay que determinar es si procede la realización objeto de la misma por medio de venta directa o si por el contrario se acude al procedimiento de subasta pública. Ya en el auto aprobando el plan de liquidación se apuntaba en el fundamento de derecho cuarto: "La realización del inmueble afecto al pago del privilegio especial, en este caso el inmueble sujeto a garantía hipotecaria, puede efectuarse con plenas garantías, por vía de venta directa, según el trámite del nº 4 del 155 de la Ley Concursal, tal como se propone en el plan de liquidación por la administración concursal. La enajenación en subasta pública que piden... y la concursada no reporta demasiadas ventajas frente a la agilidad y ahorro de costes que supone el sistema propuesto por la administración concursal, sin olvido de las garantías procesales y de transparencia de las que no carece este último (filtro judicial, publicidad suficiente de la operación y posibilidad, incluso, de que también intervengan terceros postores si muestran éstos previo interés en ello). Es también revelador que el acreedor hipotecario, que está personado en el concurso, ningún reparo haya opuesto a la realización del bien por ese procedimiento. Por lo que resulta razonable aprobar la propuesta al respecto de la administración concursal". Por todo ello procede adoptar el sistema de venta directa.

CUARTO.- Siguiendo las exigencias del nº 4 del artículo 155 de la Ley Concursal procede fijar la siguientes condiciones:

1º) el precio de la venta no deberá ser inferior a 2.025.000 €, que es el de la oferta más alta recibida por la administración concursal y que supera la cantidad correspondiente al privilegio especial;

2º) el pago del mismo deberá efectuarse al contado; y,

3º) sin que proceda la subsistencia del gravamen ni la subrogación del adquirente en la obligación del deudor.

El precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, el pago de los demás créditos.

QUINTO.- La publicidad que debe darse a la operación, al tratarse de una venta directa de un bien sujeto a gravamen, ha de ajustarse a las exigencias del nº 4 del artículo 155 de la Ley concursal, lo que se traduce, teniendo en cuenta lo que se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la subasta de bienes inmuebles en los artículos 645, 646 y 668 de la LEC, en:

1º) la necesidad de que se hagan públicas las condiciones de la operación proyectada en el tablón de anuncios de este juzgado;

2º) que ello se complete con la publicación en el portal de internet denominado Registro Público de Resoluciones Concursales en la sección especial de edictos concursales,

3º) y sin que resulten indispensables anuncios en otros medios que únicamente encarecerían y sobre todo dilatarían la realización de la operación.

PARTE DISPOSITIVA: Se acuerda la reanudación de las actuaciones de ejecución hipotecaria en relación con el inmueble sito en la calle Camino de la Huerta nº 59 de Alcobendas-Madrid.

Se autoriza la transmisión por venta directa a CONSULTING INMOBILIARIO GILMAR S.A. del inmueble mencionado.

Es condición inexcusable de la presente autorización que se cumplan los siguientes requisitos:

1º) el precio de la transmisión no podrá ser inferior a 2.025.000 euros, más, en su caso, los impuestos que procedan,

2º) el pago deberá efectuarse al contado,

3º) sin que proceda la subsistencia del gravamen ni la subrogación del adquirente en la obligación del deudor,

4º) las condiciones de la venta y el contenido de la presente autorización deberán publicarse en el tablón de anuncios de este Juzgado así como en el portal de internet denominado Registro Público de Resoluciones Concursales en la sección especial de edictos concursales, de modo que dentro del plazo de diez días siguientes al último de dichos anuncios pueda presentarse mejor postor, lo que dará lugar a que se abra licitación entre los oferentes.

El edicto para la publicación en dicho portal de internet será remitido directamente por este Juzgado.

5º) para el caso de que se abra dicha licitación los oferentes deberán consignar antes de participar en la misma en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado (BANESTO, 0030 8110 2229 05 008/04) el 30% de la oferta recibida incluido CONSULTING INMOBILIARIO GILMAR S.A.

6º) aprobado el remate en favor del mejor postor, éste deberá en el plazo de veinte días satisfacer la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de reposición que podrá plantearse en el plazo de cinco días desde su notificación.

Así por este Auto, lo dispongo, mando y firmo. D. Antonio Martínez-Romillo Roncero».

También, en cumplimiento del plan de liquidación aprobado, el Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, de fecha doce de diciembre de dos mil cinco, autoriza la venta directa de determinados bienes muebles, pese a la petición de subasta por parte interesada: «ANTECEDENTES DE HECHO. UNICO.- La entidad acreedora HORMIGONES VALLE MIÑOR S.L., representada por la procuradora..., formuló en tiempo y forma observaciones al plan de liquidación presentado por la administración concursal del concurso de PAIS LAGO S.L., en fecha 19 de octubre pasado. De las observaciones efectuadas se dio traslado a la administración concursal, que a su vez presentó escrito de alegaciones en fecha 5 de diciembre...

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS... 2º.- El plan de liquidación presentado por los administradores concursales prevé la venta directa, por lotes de material homogéneo, de los bienes que integran el inmovilizado material de la concursada, descartando desde luego la venta unitaria de los activos por tratarse de una empresa carente de actividad desde antes de la declaración de concurso. La justificación de la opción de la administración concursal a favor de la venta directa radica en la falta absoluta de tesorería, del modo que no sería posible cubrir los gastos que la subasta acarrearía.

Frente a esa propuesta, la única objeción que se ha presentado dentro de plazo legal es la del acreedor HORMIGONES VALLE MIÑOR S.L., representado por la procuradora Sra..., en escrito de fecha 15 de noviembre pasado, y se basa en señalar que la venta directa no ofrece garantías de seguridad para el conjunto de los acreedores, así como en la posibilidad de obtener mayor precio en caso de subasta. Pues bien, si por una parte no cabe compartir la previsión de que se vaya a obtener un mayor precio mediante la venta en pública subasta -puede desde luego no ser así, como por desgracia demuestra la experiencia diaria de las subastas judiciales-, la justificación ofrecida por la administración concursal para optar por la venta directa no se puede compartir teniendo en cuenta que la remisión a la vía de apremio de la LEC, en lo que atañe a la subasta de bienes muebles (que son los únicos que componen el inmovilizado material de la concursada) no presupone mayores gastos. Ha de tenerse en cuenta que en la fase de liquidación del concurso puede y debe prescindirse, con carácter general, del avalúo de

los bienes, puesto que ya ha sido hecho por los administradores concursales en el inventario de su informe definitivo (salvo en el caso de que, por tratarse de bienes de rápida depreciación o apreciación sea aconsejable proceder a una nueva valoración o a la actualización de los valores asignados en el informe). Por otra parte, la publicidad que exige el artículo 645 de la LEC para la subasta de bienes muebles se limita a la inserción de edictos en la sede del Juzgado y en los lugares públicos de costumbre; no impone la ley la necesidad de que sean publicados edictos en periódicos oficiales o en diarios de ámbito provincial, salvo que el tribunal lo considere conveniente a instancia del ejecutante o del ejecutado.

Ocurre en este caso, sin embargo, que el informe de los administradores concursales no contiene una valoración de mercado detallada de los bienes que integran el activo de la concursada; se remite a los valores contables y no proporciona, por lo tanto, el necesario punto de partida que permitiría prescindir del avalúo que la subasta judicial presupone, según lo anteriormente razonado.

En tales circunstancias, la subasta se presenta como un mecanismo de realización de imposible o muy difícil verificación en este caso, puesto que necesariamente habría que ordenar el avalúo individualizado de los bienes y no hay en la masa dinero para afrontar el gasto que ello supone. Se ha de optar, por ello, por el sistema de venta directa si bien, para garantizar la transparencia del sistema, la administración concursal deberá formar lotes de bienes homogéneos en el plazo de diez días a partir de la notificación de este auto y fijará un precio de garantía de cada uno de ellos. Los lotes así formados se pondrán de manifiesto a las partes personadas por plazo de cinco días, para que cualquiera de ellas formule las alegaciones que estime convenientes. A continuación se abrirá un periodo prudencial, cuya duración fijará la administración concursal, durante el cual podrán presentarse ofertas en plica cerrada en el juzgado sobre cada uno de los lotes; finalizado el periodo de presentación de ofertas se abrirán las plicas en presencia del Secretario judicial y la administración concursal adjudicará los bienes integrantes de cada lote al que haga la oferta mayor.

Sin perjuicio de la publicidad que se dará a la venta en el tablón de anuncios del Juzgado, y de cualquiera otra que cualquier interesado quiera, a su costa, facilitar, la administración concursal cuidará de hacer llegar a los posibles interesados la noticia de la oferta de venta de los bienes y del plazo y condiciones de la venta, para asegurar la concurrencia del mayor número posible de oferentes.

Si alguno de los lotes no se lograra vender por el sistema anterior, la administración concursal quedará en libertad para venderlo directamente en la forma y con las condiciones que estime más conveniente para el concurso.

3º.- En el plan de liquidación, los administradores concursales advierten de la existencia de demandas de responsabilidad contra los administradores de PAIS LAGO S.L. y de la conveniencia de acordar su acumulación al concurso (sólo se menciona el juicio ordinario nº 288/2004, del Juzgado de Primera Instancia de Muros, a instancia de Comercial Maquinaria FERIA del Tres S.L.). No se precisa de qué tipo de responsabilidad se trata, pero ha de suponerse que en esos procesos que se siguen al margen del concurso se pretende la responsabilidad por deudas de los administradores, al amparo del artículo 105.5 de la LSRL, o de acciones individuales de responsabilidad, del artículo 135 de la LSA (por remisión del artículo 69 de la Ley de limitadas). Pues bien, en cualquiera de esos dos casos no es posible acumular al concurso los juicios que se siguen contra los administradores puesto que no se trata de acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio de la concursada (artículo 8.1º LC) ni de ninguna otra sobre la que el juez del concurso tenga competencia exclusiva y excluyente. En todo caso, el interés del concurso y la concurrencia de las circunstancias

prevenidas en el artículo 48.3, obligan a examinar de oficio la conveniencia de acordar el embargo preventivo de los bienes de los administradores de la concursada, sobre el que se resolverá en auto aparte.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, DISPONGO: Apruebo el plan de liquidación de los bienes y derechos de la masa activa de la entidad concursada PAIS LAGO S.L., en los términos en que ha sido presentado por la administración concursal, modificando únicamente el plan en lo relativo a la venta de los bienes muebles que integran la masa activa, que se hará mediante venta directa, sujeta a los condicionamientos y requisitos establecidos en el razonamiento jurídico segundo - párrafos cuarto, quinto y sexto- de esta resolución...». Don Pablo González-Carrero Fojón.

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: *«Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos... Cuando exista plan de liquidación y la enajenación se efectúe conforme a dicho plan, no parece justificado que el Juzgado haya de dictar un auto de adjudicación específico más allá de la aprobación del plan de liquidación, esta afirmación determina que la administración concursada quede habilitada para poder llevar la liquidación a su último término sin obstáculo ni limitación alguna»*.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁴⁰, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se realiza el siguiente estudio sobre: «9. Enajenación de bienes en la Liquidación. La enajenación de bienes en la liquidación parte de la consideración de la liquidación concursal como ejecución colectiva concursal y de esta forma el sistema de pago deberá realizarse en la forma prevista en los artículos 154 y ss de la LC.

La enajenación de bienes y derechos deberá observar dos reglas esenciales:

1. La de bienes y derechos privilegiados se somete al régimen del artículo 155.3 LC.
2. La realización de otros bienes y derechos deberá realizarse en los términos previstos en el plan de liquidación y, en su defecto, conforme a las reglas legales supletorias del artículo 149 LC.

La liquidación colectiva supone la cancelación automática de las cargas anteriores y posteriores a la declaración del concurso puesto que supone el sometimiento de todos los créditos reconocidos, como veremos, a dichas reglas liquidatorias. El Juez del concurso asume la competencia de conformidad al artículo 8 de la Ley Concursal y por ello, salvo las excepciones previstas, también asume dicha competencia para cancelar dichas cargas aunque hubiesen sido adoptadas por otro juzgado.

Las reglas del artículo 148 y 149 de la LC son una verdadera ejecución colectiva respecto de bienes gravados por otros juzgados o administraciones en algunos casos y

⁴⁰ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

por ello se produce una pérdida, *ipse legis*, de la competencia de los citados juzgados a favor de la competencia colectiva del juzgado que tramita el concurso.

SÉPTIMA CONCLUSIÓN: Tanto el convenio como la liquidación suponen la asunción de la competencia del juez del concurso sobre los procedimientos de realización de bienes y derechos en los términos previstos en la Ley Concursal. En caso de convenio se deberá estar al contenido del mismo. En caso de liquidación supone una ejecución colectiva que subsume todo lo referido a la masa activa».

2.2.3.5.1. Enajenación unitaria del conjunto empresarial y derivación de responsabilidades al adquirente y sucesor

El Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de los de Bilbao, de fecha catorce de mayo de dos mil siete, que aprueba un plan de liquidación, considera: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. SEGUNDO.- El plan de liquidación consiste en la transmisión de la empresa de titularidad de la mercantil disuelta Matrinor S.L., en liquidación concursal, a un tercero indeterminado, como primera y preferida fórmula, a cambio de un precio al contado que, como mínimo permita satisfacer en su totalidad los créditos contra la masa, así como los créditos con garantía real sobre bienes y derechos en la masa, previéndose, en lugar de la redención de estos últimos, la subrogación en la carga del adquirente. Las condiciones de esta transmisión lógicamente contemplan los sectores legales en que la transmisión puede suponer, de suyo, una conservación del crédito concursal, novando subjetivamente el lado pasivo de la relación mediante expromisión cumulativa, en términos del CCiv, o lo que en el *iuslaboralismo* se denomina sucesión de empresa, y en el campo de la Recaudación administrativa se dice "derivación" de responsabilidad.

Puesto que las previsiones al respecto, en cuanto a la bondad material de lo proyectado, no tienen sentido analizarse sin que se produzca el fenómeno deseado de la adquisición por un tercer empresario, para dicho momento se dirime la consideración. Únicamente, sin que esté recogido legalmente, pero del todo útil, se matizará que, producida la selección definitiva de un adquirente por la administración concursal en las condiciones del plan, habrá de producirse la cesión en un acto formal en el Juzgado, con el pago solemne metálico que se haya acordado bajo fe pública, de modo que se proceda a dictar un auto de adjudicación del conjunto de la empresa hasta entonces de la concursada.

Dicha futura eventual resolución servirá para la purga de cargas que pueda ser menester, y en la misma se fundamentarán las condiciones técnicas en Derecho por las que se cede en la liquidación concursal al nuevo empresario. Lo que no puede soslayarse ahora es afirmar la jurisdicción y competencia de este órgano, y por ende, orden público insobornable fiscalizado "ex officio iudicis", para dictar en su día tal resolución que corrobore las condiciones en que un adquirente será cesionario de la empresa de la mercantil concursada.

Y ello porque, contemplando el art. 148 LECO una libertad plena para el plan de liquidación -más allá de la línea del convenio traslativo de art. 100.2.pfo.2° LECO-, su apartado primero fija el criterio legal prioritario de transmisión de la empresa en su conjunto, por lo que la Ley inclina toda otra previsión legal precedente a esta voluntad, y el art. 149.2 LECO, desde un concepto concursal de sucesión de empresa, del todo idéntico al del Derecho laboral, para el caso de precisarse medidas de sustitución o complemento del plan, prevé expresamente, con potestad del Juez concursal, dos órdenes de excepciones a los efectos propios de la sucesión de empresa *iuslaboral*, en cuanto a salarios e indemnizaciones pendientes, que pueden trasladarse a prestaciones del FOGASA, y en cuanto a descuelgue convencional de condiciones colectivas de relaciones de trabajo. Son excepciones impelidas desde art. 3° Directiva 2001/23/CE, de

12 de marzo de 2001, sobre protección de trabajadores ante situaciones de insolvencia - texto consolidado-. Así, la competencia del Juez del concurso, a través de la aprobación del plan de liquidación, y en su ejecución, de un auto de adjudicación, puede igualmente, recta vía, excepcionar los mecanismos legales extraconcursales de sucesión de responsabilidades, ya sean laborales, tributarias, o *pseudotributarias*, de Seguridad Social. Se trata de un diseño legal que considera, por importantes principios en juego, la liquidación concursal como transmisión extravagante (así, expreso en art. 42.1.c) LGT). La posibilidad de que la Recaudación disponga de un procedimiento administrativo por autotutela legalizada, como que los trabajadores tengan su propio orden jurisdiccional y proceso para acciones individuales, no puede enervar que en tales sedes resulte oponible unas resoluciones judiciales como las expresadas, en tanto que, tratándose de un intento de solidarizar frente a terceros créditos concursales, los acreedores concursales y los representantes legales de los trabajadores han tenido ocasión de objetar, y de cara a una resolución susceptible de segunda instancia, sin deberse asumir un silencio a cuenta de perseguir en el futuro inmediato una inseguridad jurídica del tráfico». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

Merece una lectura reposada, por sus enseñanzas, el Auto del Juzgado del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de los de Bilbao, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil siete, que acuerda la adjudicación en globo de la empresa de la concursada, con la declaración de no producirse los efectos propios de la sucesión de empresa que previene la normativa de Seguridad Social y la cancelación de anotaciones de embargo: «ANTECEDENTES DE HECHO. Primero.- El plan de liquidación en esta Sección quinta del procedimiento de concurso voluntario de la mercantil MATRINOR, S.L., presentado el 2 de abril de 2007, formulaba por la administración concursal "la enajenación unitaria del conjunto productivo de la concursada como un todo con mantenimiento, y sin extinción ni modificación de las condiciones de trabajo, de la totalidad de los contratos de trabajo (196 trabajadores) mediante la adjudicación directa a la mejor oferta presentada en el plan o de seis meses desde la aprobación judicial del plan de liquidación, siempre que ésta garantice la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la satisfacción de al menos, los créditos concursales con privilegio especial y la totalidad de los créditos contra la masa a la fecha de enajenación. La satisfacción de los créditos con garantía sobre bienes y derechos podrá efectuarse mediante la subrogación del adquirente en las correspondientes deudas..."

Segundo.- El plan de liquidación fue aprobado según se propuso por auto de 14 de mayo de 2007, con la introducción de los siguientes matices complementarios: "I.- Un representante designado por el Comité de Empresa de Matrinor S.L. tendrá derecho a participar en las entrevistas con los oferentes de adquisición de la empresa, y con voz pero sin voto, en la adopción de la decisión de seleccionarlo por la administración concursal. 2.-Producida la selección definitiva de un adquirente por la administración concursal en las condiciones del plan, habrá de producirse la cesión en un acto formal en el Juzgado, con el pago solemne metálico que se haya acordado bajo fe pública, de modo que se proceda a dictar un auto de adjudicación del conjunto de la empresa hasta entonces de la concursada."

Tercero.- La administración concursal, analizando las ofertas efectuadas, alguna de las que se hicieron patentes a través del Juzgado mediante personación del interesado, comunicó al Juzgado con fecha 7 de diciembre de 2007 haber seleccionado como adjudicataria a SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS S.L. en adelante SMA como cumplidora de las condiciones del plan de liquidación aprobado judicialmente.

Cuarto.- El día 27 de diciembre, en escritura pública otorgada ante el Notario de Santurtzi Don Mario Martínez de Butrón, nº 2178 de su protocolo general corriente, se suscribió por los administradores concursales y el administrador social único de SMA la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial de MATRINOR. S.L. EN LIQUIDACIÓN, en procedimiento de liquidación concursal.

Quinto.- El día de la fecha han comparecido en la Secretaría del Juzgado los tres administradores concursales, manifestando haber procedido con arreglo al plan de liquidación, y aportando escrito que resumía las operaciones atendidas al mismo, al que acompañaban copia auténtica de la escritura notarial indicada, con sus correspondientes anexos (1), listado de trabajadores (2), informe del comité de empresa (3), y certificación de transferencia bancaria a favor de Vicente Cesáreo Lorenzo Cougil y Juan Matías González Calvo, que queda en depósito de la administración concursal compareciente (4), por lo que se solicitaba que se dictara auto de adjudicación, y el tenor que quedó unido al acta judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- La competencia del Juzgado para producir resolución judicial que adjudique al cesionario de la empresa de la concursada en los términos del plan de liquidación ya se sostuvo en el auto de aprobación del plan de liquidación.

La oportunidad y contenido de la actual resolución, obediente a lo que se comprometió en el auto de 14 de mayo de 2007, aunque no exista previsión expresa en la Ley, se asienta en tres requerimientos, a saber:

a) Tener procesalmente por cumplidas las condiciones del plan de liquidación aprobado, cuando el mismo supone la venta en globo de la empresa del deudor concursado, y por ende, la desaparición de Derecho de la masa activa a cambio de un precio en dinero u otras prestaciones.

b) Fijar temporalmente el momento de desaparición de la masa contra la que pueden surgir los créditos contra la masa, dado que la generación de éstos puede resultar ininterrumpida, mientras que las operaciones pasivas de la liquidación tienen que culminar en un determinado exacto punto temporal.

c) Establecer la consecuencia lógica de la liquidación en cuanto a cosas y derechos asentados o asentables en Registros oficiales, bien con el alzamiento de los asientos que supongan cargas o limitaciones no sobrevivientes al concurso, que serán, como regla, todos los que no aseguren créditos contra la masa o concursales dotados de privilegio especial, y en su caso, ordenar u homologar la subrogación en dichas cargas o límites como fórmula de cumplir contraprestaciones del plan de liquidación.

SEGUNDO.- Como en la resolución aprobatoria del plan de liquidación se ordenó, la representación unitaria de los trabajadores de MATRINOR S.L ha tenido participación en las entrevistas con los oferentes de acceder a la titularidad derivativa de la empresa, y voz en la operación de selección del adjudicatario, produciendo el Comité de Empresa un informe que, amén de llenar las expectativas de los apartados 6 y ss. del art. 44 ET y del propio art. 64.1.4º ET, el cual queda unido al acta que justifica la presente resolución.

La estipulación quinta de la escritura pública del día 27 de diciembre de 2007 asume la sucesión de SMA en las relaciones laborales vigentes con MATRINOR S.L. a la fecha. Con relación a las reivindicaciones contenidas en el predicho informe del Comité de Empresa, el cobro de créditos laborales concursales, que por las razones que fueran, no hayan sido prestaciones satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial. FOGASA, en tanto que salarios o indemnizaciones dotadas del máximo privilegio general, tienen en su favor la condena del pago de administradores sociales y cómplices que han sido declarados obligados en la sentencia de calificación culpable de 3 de octubre de 2007, y

la erección de una comisión de seguimiento del plan de viabilidad que se encuentra detrás de esta liquidación traslativa, pertenece a lo razonable, aunque ajeno a las competencias del Juzgado -por lo que nada puede imponerse aquí-, correspondiendo a la buena disposición del empresario SMA y de las personas de los administradores concursales.

Igualmente, se produce un acto formal y público en el sentido que ordenaba el auto aprobatorio del plan de liquidación, bien que por la complejidad de la transmisión dominical de bienes inscritos en Registros, con la subrogación en los gravámenes registrales, se ha optado por escindirlo en un contrato bajo fe pública notarial, en cuya estipulación tercera el adjudicatario asume los compromisos que ya no es menester que reproduzca ante la fe pública judicial, y otro acto de este segundo género en que la administración concursal rinde noticia cumplida y documentada.

TERCERO.- La dación de cuenta del acto formal y público, notarial, y sucesivamente judicial, de comparecencia ante el Juzgado, demuestra el cumplimiento de las condiciones del plan de liquidación, en tanto que acreditada la contraprestación equivalente al pago de los créditos contra la masa pendientes de satisfacción a la fecha en que se aprueba esta adjudicación, y de los créditos concursales conforme al texto definitivo de la lista de acreedores del Informe que están dotados de privilegio especial.

Como la administración concursal informa y obra en documento público:

1. En la escritura notarial antecedente se produce la enajenación de los bienes inmuebles que reseña la letra A) de la estipulación segunda conforme a la copia auténtica unida al acta, y que son los del anexo 4, coincidente con el activo inventariado en el Informe: de los muebles de la letra B) de dicha estipulación, y que son los del anexo 5, desglose del 4; y de las cesiones de derechos arrendaticios financieros de letra C), y que son los del anexo 6, desglose del 4.

SMA asume los créditos con garantía real o fiduciaria legalmente asimilada ("leasing") sobre los bienes adquiridos, subrogándose en los gravámenes inscritos, con el consentimiento de las entidades acreedoras, como se incorpora en anexos de la repetida escritura.

2. Se ha producido la entrega de cheque bancario al BANESTO por cantidad de 640.000 euros.

3. Se ha producido la entrega al FOGASA de un cheque bancario librado a favor de este Organismo por el importe de 453.000 euros.

4. Se ha producido la entrega a la Tesorería General de la Seguridad Social. TGSS, de un cheque bancario librado a favor de este Servicio Común por el importe de 400.000 euros

5. Se ha procedido a ordenar las transferencias bancarias contra la cuenta a todos y cada uno de los trabajadores, aunque en los anexos de la escritura notarial figura una errónea, que se subsana con la acompañada en la comparecencia, a favor de Vicente Cesáreo Lorenzo Cougil y Juan Matías González Calvo.

Así, debe tenerse por acreditado, bajo la responsabilidad de la administración concursal, que los créditos contra la masa conocidos a la fecha, incluida la remuneración acordada para la administración concursal, por los importes correspondientes a cada uno, han sido pagados por la sociedad adjudicataria a cada interesado, bien depositando en poder de la administración concursal, quien deberá realizar la entrega individualizada; y que los créditos concursales arropados en privilegio especial se satisfacen con la subrogación en tales, con la de los gravámenes en asientos registrales, la cual está consentida por las partes concernidas, y se articulará como al acreedor convenga.

Aquí ha de hacerse patente la línea nítida que marca el plan de liquidación aprobado en su doble sentido:

1.- No es el Juzgado quien selecciona al adjudicatario, sino la administración concursal, que presenta el cumplimiento del plan, y por ello, el Juzgado adjudica.

2.- No tiene ningún valor, fuera de lo especulativo, incidir en si se cumple con relación a una selección de adjudicatario producida dentro del primero de los plazos previstos para las soluciones, en cadena, del plan de liquidación, o no, ya que dicho primer plazo supone unas determinadas condiciones que, no cumplidas, abrirían el plazo siguiente, y entonces, carece de interés el cómputo, salvo que se asegure existir otro oferente que cumpla rigurosamente las condiciones de la solución prioritaria, del primer plazo.

Existe una salvedad justificada: la administración concursal considera que el ex trabajador de la empresa Juan Carlos Lamarca Carbajo no ostenta un crédito por indemnización derivada de su despido objetivo anterior a la declaración del concurso por sentencia firme del orden social, de 7.878,87 euros, con la calidad de ser contra la masa aunque así se ha decretado por el Juzgado en sentencia de 22 de junio de 2007, en incidente concursal A154 nº 181/07, de la que no consta ejecución, y que ha sido recurrida en apelación. Por ello, la administración concursal ha quedado depositaria de la cantidad, de modo que ejecutiva la resolución del Juzgado se entregue al interesado, y sólo revocada definitivamente haya de devolverse a la adjudicataria.

CUARTO.- Hay que disponer una cautela evidente que proponen los administradores concursales, y acepta SMA, bien porque deriva de las condiciones del plan de liquidación aprobado, bien porque aparece en sus compromisos elevados a públicos en la escritura notarial, la cual debe quedar reflejada en la parte dispositiva.

El adjudicatario SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS, S.L. asume el compromiso de pago de cualesquiera otros créditos contra la masa que hubiese generado el ejercicio de la actividad empresarial durante la tramitación del concurso, y en especial los devengados no exigibles. Pudiera dudarse de que el plan de liquidación aprobado supusiera la responsabilidad respecto a créditos no exigibles en el momento que desaparece la masa contra la que debieran girar, pero es un compromiso muy prudente, a fin de que los "flecós" de la liquidación traslativa no empañen la conclusión "limpia" del procedimiento. Aunque debe agregarse, en pro de que los compromisos realmente sean efectivos, que la eventualidad de que pudiera suscitarse alguna reclamación derivada de la aparición de estos créditos contra la masa contingentes, o la más simple aparición de alguna diferencia cuantitativa, se resuelva de inmediato. Cuando quienes son administradores concursales, a pesar de que ya no lo sean, o acaso vinculándose de alguna forma a esa comisión de seguimiento del plan de viabilidad, consideren atendibles conforme a Derecho las reclamaciones, y en caso contrario o por ignorarlo aquéllos, siempre que se dicte resolución judicial condenando al pago de alguna cantidad contra la desaparecida masa de la concursada, procederá su satisfacción de forma inmediata, a requerimiento de tales personas. En la idea pragmática del Juzgado, como en el caso de patrimonios "solidarizados" con el desaparecido de la concursada, los que fueron administradores concursales, en una legitimación extraordinaria prorrogada de los acreedores podrían instar a favor de éstos ejecuciones singulares frente a terceros, ya fueran cesionarios en la liquidación, condenados en la calificación o sujetos pasivos de la reintegración del patrimonio de la extinta sociedad concursada, sin tener que reabrir el procedimiento.

Por otro lado, según queda indicado, tienen que cancelarse las anotaciones de embargo en las fincas o bienes registrados respecto de créditos cuyo adjudicatario no tiene deber de soportar, habida cuenta que nada significan en el plano de la preferencia crediticia en el concurso (cfr.: art. 89.2 "in fine" LECO), y en el plano del rango registral la adjudicación judicial se produce libre de gravámenes que no resulten correlativos a privilegios especiales en que se haya producido subrogación, con arreglo al plan de

liquidación, siendo el único competente para acomodar la realidad material del concurso con la tabular el Juzgado del concurso que autoriza una venta pública.

QUINTO.- Debe explicitarse la motivación por la cual esta adjudicación se produce en las condiciones del plan de liquidación aprobado, esto es, sin subrogación de SMA en la posición jurídica de MATRINOR, S.L. respecto de las obligaciones de pago de Seguridad Social y sin responsabilidad solidarizada con relación a tales, más allá de lo que resulta de los compromisos adquiridos individualmente y recogidos en la presente resolución.

Esto es, la adjudicataria sucede a las concursadas en términos patrimoniales por la cesión de la empresa en producción, o asume una responsabilidad por las deudas de aquéllas, en cuanto que procede del título de transmisión, que resulta del cumplimiento del plan de liquidación concursal, judicialmente aprobado, o en su caso, de particulares contratos, y no de norma ajena alguna.

No hay duda que se ha verificado un fenómeno de transmisión de una unidad económica con identidad mantenida en cuanto a la organización de medios materiales, humanos e intangibles, a fin de llevar a cabo análoga actividad empresarial a la de la sociedad disuelta en concurso. Y, efectivamente, el art. 44 ET dispone que el nuevo empresario en los supuestos de sucesión de empresa queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente; lo mismo que el art. 127.2 LGSS dispone que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responde solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, y el art. 104.1 LGSS prevé una responsabilidad solidaria en casos de dicha sucesión respecto de la totalidad de las deudas generadas por la obligación de cotización con anterioridad al hecho de la sucesión; y en fin, que el art. 42 LGT también considera responsable solidario de la deuda tributaria a las personas o entidades que sucedan por cualquier concepto en la titularidad un ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. Pero estos dispositivos no juegan ante las soluciones del concurso que suponga un convenio de asunción o una liquidación traslativa. El argumento radica en la especial contextura legal de la transmisión de la empresa o unidad productiva autónoma en LECO. Tanto la Exposición de Motivos, apartado V, como el art. 148, al establecer el régimen del plan de liquidación, como el art. 149 LECO, al establecer la regla supletoria prioritaria, abonan el concepto de la enajenación en globo de los medios y la actividad organizados, en todo o porción de la titularidad del deudor concursado, a titularidad de tercero, como fórmula acondicionada o exenta de transmisión exclusivamente sometida a las condiciones en que se apruebe judicialmente el plan de liquidación. Este resulta omnímodo para la enajenación de la empresa en su conjunto, o partes independientes e identificadas de la misma, precisamente por los principios solutorio y judicialista del nuevo procedimiento concursal. Sin ser avasallador en pro del salvamento de la empresa a todo trance, pero tampoco facilitando nunca la desmembración de la empresa viable, la solución conservativa del concurso puede alcanzarse mediante convenios de asunción, o mediante esta liquidación traslativa, y ello es valor superior por mantenimiento del tejido empresarial y salvaguarda del empleo. Y ello se regula bajo control judicial en tutela del crédito y de la ética del procedimiento. La distinción entre la empresa y su titular se refleja en una norma legal que deja la máxima libertad para establecer las condiciones en que puede conservarse la empresa sin forzamientos legales pensados para negocios voluntarios o la ejecución

singular, siempre a propuesta de la administración concursal, pero con la audiencia de los interesados y de la representación de los trabajadores.

Al objeto del plan de liquidación, tanto dan las cargas reales, como los gravámenes dispuestos por vía contractual, como los límites legales externos a la enajenación, puesto que todos se entienden inexistentes para la transmisión en las condiciones que se ideen. Las cosas y derechos de la masa, ya integren en su universalidad la empresa que se enajena, o parte de ésta, entran en las posibilidades de la liquidación traslativa libres de cargas, gravámenes, y límites por razón del crédito. Las condiciones a favor del crédito, o a favor de que se mantengan y alguien se subrogue en tales, deben "pactarse" en el plan de liquidación, y una vez aprobado, el cesionario adquiere en tales condiciones y no otras.

La confirmación contextual de esta tesis viene servida por cuanto la salvedad se contempla legalmente para los efectos laborales de la sucesión de empresa, a la hora de prevenir la regla supletoria de art. 149.2 LECO, en que especifica se hace una llamada a la aplicación del art. 44 ET con la concreta excepción para favorecer la venta de la unidad productiva, pues la norma autoriza al tribunal a excluir uno de los efectos de la sucesión de empresa, como es la subrogación por el adquirente de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial.

Lo razonable del debate sobre la transmisión de ciertos créditos al adquirente, dentro de las previsiones indicadas de ET y LGSS. por supuesto que la de LGT eliminada desde la redacción juiciosa de art. 42.1 "in fine" LGT, pertenece, no a la posibilidad de que los trabajadores o la TGSS dirijan sus pretensiones contra aquél por un título legal inaplicable en el concurso, sino a la de que algunos de sus créditos, habida cuenta de que el cesionario de la empresa quedará con relaciones de tracto sucesivo respecto de ambos ordenes de sujetos en adelante, entren a formar compuesto específico del precio de adquisición -como ha sido ejemplo el del asunto-.

Por ello, puede haber pago documentado de créditos concursales de quienes hayan negociado, trabajadores. Hacienda, o Seguridad Social, a la hora de que las condiciones propuestas para el plan de liquidación sean unas u otras por la administración concursal, y mas allá, aprobado el plan, hayan negociado con el oferente que pretenda la adjudicación, pero no desde títulos legales inanes en esta vía.

No otra cosa resulta en una interpretación sistemática y finalista de que la jurisprudencia antecedente siempre ha sido refractaria a que el adquirente pueda ser declarado responsable solidario de deudas del quebrado (Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección 2ª. STSJ País Vasco, Sec. 2ª, de 16 de diciembre de 2004); de que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centro efectividad, limiten los efectos de la sucesión de empresa cuando la transmisión tiene lugar en un proceso de insolvencia (art. 5): y de la doctrina que va generándose en la segunda instancia especializada (AAP Barcelona -15ª- de 29 de noviembre de 2007. Rollo nº 877/07-1ª).

SEXTO.- Los ordinales séptimo y octavo del escrito anejo a la comparecencia de la administración concursal, en cuanto al destino de ciertos créditos derivados de reintegraciones sentenciadas, o de las condenas de la calificación culpable, no procede se atiendan en esta resolución judicial que adjudica la empresa de MATRINOR S.L., sino que se circunstancien en el informe de conclusión del procedimiento con la rendición final de cuentas.

Se entiende que al no poderse ver peyorativamente afectada la masa por las decisiones de ulteriores grados jurisdiccionales, no restando ninguna decisión en la instancia ya, compelería pedir la conclusión, quedando las personas de los administradores concursales como garantes de las ejecuciones singulares a favor de eventuales acreedores contra la masa que pudieran aparecer, o de los ciertos acreedores concursales, con arreglo al programa de reparto, conforme a la prelación, que se deje constar ante el Juzgado.

En su virtud, PARTE DISPOSITIVA:

1.- Debo acordar como acuerdo la adjudicación en globo de la empresa de la concursada MATRINOR, S. L., a la mercantil SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS, S.L.

2.- La adjudicación se produce el día de la fecha, en las condiciones del plan de liquidación aprobado por auto de 14 de mayo de 2007, las cuales se tienen por cumplidas, con arreglo a las estipulaciones de la transmisión patrimonial en escritura publica otorgada el 27 de diciembre de 2007 ante el Notario de Santurtzi Don Mario Martínez de Butrón, n° 2178 de su protocolo general corriente, con las siguiente precisión:

El adjudicatario SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS, S.L. asume el compromiso de pago de cualesquiera otros créditos contra la masa que hubiese generado el ejercicio de la actividad empresarial durante la tramitación del concurso, especialmente los devengados y no exigibles a la fecha de la transmisión. Ante la eventualidad de que pudiera suscitarse alguna reclamación por tales, o apareciera alguna diferencia cuantitativa, y se considere atendible conforme a Derecho por las personas de los administradores concursales, y siempre que se dictase resolución judicial condenando al pago de alguna cantidad contra la desaparecida masa de las concursadas, SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS S.L. deberá proceder a su satisfacción de forma inmediata, a requerimiento de las predichas personas.

4.- Declaro no producirse los efectos propios de la sucesión de empresa que previene la normativa de Seguridad Social, más allá de los compromisos derivados del cumplimiento del plan de liquidación o los convencionales particulares que haya asumido SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS, S.L.

5.- La adjudicataria SISTEMAS MECÁNICOS AVANZADOS, S.L. adquiere las cosas y derechos de la empresa de las concursadas libres de cargas y gravámenes, o limitaciones legales o contractuales por razón de crédito en que no se haya subrogado explícitamente, librándose por el Juzgado, a solicitud del adjudicatario, mandamiento de cancelación de la anotación de embargo letra E) sobre la finca n° 1695, al tomo 1578, libro 2690 de Erandio, folio 21, del Registro de la Propiedad n° 7 de Bilbao, que se entregará al mismo para su diligenciamiento.

6.- La administración concursal debe solicitar la conclusión del concurso, por inexistencia de masa activa, no obstante la existencia de acciones de reintegración y del procedimiento de calificación, que continúan en segunda instancia, o la pendencia de recursos de apelación a propósito de la configuración de las masas, junto con cumplida final rendición de cuentas, cuando especificará, en términos de ejecución singular, el destino que procede para las cantidades que surjan eventualmente del cumplimiento de las sentencias firmes, de reintegración o de la calificación del concurso». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.

2.2.4. Reglas legales supletorias

Si la administración concursal no puede elaborar el plan de liquidación deberá comunicarlo expresamente al Juzgado, dentro de plazo, explicando las causas, y el Juez dará por precluido el trámite y acordará la aplicación de las reglas legales supletorias.

Si la administración concursal no presenta el plan de liquidación, sin justa causa, puede incurrir en responsabilidad, pues habrá incumplido el deber que establece el art. 148.1, y serán de aplicación los arts. 36 y 37 de la Ley concursal.

La exposición de motivos indica: «Sólo si ésta [la aprobación del plan de liquidación] no se produce y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso. Aun en este último caso, 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».

Este método para la realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso, por aplicación las reglas legales supletorias, cuya ejecución se encomienda al órgano jurisdiccional (Juez-liquidador), según Moraleja Imbernón⁴¹ dejaría en un segundo plano a la administración concursal, con funciones informativas (para justificar las enajenaciones por partes o elementos, en lugar de como un conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios) o complementarias (la venta directa, si quedase desierta la subasta judicial). No obstante, el Juez puede delegar en la administración concursal la ejecución material de las enajenaciones que acuerde, conforme a las reglas legales supletorias, así como los informes que estime oportunos, al amparo del art. 35.6 de la Ley concursal. Debe recordarse que los administradores concursales, si el concursado fuese persona jurídica, sustituyen a los administradores o liquidadores sociales y se encargan de la liquidación de la sociedad disuelta, con arreglo al plan aprobado o mediante la aplicación de las reglas supletorias, luego no parece apropiada la calificación de Juez-liquidador.

En el ordinal 1º del apartado 1 del artículo 149, sobre reglas legales supletorias, caso de no aprobarse el plan de liquidación o para los bienes no incluidos en el mismo, también se prima el interés del concurso en la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, cuando previene: «El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo... mediante subasta (arts. 643 a 675 LEC) y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa». De igual modo, es sensible a los intereses sociales, al disponer la audiencia previa de los representantes de los trabajadores, por plazo de quince días, en todo caso, es decir, tanto si la enajenación tiene lugar como un todo como cuando la realización se hace de sus elementos componentes, así como cuando, en el ordinal 2.º, se remite a lo dispuesto en el art. 64, caso de que la liquidación suponga la extinción o suspensión de los contratos laborales o la modificación en las condiciones de trabajo, es decir, a la tramitación del ERE.

⁴¹ MORALEJA IMBERNÓN, Nieves, Comentarios a la Ley Concursal, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador) Volumen II, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2004 Madrid, págs. 1584-1594.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁴², celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «13º.- ¿Es sólo posible soslayar la subasta judicial como forma de enajenación de bienes en el caso de unidades productivas, art. 149.1.1ª LC, y sólo como forma subsidiaria acudir a la venta directa, pero no de otra clase de bienes en el trámite de liquidación, según las reglas supletorias del art. 149 LC? ¿Puede preverse en el plan de liquidación la venta directa de todos los bienes? Y en su caso, ¿bajo que condiciones y requisitos?

En sede de reglas supletorias, la venta directa se fija exclusivamente en la regla 1ª del art. 149.1 LC para la enajenación de unidades productivas, y una vez se haya intentado la enajenación por medio subasta judicial de modo infructuoso. Para todos los demás casos, la regla 3ª de ese precepto establece una remisión al procedimiento de apremio de la LEC, donde no se admite la venta directa, ni aún para el caso de que las subastas queden desiertas, art. 651 y 671 LEC, donde lo prevenido es la posible adjudicación al ejecutante por un porcentaje sobre el valor del bien, salvo que, en aplicación sobre situaciones concursales de esos preceptos, pueda entenderse que esa previsión equivale a una adjudicación directa, pero a favor de un tercero, en una interpretación algo forzada, ya que no existe propiamente parte ejecutante a la que adjudicar el bien.

Como ya se apuntó al tratar otra cuestión, de entenderse aplicables las normas de la LEC sobre realización por convenio, art. 640 LEC, podría entenderse que es admisible un convenio de realización, siempre en sede de reglas supletorias de liquidación, entre administración concursal y concursada con el contenido de venta directa a un tercero por un precio determinado, de modo que la venta directa se presentaría bajo la forma preferente de realización de bienes recogida en el LEC. No obstante, como se señaló al tratar la otra cuestión, parece que la utilización del convenio de realización puede entrañar un fraude procesal.

Por tal razón, parece que la opción más viable es prever en el plan de liquidación la venta directa de bienes distintos de las unidades productivas, o de estas últimas como primera forma de venta, resultando muy dificultoso admitir la venta directa como realización dentro de la aplicación de las reglas supletorias.

14º.- Cuando el art. 149.1.1ª LC habla de subasta judicial como forma de enajenación de unidades productivas, ¿se refiere necesariamente a la forma de subasta regulada en el LEC, o admite subastas, siempre en el Juzgado, pero sin los requisitos de la LEC, referentes a anuncios, depósitos de los postores, apretura previa de plicas cerradas...?

El término de subasta judicial del art. 149.1.1ª LC puede ser entendido en un sentido amplio o genérico, como forma de realización de la unidad productiva mediante una licitación pública en sede judicial, pero sin que tenga que reunir por sí todos los requisitos exigidos en los arts. 643 y ss. LEC, sobre plazos, anuncios, depósitos de postores, apertura previa de plicas cerradas...lo que permite agilizar el trámite de realización y puede facilitar la búsqueda de postores, siempre que se respeten unas garantías de publicidad y libre concurrencia. A esta interpretación coadyuva la disposición del pf. 2º del art. 149.1.3ª LC, al señalar que en la enajenación de unidades

⁴² Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

productivas o conjunto de la empresa serán preferidas las ofertas que garanticen la continuidad de la actividad empresarial y el mantenimiento de puestos de trabajo. La valoración de tales criterios, y de la circunstancia de en qué grado concurren en cada oferta, es difícilmente casable con desarrollo de las subastas previstas en la LEC, donde sólo se previenen ofertas de precio, sin más condición.

En contra de esa interpretación amplia, puede decirse que no se conocen otras subastas judiciales que las reguladas en la LEC, y que el propio legislador emplea ese término, art. 636.2 LEC, para referirse al trámite de subasta pormenorizadamente regulado en los arts. 643 y ss. para los bienes muebles y 655 y ss. para los inmuebles».

Cuida el art. 149, en el ordinal 3º de dicho apartado 1, de regular:

a) Con carácter general, que los bienes y derechos del concursado se enajenarán según su naturaleza (muebles o inmuebles), conforme a las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio (arts. 635 a 675), es decir, mediante convenio de realización (art. 640), por medio de empresa especializada (art. 641) o en subasta judicial (arts. 643 a 675), pues no parece recomendable, aunque sea legalmente posible, la administración para pago (arts. 676⁴³ a 680). Quedan al margen de esta regulación aquellos bienes afectos a créditos con privilegio especial, para cuya enajenación se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 155.

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: *«Alternativas a la subasta .-Encaje de la LEC en la Ley concursal.- Tanto los sistemas de adjudicación directa como la encomienda de venta a un tercero -artículos 640 y 641 de la LEC- pueden ser mecanismos previstos dentro del plan de liquidación y, por lo tanto, planteados por los administradores del concurso. Si no existe esa previsión en el plan de liquidación, el artículo 149 sólo permite la celebración de subasta judicial -sin las limitaciones que en cuanto a posturas ridículas o insuficientes permite la LEC- y la adjudicación directa si la subasta queda desierta».*

b) Que, caso de enajenación del conjunto empresarial o de determinadas unidades productivas, se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa y serán consideradas preferentes las ofertas que garanticen la continuación de la empresa o de las respectivas unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, sobre las que serán oídos los representantes de los trabajadores. Parece que no rige, por tanto, el mejor postor, sino que deberá valorarse preferentemente la oferta que garantice la continuación de la empresa o de las respectivas unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, es decir, que caso de enajenación del conjunto empresarial o de determinadas unidades productivas se convocará un concurso o un concurso-subasta.

⁴³ «En cualquier momento, podrá el ejecutante pedir al tribunal que se le entreguen en administración todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución. El tribunal, mediante providencia, acordará la administración para pago, cuando la naturaleza de los bienes así lo aconsejare, y dispondrá que, previo inventario, se ponga al ejecutante en posesión de los bienes, y que se le dé a conocer a las personas que el mismo ejecutante designe...».

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁴⁴, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «11º.- De liquidarse el concurso por las reglas supletorias del art. 149 LC, con remisión a la LEC, ¿son admisibles los acuerdos de realización previstos en el art. 636.1 y 640 LEC, alcanzados entre la concursada y la administración concursal, como forma preferente de realización?, en su caso, ¿cabe el control de su contenido?, ¿por quién, de qué forma y por qué procedimiento?».

En el art. 636.2 LEC se prevé como forma preferente de realización de los bienes aquella que se pacte, en el propio procedimiento de ejecución, por la parte ejecutante y ejecutada, la que será aprobada por el juez, art. 640.3 LEC. Toda vez que el art. 149 LC se remite en bloque al procedimiento de apremio regulado en la LEC, parece que tal forma de enajenación, la convenida por la concursada y la administración concursal, sería de aplicación a la liquidación de la masa activa.

Pese a lo genérico de la remisión, parece que tal acuerdo de realización evita el control por los acreedores personados que opera sobre la aprobación del plan de liquidación, mediante la formulación de sus observaciones, y puede erigirse en una forma de guiar voluntariamente la enajenación de los bienes de manera ajena al acto legalmente previsto a tal fin, que es el plan de liquidación del art. 149 LC.

15º.- Si se realizan los bienes por subasta judicial conforme a la LEC, en el caso del art. 149.1.3º LC, y la subasta queda desierta, ¿ha de entenderse que la administración concursal es libre de acudir a la venta directa, por inaplicabilidad del art. 651 y 671 LEC?».

Ya apuntado antes este problema, no parece de aplicación la consecuencia recogida en esos preceptos de la LEC, adjudicar por un porcentaje del precio de tasación el bien al ejecutante, toda vez que propiamente no existe ejecutante al que adjudicar. Dado que la fase de liquidación compele, en todo caso, a la realización de los bienes, una vez agotada la forma prevista en la LEC para la vía de apremio, y por tanto cumplida la remisión del art. 149.1.3ª LC, lo más lógico es entender abierta la posibilidad para la enajenación directa de los bienes subastados infructuosamente, como hace en modo análogo el art. 149.1.1ª LC para las unidades productivas, pese a que ello puede generar ciertos riesgos de malbaratamiento en ciertos casos de los bienes. Frente a ello podría haberse previsto en el Plan de liquidación un precio mínimo, subsidiario al avalúo para la subasta, para la enajenación directa».

En el apartado 2 del art. 149, se anuda a estas enajenaciones del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios, la declaración de sucesión de empresa, a efectos laborales, regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁵, cuando los bienes transmitidos mantengan su

⁴⁴ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

⁴⁵ «1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una

identidad, entendida como un conjunto de medios organizado a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, aunque faculta al Juez para acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA, de conformidad con el art. 33⁴⁶ ET. Al respecto, sobre sucesión de empresa y derivación de

entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. 3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito. 4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida. 5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad. 6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: a) Fecha prevista de la transmisión; b) Motivos de la transmisión; c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) Medidas previstas respecto de los trabajadores. 7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión. 8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos. 9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley. 10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto».

⁴⁶ 1. El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios. A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior al cantidad resultante de multiplicar el duplo de salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días. 2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a

responsabilidades, conviene citar la Disposición final undécima de la Ley concursal, que exonera de responsabilidad tributaria por sucesión de empresa en sede concursal, así como lamentar que se echa en falta una disposición similar respecto de responsabilidades de la misma naturaleza con la Tesorería General de la Seguridad Social (arts. 104 y 127 del TRLGSS).

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: «*Liquidación y continuidad de la actividad empresarial por terceros.- Alcance de las obligaciones que asumen los terceros.*»

A la vista de los artículos 148 y 149 parece compatible llegar a la fase de liquidación y que la concursada siga con actividad empresarial ya que la Ley permite que los expedientes de regulación de empleo se planeen en fase de liquidación y que terceros adquieran la empresa en funcionamiento o unidades productivas de la misma. Se observa una aparente contradicción entre el contenido del artículo 146, que afirma que la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, con el 148 que permite la realización de los bienes y derechos de la masa activa como una unidad. Si una empresa está en funcionamiento y se liquida como una unidad el tercer adquirente puede estar interesado no sólo en adquirir los bienes –maquinaria, suelo, stock, materias primas– los intangibles –fondo de comercio, derechos de propiedad industrial– y plantilla, sino también pedidos y contratos pendientes de realización y ejecución, terminar de cumplir con las obligaciones pendientes del concursado que no fueran resueltas durante la fase común. El plan de liquidación deberá habilitar fórmulas para dar cobertura legal a estos supuestos en los que un tercero adquiere una empresa en funcionamiento, fórmulas que deberán contar con el conocimiento y autorización de los terceros afectados por dichos contratos. El tercero que adquiere una empresa en funcionamiento o una unidad productiva no asume créditos concursales sino que se compromete al pago de una cantidad que pasa a formar parte de la masa activa del concurso para su distribución entre los

causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52.c) de esta Ley, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de veinticinco días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior. 3. En los procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente. 4. El Fondo asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia. Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes... 8. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo... ».

acreedores, compra un bien a cambio de un precio. Sólo en lo referido a las obligaciones laborales, el artículo 149.2 establece que estas adquisiciones suponen una subrogación a los efectos laborales, existiendo sucesión de empresa, lo que determina que el adquirente sí se subroga en los créditos y responsabilidades laborales con la posibilidad legal de que el Juez acuerde que el Fondo de Garantía Laboral asuma el pago de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago antes de la liquidación, conforme a los mínimos legales fijados en el Estatuto de los Trabajadores. Este precepto exige algunas precisiones legales:

**Exige una expresa autorización judicial,*

**No distingue la Ley entre deuda contra la masa -derivada de la continuidad de la actividad empresarial – y deuda concursal- anterior al concurso, luego el Juez puede pronunciarse respecto de la subrogación tanto de una como de otra deuda,*

**En cualquier caso debe ser oído el Fondo de Garantía Salarial,*

**No parece posible extender esta posibilidad de subrogación a las deudas públicas vinculadas al pago de indemnizaciones y salarios -retenciones de IRPF y de Seguridad Social-, que tienen la consideración de crédito bien concursal bien contra la masa en función de cuando se genere la deuda,*

**La subrogación sólo será posible respecto de aquellos trabajadores y aquellos supuestos que se planteen en fase de liquidación, no respecto de la deuda de trabajadores que no continúen en la empresa porque sus contratos se extinguieron en la fase común bien individualmente, bien en EREs concluidos durante la fase común».*

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁴⁷, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «16º.- En los supuestos de enajenación de unidades productivas, el art. 149.2 LC permite al Juez acordar que el adquirente no se subroga en la parte de salarios e indemnizaciones devengados antes de esa transmisión que sea asumida por el Fogasa, con el fin de posibilitar la venta. ¿Existe alguna forma de exonerar de tal subrogación al adquirente respecto a otras cargas, en especial las deudas con la TGSS?».

Es un importante incentivo para la adquisición de unidades productivas procedentes de sociedades concursadas la exclusión del efecto de ciertas subrogaciones legales impuestas al adquirente por deudas anteriores a la enajenación. Dicha previsión se realiza expresamente en el art. 149.2 LC respecto a los salarios e indemnizaciones laborales devengados con anterioridad a la transmisión de la unidad productiva, en la parte que sea asumida por el Fogasa.

Ese criterio ha sido seguido por la LGT vigente, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, cuyo art. 42.1 impone una responsabilidad solidaria del adquirente de una explotación o actividad económica respecto a las deudas tributarias de tal actividad generadas con anterioridad a tal adquisición, pero en su nº 2 tal precepto excepciona de dicha regla al adquirente cuando tal actividad económica provenga de un deudor concursado y la adquisición se produzca en el marco del procedimiento concursal.

La exoneración de tales cargas legales determina que la compra sea más interesante para potenciales adquirentes, y en algunos casos, que no se produzca la transmisión de la unidad productiva con un pasivo oculto, que altere el equilibrio

⁴⁷ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

contractual de la enajenación. El problema se plantea con las deudas de la TGSS, ya que no existe en la LC ni fuera de ella un precepto que permita esquivar la norma contenida en el art. 127 TRLGSS, que impone la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto del pago de prestaciones de SS generadas con anterioridad a la transmisión, entendiendo el art. 30.2 dicha responsabilidad no sólo al principal de la deuda, sino también a los recargos, intereses y costas. A propósito de ello, existe una línea doctrinal, vd. Auto 2 de julio de 2007 del Juzgado Mercantil Nº 2 de Barcelona, pt. Sr. Ribelles Arellano, que sostiene, en resumen, que en el caso de la enajenación de unidades productivas en liquidación concursal no se está propiamente ante un supuesto de sucesión de empresa, ya que se trata de una venta forzosa, y tanto es así, que el propio art. 149.2 LC aclara que se dicha enajenación “se considerará” a los “efectos laborales” como sucesión de empresa, por que de lo contrario tampoco se producirían respecto a los salarios e indemnizaciones de los trabajadores las consecuencias propias del tratamiento de sucesión de empresa del art. 44 ET. Esa previsión específica para los efectos laborales excluye la aplicación de tal trato, sucesión de empresa, a efectos distintos de los indicados. Además, esa interpretación del art. 149.2 LC es la que resulta más conforme a los principios marcados por las Directivas 77/187/CE, de 14 de febrero, 98/50/CE, de 29 de junio, y 2001/23/CE, de 12 de marzo, tendentes a excluir los efectos propios de sucesión de empresa en la transmisión de unidades productivas desgajadas de empresas incursas en procesos de insolvencia.

Por parte de la TGSS se discrepa de dicho criterio, tanto en el fondo, estimando que no existe base legal alguna que autorice para la exclusión de la previsión del art. 127 TRLGSS, como sobre la competencia del Juez del concurso para declarar la exclusión de los efectos de sucesión de empresa».

El inciso final del apartado 2 del art. 149 concede una autorización innecesaria, pues nada obsta a los acuerdos lícitos que puedan alcanzar el cesionario y los representantes de los trabajadores, sobre modificación de las condiciones colectivas de trabajo, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo (interés del concurso).

Favorece dichas enajenaciones judiciales, en fase de liquidación, lo dispuesto en la Disposición final duodécima de la Ley concursal, que las exonera del régimen de comprobación administrativa de valores.

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: *«Papel del Juez y del Secretario Judicial en la liquidación, en especial lo referido a la posibilidad de dictar autos de adjudicación y sus efectos. Cuando se apliquen las normas supletorias previstas en el artículo 149 de la Ley, la previsión de la celebración de una subasta judicial determina que aprobada la subasta deba dictarse un auto de adjudicación»*.

2.2.5. Bienes y derechos litigiosos

La enajenación de bienes y derechos litigiosos, conforme al plan de liquidación o a través de las reglas legales supletorias, puede llevarse a efecto con tal carácter, es decir, que el adquirente asuma el desenlace del litigio. La comunicación por la administración judicial al Juzgado o Tribunal, que esté conociendo el litigio sobre

bienes o derechos objeto de enajenación, producirá la sucesión procesal del adquirente⁴⁸ (art. 150). Conviene recordar el art. 82.4⁴⁹ de la Ley concursal, que ordena la formación del inventario de bienes y derechos de la masa activa, para su unión al informe *ex art. 75*, así como acudir a la Resolución de 19 de septiembre de 2003, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre «*Evidencia de auditoría. Consideraciones adicionales en determinadas áreas*», que dedica su atención a los criterios que establece en la obtención de evidencia adecuada de auditoría para la indagación sobre litigios y reclamaciones.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁵⁰, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «12º.- ¿Es admisible la enajenación de los derechos de crédito litigiosos pertenecientes a la concursada en su conjunto y por valor distinto del computado en el informe de la administración concursal?»

La realización del activo representado por derechos de crédito siempre supone dificultades para su pronta efectividad, dada la posibilidad de que el deudor de la concursada no se preste al cumplimiento voluntario de la prestación. Es dificultad se agrava en los supuestos donde ya exista contienda judicial sobre el derecho de crédito en cuestión.

En tales casos, puede resultar factible acudir a la enajenación de tales créditos, art. 150 LC, a entidades dedicadas a tal clase de tráfico jurídico, las que normalmente harán una oferta sobre el conjunto de varios créditos y por un precio muy a la baja respecto al valor que los mismos representan en el activo de la concursada. Pese a tales inconvenientes, la alternativa a esa forma de realización es el intento de cobro por la propia administración concursal, o el seguimiento de los litigios pendientes sobre tales derechos de crédito, lo que conlleva, en cambio, una importante dilación de tiempo en la liquidación, pendiente de las negociaciones para el cobro o de la resolución de los procesos de reclamación, e incluso puede existir la imposibilidad de acudir a procesos para reclamación de tales sumas si la masa activa no es suficiente para soportar los gastos que todo proceso conlleva.

Otro problema es la selección, dentro del conjunto de esos derecho de crédito titularidad de la concursada, que pretenda hacer la entidad compradora para su adquisición, los de más fácil cobro y los de deudores más solventes, cuya gestión podría ser más conveniente para el interés del concurso fuese realizada directamente por la administración concursal».

⁴⁸ Disposición final tercera. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada en los términos siguientes:... «2. Se añade un apartado 3 al artículo 17 con la siguiente redacción: «3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado».

⁴⁹ «Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales».

⁵⁰ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

2.2.6. Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa

El art. 151 dispone: «1. Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso. 2. Los que infringieren la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, reintegrarán a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieren adquirido y el acreedor administrador concursal perderá el crédito de que fuera titular. 3. Del contenido del auto por el que se acuerde la inhabilitación a que se refiere el apartado anterior se dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198».

Esta prohibición se establece en el art. 1459.2º del Código Civil: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: ... 2º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados».

No se indican las personas legitimadas para el inicio de la acción, aunque supongo que deberá acordarlo el juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado en el concurso (otro administrador concursal, el deudor o cualquier acreedor, concursal o contra la masa ¿y los trabajadores?).

Las sanciones previstas son de distinto orden:

a) En primer lugar, los administradores concursales, que infrinjan la prohibición de adquirir bienes o derechos de la masa activa, serán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, y me parece que no podrán ser nombrados durante el período que señale el juez en la sentencia, que resuelva el incidente (art. 192.1). Considero que puede relacionarse con lo dispuesto en el art. 181.4 *in fine* (seis meses a dos años), pues no imagino que la inhabilitación pueda ser perpetua. Parece que consecuencia de la anterior decisión, además, serán separados, con arreglo a lo dispuesto en el art. 37 de la Ley concursal.

b) En segundo lugar, perderán el precio pagado por la adquisición, es decir, reintegrará el bien o derecho adquirido y el precio que hubiese pagado quedará, nunca mejor dicho, a beneficio de inventario.

c) En tercer lugar, el administrador concursal acreedor perderá el crédito de que fuese titular y afectará de lleno al acreedor persona natural que participe en la administración concursal. Ahora bien, se plantean algunas cuestiones sobre este particular:

- a) Si hubiese sido designado un profesional por el acreedor persona natural (art. 27.1.3º), quedará inhabilitado para ejercer el cargo de administrador concursal, tanto a título personal como para actuar en representación de acreedores designados administradores concursales ¿y el acreedor perderá su crédito? No parece, ni este caso ni en todos los demás en que el acreedor deba ser representado para el ejercicio de la administración concursal, salvo que se considere incurso en responsabilidad *in vigilando*.
- b) Si hubiese sido nombrado personal técnico de la CNMV, en lugar de economista, auditor o titulado mercantil, y el abogado, así como el miembro de la administración concursal representante del acreedor, todos ellos sufrirán la inhabilitación personal (art. 27.2.1º).
- c) En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora será nombrado, en lugar del acreedor, el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente,

quienes deberán comunicar al juez de inmediato la identidad de la persona natural que haya de representarlos en el ejercicio del cargo, el cual será inhabilitados. Por lo que se refiere a la designación del administrador abogado y al auditor, economista o titulado mercantil, el juez los nombrará de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros, y todos ellos quedarán inhabilitados (art. 27.2.2º).

- d) Si hubiese sido designado administración concursal acreedor una Administración pública, podrá designar a cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas, el cual quedará inhabilitado.

En todo caso, los cesados rendirán cuentas *ex art.* 181 y el juez procederá a nuevo nombramiento (art. 38).

2.2.7. Informes sobre la liquidación

La exposición de motivos destaca: «La ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas..., con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución».

Artículo 152. «Cada tres meses [un mes y medio, en procedimiento abreviado], a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, que quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado. El incumplimiento de esta obligación podrá determinar la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 36 y 37 de esta Ley».

Considero que resulta más coherente como *dies a quo*, de inicio del cómputo trimestral, para la presentación informe sobre el estado de las operaciones de liquidación *ex art.* 152, en lugar de la fecha del auto de la apertura de la fase de liquidación, la fecha de notificación a la administración concursal del auto aprobatorio del plan de liquidación, debido a los trámites necesarios para su aprobación, a saber: a) Su puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado y en otros lugares que el Juez acuerde, para que el deudor y los acreedores concursales puedan formular observaciones o propuestas de modificación, así como su traslado a los representantes de los trabajadores, en su caso, a los mismos fines, según los apartados 2 y 3 del citado art. 148; b) En el caso de que las operaciones de liquidación previstas en el plan supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en art. 64 de la Ley concursal, antes de la aprobación del plan, según el art. 148.4, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el Juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, el cual llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Sobre esta cuestión se pronuncia la Providencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y de lo Mercantil de Santander, de fecha diecinueve de junio de dos mil seis: «Por presentado el anterior escrito por la Administración concursal, informando sobre el estado de las operaciones de liquidación, únase a la sección quinta, dándose traslado a las partes personas y acordándose, para el futuro, como inicio del cómputo trimestral para el informe de la Administración Concursal sobre el estado de

las operaciones de liquidación la fecha del Auto aprobatorio del Plan de liquidación». Doña María del Mar Hernández Rodríguez.

El informe sobre el estado de las operaciones de liquidación detallará las gestiones llevadas a cabo por la administración concursal sobre realización de la masa activa, así como los ingresos devengados y los obtenidos, y, de igual modo, dará cuenta de los gastos devengados y de los pagos satisfechos. El mencionado informe sobre el estado de las operaciones de liquidación se completa y justifica profesionalmente con la presentación de estados financieros intermedios, según la Regla 12.^a de la Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad, máxime cuando sea obligatoria la formulación de cuentas anuales, caso de deudor empresario mercantil (art. 46), aunque soy partidario de hacerlo así en todo caso, cualquiera que fuese la ocupación del sujeto activo del concurso, incluso en procedimiento abreviado, cuando el administrador concursal único fuese contable o abogado. En este último caso, podrá encomendar su preparación a un auxiliar delegado que fuera auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, en el caso de que no se encuentre capacitado para llevar las cuentas (contabilidad) de la liquidación y rendir el informe sobre el estado de las operaciones de liquidación cada tres meses.

La finalidad de la puesta de manifiesto de este informe sobre las operaciones de liquidación en la Secretaría del Juzgado puede ser que los interesados en el concurso (el deudor y cualquier acreedor o los trabajadores) formulen las observaciones o aportaciones que estimen convenientes o denuncien cualquier irregularidad que aprecien, así como que el Juez controle la marcha de la liquidación.

Caso de incumplimiento de este deber informativo por la administración concursal sobre las operaciones de liquidación, se establecen medidas sancionadoras derivadas de las acciones de responsabilidad, previstas en el art. 36 (indemnización de daños y perjuicios), y la separación del cargo, contemplada en el art. 37, que conlleva la prohibición de ser nombrado administrador concursal, durante los dos años siguientes (art. 28.2). Si el juez acordase la separación de los administradores concursales, procederá que rinda cuentas y se efectuará nuevo nombramiento (art. 38).

Guarda silencio sobre la legitimación activa para el ejercicio de esta acción de responsabilidad contra los administradores concursales, pero considero que cualquier interesado podrá denunciar al Juzgado este incumplimiento, es decir, el deudor y cualquier acreedor “en la masa o contra la masa” ¿y los trabajadores?, además de la actuación de oficio por el Juez. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez del concurso (art. 36.4).

2.2.8. Duración de la liquidación

La exposición de motivos indica: «La ley quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin... señala el plazo de un año para finalizarlas, con las sanciones, si lo incumpliera, de separación de los administradores y pérdida del derecho a retribución».

Dispone el art. 153: «1. Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado ésta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos. 2. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará

la separación si no existiere causa que justifique la dilación y procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos. 3. Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación. 4. Del contenido del auto por el que se acuerde la separación a que se refieren los apartados anteriores, se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198 [Portal: <https://www.publicidadconcursal.es>]].».

Se previene la duración de un año, con referencia a la fecha de apertura de la fase de liquidación [en el procedimiento abreviado, computable a la mitad, según el art. 191.1, es decir, seis meses], para finalizar las operaciones de realización de bienes y derechos de la masa activa, cuando parece más razonable que su cómputo tuviera lugar desde la fecha de comunicación del Auto de aprobación del plan de liquidación, pues sólo a partir de su aprobación judicial puede la administración concursal iniciar o concretar las gestiones de venta, es decir, desde la apertura de la fase de liquidación hasta la aprobación del plan de liquidación pueden haber transcurrido semanas o meses, debido al plazo dado a la administración concursal para la presentación del plan de liquidación (15 días del art. 148.1, prorrogable por otros quince), así como a la previsión de que se formulen observaciones o propuestas por el deudor y los acreedores (15 días del art. 148.2) y a que sea necesario, previamente a la aprobación del plan, la tramitación de EREs o expedientes de modificación de las condiciones de trabajo *ex art. 64* (art. 148.4).

Este precepto no ha sufrido modificación alguna y conserva el mismo texto que, con el número 152, figuraba en el borrador del Anteproyecto de Ley concursal preparado por la Comisión General de Codificación y concluso en mayo de 2000. En el Anteproyecto conocido como Propuesta Rojo⁵¹, el art. 193 mantiene similar redacción, aunque menciona dos años.

Como antecedente preciso puede acudir al art. 111⁵² de la LSRL, según recuerdan Sala Alcayde⁵³ y Sacristán Represa⁵⁴.

Según Beltrán⁵⁵, a la *finalización* de la fase de liquidación se refiere la Ley sólo de una manera incidental en el precepto que comentamos y, más claramente, al regular

⁵¹ Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, redactada por el profesor Ángel Rojo Fernández-Río, Catedrático de Derecho Mercantil y Vocal permanente de la comisión General de Codificación, Suplemento al Boletín de Información nº 1768, de 15.02.96, del Ministerio de Justicia.

⁵² 2. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.

⁵³ SALA ALCAYDE, Alberto, NUEVA LEY CONCURSAL, Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios, A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas – Coordinadores, EDITORIAL BOSCH – BARCELONA – 2004, págs. 674-678.

⁵⁴ SACRISTAN REPRESA, Marcos, Directores: Juana Pulgar Ezquerro – Carmen Alonso Ledesma – Alberto Alonso Ureba – Guillermo Alcover Garau – COMENTARIOS A LA LEGISLACION CONCURSAL, TOMO II. Registradores de España, Editorial DIKINSON, S.L., Madrid, 2004, págs. 1361-1365.

la caducidad de las acciones dirigidas a la anulación de los actos realizados por el concursado en violación de las limitaciones a sus facultades de administrar y disponer (art. 40.7.I *in fine*).

2.2.8.1. Cómputo *dies a quo*

Se prescribe la duración de un año, con referencia a la fecha de apertura de la fase de liquidación (incluso en el procedimiento abreviado, pues no es un plazo, propiamente dicho, computable a la mitad, según el art. 191.1), para finalizar las operaciones de realización de bienes y derechos de la masa activa, cuando parece más razonable, como *dies a quo*, que su cómputo tuviera lugar desde la fecha de comunicación del Auto de aprobación del plan de liquidación, a partir de la cual la administración concursal podrá comenzar las gestiones de venta, nunca antes, debido a los trámites necesarios para su aprobación, a saber: a) Su puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado y en otros lugares que el Juez acuerde, para que el deudor y los acreedores concursales puedan formular observaciones o propuestas de modificación, así como su traslado a los representantes de los trabajadores, en su caso, a los mismos fines, según los apartados 2 y 3 del art. 148; b) En el caso de que las operaciones de liquidación previstas en el plan supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en art. 64 de la Ley concursal, antes de la aprobación del plan, según el art. 148.4, es decir, la administración concursal debe tramitar ante el Juez del concurso los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, el cual llamará a consulta a los representantes de los trabajadores y recabará informe de la Autoridad Laboral. Esta tramitación procesal habrá consumido semanas o meses.

Efectivamente, la referencia a la fecha de apertura de la liquidación puede derivarse de la mención a la apertura de la liquidación de la sociedad disuelta en el mentado art. 111 de la LSRL, sin haber tenido en cuenta que, en este caso, el liquidador puede iniciar inmediatamente las tareas de liquidación del activo (enajenar los bienes sociales), lo que no puede hacer la administración concursal hasta la aprobación del plan de liquidación.

2.2.8.2. *Dies ad quem*

El tiempo máximo previsto para que la administración concursal finalice las operaciones de liquidación (realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, así como el pago a los acreedores) es de un año, pero nada impide que pueda durar menos o más tiempo.

Su duración será inferior al año, cuando la administración concursal informe al Juzgado que ha terminado la liquidación, antes del transcurso del año, y proponga la conclusión del concurso, si ha lugar, según el art. 176.1 de la Ley concursal, cuando previene que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones, otros casos: «4º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores».

⁵⁵ BELTRÁN, Emilio, Comentario de la Ley Concursal, Civitas Ediciones, S. L., Tomo II, págs. 2419-2424.

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: *«El término que propone la administración concursal de ejecución del proceso de liquidación ¿puede ser rebajado a petición de las partes?»*

Conforme al artículo 153.1 de la Ley Concursal, parece que la fase de liquidación no puede durar más allá de un año en el procedimiento ordinario -6 meses en el procedimiento abreviado [sic]- y esta previsión de duración no siempre será posible respetarla, ya que puede haber créditos contingentes que no sea posible realizar en los términos previstos en el artículo 150 de la Ley [bienes o derechos litigiosos], o pueden incorporarse a la masa activa bienes o derechos, como consecuencia de la firmeza y ejecución de resoluciones judiciales -acciones rescisorias o de otro tipo- producida con posterioridad, como consecuencia de las dilaciones ordinarias de los procedimientos judiciales -sobre todo los que queden pendientes de recursos de casación-. Atendiendo a la naturaleza y circunstancias de los bienes y derechos que hayan de ser liquidados, tanto el plan de liquidación como las observaciones que puedan hacer los acreedores permiten fijar plazos de duración inferiores de la fase de liquidación. El artículo 153 establece un término de duración, cuyo único efecto es que a partir del transcurso de un año puede haber responsabilidad del administrador concursal por la dilación, responsabilidad que no es automática -habrá que ponderar los factores que puedan haber incidido en la dilación-». No he encontrado, en el art. 148.1 de la Ley, disposición sobre plazo de realización de bienes y derechos a incluir en el plan preparado por la administración concursal, aunque nada impide que incluya previsiones sobre este particular, con carácter informativo.

2.2.8.3. Causas justificativas de la dilación

Las referidas en el mentado Congreso de Derecho Mercantil son incontestables y, aunque la casuística es impredecible, imagino que retrasará justificadamente la finalización de la liquidación, además de las incidencias sobre pago de créditos, que comentaré brevemente en el epígrafe siguiente, las secuelas de la sección sexta, pues la administración concursal deberá proceder a la enajenación de los bienes o derechos objeto de la condena a las personas afectadas por la calificación de culpable o declaradas cómplices, de devolver los que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2.3º), y al reparto de la indemnización de los daños y perjuicios causados por las mencionadas personas afectadas (art. 172.2.3º, *in fine*), así como del importe de la condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, según el art. 172.3.

2.2.9 Pago a los acreedores

La exposición de motivos señala: «Las operaciones de pago a los acreedores se regulan dentro de la fase de liquidación. 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. Como ya ha quedado expuesto al tratar de los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos con garantía real, la ley regula el pago de los créditos con privilegio especial de forma muy flexible, para evitar, en interés de la masa, la realización de los bienes o derechos afectos, autorizarla con subsistencia del

gravamen o mediante venta directa. La regulación legal establece el orden de los pagos con privilegio general, de los ordinarios y de los subordinados, y contempla los supuestos especiales de pagos anticipados, de deudas solidarias y de los realizados en fase de cumplimiento de convenio anterior a la de liquidación».

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación”, se aborda la siguiente cuestión: *«Actualización del estado de los créditos durante la fase de liquidación. Control de los pagos realizados por terceros, vencimiento anticipado de obligaciones y coordinación de pagos entre concursos de un mismo grupo de empresas.*

El contenido de los artículos 159 a 162 de la Ley Concursal permite considerar que al abrirse la fase de liquidación los administradores del concurso han de actualizar el estado de créditos concursales y contra la masa en la fase de liquidación. La relación y condición de acreedores, referida en el informe que pone término a la fase común, puede ser incompleta o inexacta, porque se hayan realizado pagos por terceros o porque se hayan cumplido las contingencias inicialmente anunciadas, conforme al artículo 87 de la Ley una vez ha concluido la fase común. Parece, por lo tanto, razonable exigir a los administradores concursales que antes de efectuar los pagos en la fase de liquidación actualicen la situación de los créditos, al objeto de evitar este tipo de problemas e informar sobre los créditos inicialmente considerados contingentes».

En estrecha relación con la anterior cuestión, relativa a la lista de acreedores, en el citado II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, se suscita otra de interés: *«¿Puede reconocerse un crédito de una administración pública en fase de liquidación, cuando es consecuencia de su actividad inspectora, conforme al art. 92.1 LC?*

La rigidez con la que se regula el plazo de insinuación de créditos podría llevar a considerar que los créditos no insinuados en el plazo legal -30 días desde la publicidad del auto de declaración de concurso- y la no impugnación del informe -artículo 97- tienen como consecuencia que los créditos no insinuados quedan fuera del concurso. Sin embargo, el artículo 92.1 determina que no puedan ser calificados como subordinados créditos de insinuación tardía cuando para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las administraciones públicas. El artículo 134.1 -cuando habla de la eficacia del convenio- advierte de la posibilidad de que haya créditos concursales que no hubiesen sido reconocidos, la falta de reconocimiento en el informe no determina que dichos créditos no existan y no deban ser tenidos en cuenta. La posibilidad de que la administración, como consecuencia de su actividad inspectora, conozca o determine créditos anteriores a la declaración de concurso es una realidad a la que ya se enfrentan los Juzgados Mercantiles, puesto que los mecanismos de control de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública no se activan en muchas ocasiones hasta que no se ha declarado el concurso y las garantías de este sistema de inspección determina que no puedan determinarse ni tan siquiera de modo provisional los créditos pendientes -con sus correspondientes sanciones y recargos- durante la fase de insinuación. De un modo un tanto pragmático, se ha planteado la posibilidad de que se insinúen como créditos contingentes, pero lo cierto es que esa insinuación contingente es arriesgada. Parece más razonable que mientras exista activo en la concursada -es decir antes de la conclusión del concurso conforme al artículo 176- se dé entrada en el procedimiento a aquellos créditos anteriores a la declaración de concurso y que, sin embargo, por causa justificada no se determinan sino tras la conclusión de la fase

común. Los administradores concursales, al actualizar la situación de la masa pasiva en fase de liquidación, pueden introducir estas modificaciones con la debida justificación y someter la fiscalización de la misma al correspondiente incidente concursal».

Sin embargo, considero que para aplicar el criterio expuesto, en relación con los créditos públicos, cuando sea consecuencia de su actividad inspectora, habrá de probarse que la actuación inspectora haya tenido lugar, con conocimiento del deudor y de la administración concursal, infrecuente en el caso de la Tesorería General de la Seguridad social⁵⁶.

Interesa poner de relieve que el pago a los acreedores concursales y contra la masa, durante la fase de liquidación, no debiera iniciarse por la administración concursal hasta que concluya la tramitación de la sección sexta y se conozca la sentencia de calificación, pues si fuese culpable puede haber dispuesto la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por dicha calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o contra la masa (art. 172.2.3º).

2.2.9.1. Pago de créditos contra la masa

Artículo 154. «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.º se pagarán de forma inmediata. 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. Las deducciones para atender al pago de

56 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. Artículo 30. Reclamaciones de deudas. 1. Transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará su importe al sujeto responsable... en los siguientes supuestos:... d) Deudas por cuotas cuya liquidación no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Artículo 31. Actas de liquidación de cuotas... 1. Procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por:... la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá formular requerimientos a los sujetos obligados al pago de cuotas adeudadas por cualquier causa, previo reconocimiento de la deuda por aquéllos ante el funcionario actuante..., la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá formular requerimientos a los sujetos obligados al pago de cuotas adeudadas por cualquier causa, previo reconocimiento de la deuda por aquéllos ante el funcionario actuante... Las actas de liquidación de cuotas se extenderán por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, notificándose en todos los casos a través de los órganos de dicha Inspección que, asimismo, notificarán las actas de infracción practicadas por los mismos hechos, en la forma que reglamentariamente se establezca. 2. Las actas de liquidación extendidas con los requisitos reglamentariamente establecidos, una vez notificadas a los interesados, tendrán el carácter de liquidaciones provisionales y se elevarán a definitivas mediante acto administrativo del respectivo jefe de la unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa audiencia del interesado. Artículo 78. Competencias de la Inspección. 1. La inspección en materia de Seguridad Social se ejercerá a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desarrollando las funciones y competencias que tiene atribuidas por la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, la presente Ley y normas concordantes. 2. Específicamente corresponderá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: a) La vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la presente Ley y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social....

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».

Este precepto, sobre pago de créditos contra la masa, presenta dos etapas diferenciadas, a saber: a) Durante la fase de liquidación (art. 154.1); b) En cualquier estado del procedimiento, es decir, durante la fase común o de convenio (art. 154.2).

Durante la fase de liquidación, es la administración concursal, exclusivamente, quien puede y debe satisfacer los créditos contra la masa. Sin embargo, durante la fase común o la de convenio, si el deudor no ha sido suspendido, a él corresponde realizar estos pagos con autorización de la administración concursal. Aprobado el convenio, es responsabilidad exclusiva del deudor el pago de los créditos contra la masa y demás extraconcursales, salvo que se hubiesen asignado funciones de fiscalización en el convenio a los administradores concursales (art. 133.2), aunque los créditos contra la masa concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio (art. 100.5).

Los créditos de la masa o contra la masa⁵⁷, denominados prededucibles, se satisfarán a sus respectivos vencimientos, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (concordante con el art. 90), aunque si hubiere sobrante de la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial podrá destinarse al pago de créditos contra la masa. Podrán contribuir, además, al pago de los créditos contra la masa, los ingresos de las actividades del concursado; el patrimonio de los administradores, auditores o liquidadores de la sociedad concursada (art. 48.2); el patrimonio de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales (art. 48.5); y, el patrimonio de las personas afectadas por la calificación de concurso culpable o declaradas cómplices (art. 172.2.3º), así como de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 172.3).

Los créditos del art. 84.2.1º (salarios por los últimos treinta días anteriores a la fecha de la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional⁵⁸), se pagará de forma inmediata. Puede identificarse la inmediatez, una vez verificadas las disponibilidades, con el conocimiento de esta obligación (comunicación, reclamación o antecedentes contables).

Por fortuna, se establece la prelación por el orden de su vencimiento, en el pago de tales créditos contra la masa, de distinta naturaleza, evidentemente, sobre todo en casos de continuidad de actividades profesionales o empresariales, pues concurrirán los créditos de los administradores concursales, de los trabajadores, de las instituciones, de los proveedores, etc., y se da fin, por tanto, a pretensiones de algunos acreedores institucionales sobre aplicación del sistema de prorata, salvo entre los del mismo vencimiento, si no alcanzare lo disponible para el pago de su totalidad.

⁵⁷ Terminología gráfica, pero técnicamente incorrecta, según el profesor Blasco Gascó, Francisco de P., “Prelación y pago a los acreedores concursales”, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, pág. 73.

⁵⁸ Real Decreto 1613/2005, de 30 de diciembre (BOE 313/05, de 31 de diciembre): 18,03 euros/día ó 540,90 euros/mes.

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁵⁹, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «18º.- En cuanto al pago de los créditos contra la masa, con el fin de atender, en supuestos de insuficiencia de la masa activa, a los gastos del concurso, ¿existe alguna forma de discriminar dentro de los créditos contra la masa esa clase de gastos?»

Dentro del art. 84.2 LC puede distinguirse conceptualmente dos clases de créditos contra la masa, una los gastos propios del proceso concursal, en particular los de publicidad y administración concursal, y otra los gastos generados por la continuación de la actividad empresarial de la concursada. Lo cierto es que los gastos propios del proceso concursal son los que permiten impulsar el procedimiento, que sirve de base a toda otra actuación.

Cuando la masa activa es insuficiente para atender a todos aquellos gastos, puede darse la paradoja de que la retribución de la administración concursal quede sin activo para ser satisfecha, debido a la anteposición de otra serie de créditos contra la masa, ya que el art. 154.2 LC indica que tales créditos, “cualquiera que sea su naturaleza” especifica, serán satisfechos por el orden de sus vencimientos. El art. 8 del RD 1.860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de administradores concursales, dispone que la percepción de tales derechos se hará en su 50% dentro de los 5 días siguientes al de firmeza del auto que los fije, y el resto a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común, sin perjuicio de las fases sucesivas. Para ese momento, otros créditos contra la masa de vencimiento anterior ya ha podido prácticamente agotarla.

Frente a ello, se ha sostenido que es posible mantener la distinción conceptual dentro de los créditos contra la masa entre los gastos del proceso y los demás, con el efecto de anteponer el pago de aquellos a los de estos, ya que sólo atendiendo primero a los gastos que permiten sostener el propio procedimiento concursal puede darse lugar todo el tratamiento sustantivo de la situación de insolvencia, y no a la inversa.

Quizás exista la alternativa de defender que el art. 8 RD 1.860/2004, como el mismo señala, se refiere tan sólo al momento de abono de tales cantidades, pero el devengo de los derechos de retribución tiene lugar con la aceptación del cargo, art. 34.3 LC, con el fin de entender adelantado así su momento de vencimiento a otros créditos contra la masa, sin perjuicio del momento de efectivo cobro de tales derechos».

Las acciones relativas a la calificación o pago de créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso, por los trámites del incidente concursal, con las limitaciones temporales indicadas anteriormente (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...), que obligan a toda clase de acreedores y créditos, entre los que destaco los tributarios y de la TGSS. Sobre la naturaleza de créditos contra la masa de determinados créditos de la Hacienda Pública (Retenciones del IRPF e IVA), se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, de fecha once de mayo de dos mil seis (D. Javier Anton Guijarro): a) Únicamente las

⁵⁹ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

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.; b) 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. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Donostia-San Sebastián, de fecha siete de febrero de dos mil seis (D. Pedro José Malagon Ruiz), 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, y 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.

El pago de créditos públicos contra la masa ha suscitado la cuestión sobre el devengo de recargos e intereses, si no fueran satisfechos a su vencimiento, y la doctrina jurisdiccional no es pacífica. Así, el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Málaga, en la Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2007, rechaza la pretensión de la TGSS: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO: Se presenta también incidente concursal derivado del reconocimiento de determinados créditos que se califican contra la masa por descubierto de cuotas nacidas con posterioridad a la declaración de concurso y no satisfechas. En el momento de la vista presentó el referido anexo que no fue aportado inicialmente. Dichas deudas distinguen el principal, recargos e intereses por periodos comprendidos entre enero septiembre de 2001 a enero de 2006.

La declaración de concurso se produce en fecha de 4 de mayo de 2005 por lo que no se entiende que se recojan en dicho certificado las deudas comprendidas en el primer periodo de septiembre de 2001 a mayo de 2005 como créditos contra la masa que deben ser por ello automáticamente rechazados.

La administración concursal distingue el apartado de intereses de demora y de recargos que cree deben ser calificados, subsidiariamente, como subordinados.

De las diferentes partidas hemos de distinguir diferentes apartados:

1. Respecto de las cuantías por principal y por los periodos posteriores a la declaración de concurso deben computarse en la forma prevista en los artículos 84 y 154 de la LC. Es evidente que las mismas deben recogerse, de ordinario, puesto que es obligación de la concursada instar el cierre, cese o suspensión, incluida la administrativa, si su pretensión es la de paralizar la empresa.

2. Respecto de los intereses y recargos reseñados hemos de partir del criterio general de suspensión del artículo 59 de la LC en relación al artículo 146 del mismo cuerpo que supone el vencimiento anticipado de los créditos concursales, dejando de devengar intereses y recargos bien desde la declaración, en cuanto a los créditos anteriores, bien desde la apertura de la liquidación en el supuesto referido.

3. Respecto de los recargos e intereses derivados de deudas posteriores al concurso y por tanto contra la masa no le es aplicable el criterio de clasificación general del artículo 92 LC que se refiere a los créditos de la masa y no a los que son contra la masa. 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 administración, 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.

b) En relación a los intereses el efecto resarcitorio de los mismos nos lleva, dentro de los límites fijados, a determinar la obligación de pago de dichos intereses nacidos de obligación legal (art. 11 del Reglamento General de Recaudación) si bien hemos de matizar dos apartados:

i. Uno el referido a los intereses derivados de la deuda principal. Respecto de los intereses es aplicable, entonces, el artículo 25, párrafo tercero, de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la falta de acreditación mediante la certificación y su puesta en conocimiento en el concurso de las deudas contraídas por lo que tampoco sería aplicable el régimen de intereses teniendo en cuenta que al no haberse puesto de manifiesto en el concurso las mismas no existían para el mismo y es la propia situación concursal la que resulta afectada por la actuación en paralelo e ignorada del concurso, que debió hacer constar en el mismo. Por ello no procede igualmente la aplicación de dichos intereses sino desde el reconocimiento del principal que se realice en el concurso.

ii. Otro el referido a los intereses derivados de los recargos (art. 11 del Reglamento General de Recaudación). Excluidos estos deben también ser excluidos los primeros».

D. Enrique Sanjuán y Muñoz

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6, con competencia mercantil, de Badajoz, de fecha 9 de enero de 2008, reconoce el devengo de recargos por los créditos contra la masa insatisfechos a su vencimiento: «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 serían 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 serían 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 "arrastre" 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, 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.

También la Sentencia del Juzgado Mercantil N° 1 de Sevilla, de fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho, estima la demanda de la TGSS y reconoce los recargos aplicados por impago en plazo de 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 administración 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.

De igual modo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de fecha catorce de julio de dos mil ocho, considera que se devengan recargos de la TGSS por impago en plazo de créditos contra la masa: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- La versión judicial de los hechos resulta incontrovertida entre las partes. El crédito concursal certificado de la TGSS no obedece al objeto de la pretensión que se ventila, y de todas las maneras, la decantación de cuántos -reconocimiento- y cuáles -graduación- ya ha tenido lugar en definitiva, y no puede modificarse en estos momentos.

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 "concurralización" 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 repasarse 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 aflicción, 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 atenidos 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 J. Etxarandio Herrera.

No he encontrado mención alguna que solucionase el problema de la ausencia de masa activa, salvo que es causa de conclusión del concurso (art. 176.1.4.º), y es de temer, en tal caso, que los créditos contra la masa se queden sin pagar, entre ellos, la retribución de los administradores concursales. Conviene recordar que se regula el supuesto de masa activa insuficiente, para liquidar íntegramente estos créditos contra la masa, y vuelve a acudir a la misma fórmula, es decir, que lo disponible se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus respectivos vencimientos. Nada de prorata, por tanto, salvo para los créditos contra la masa con el mismo vencimiento, cuando no llegue para la íntegra satisfacción de todos ellos. Estas situaciones de insuficiente masa activa son frecuentes en la práctica concursal, cuando podía haberse aliviado, aunque sólo fuese parcialmente, de haberse exigido caución al instante del concurso voluntario o necesario, para responder de los gastos del procedimiento, lo cual no sería novedad en sede judicial, según sistema establecido en el art. 40.2 del Código de Comercio, que previene la prestación de caución adecuada para responder del pago de las costas procesales y de los gastos de auditoría.

En la Segunda Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre "Algunas cuestiones relativas al convenio y liquidación", se aborda la siguiente cuestión: *«Reparto de activos cuando el patrimonio del concursado no permite ni siquiera hacer frente a las deudas de la masa. Especial incidencia en los créditos laborales contra la masa cuando la extinción de los contratos laborales no se ha hecho en un solo expediente sino en dos expedientes sucesivos. Si los bienes o derechos no sometidos al pago de créditos con privilegio especial resultaran insuficientes lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa atendiendo al orden de sus vencimientos Esta regulación puede generar agravios comparativos y, de hecho, ya los ha planteado en la práctica en materia laboral cuando las extinciones de los contratos de trabajo no se han realizado de una sola vez sino en diferentes fases: Se plantea un expediente parcial de regulación de empleo que se vincula a un convenio en el que se acompaña un plan de viabilidad, en ese momento se pacta una indemnización a los trabajadores por encima del mínimo legal, indemnización que se paga de*

inmediato con cargo a la masa. Posteriormente el convenio no llega a aprobarse y la concursada entra en fase de liquidación, donde nuevamente se abre expediente en este caso para extinguir el resto de contratos, en este caso el patrimonio de la concursada es ya insuficiente y los trabajadores no sólo se ven privados de la posibilidad de negociar con expectativas de cobro, sino que puede que incluso no haya bienes ni patrimonio para indemnizar el mínimo legal. Este mismo criterio del vencimiento puede dar la paradoja de que se antepongan a los créditos de los trabajadores –excluidos los del último mes trabajado que son los créditos cuyo vencimiento es anterior a la declaración de concurso– otros créditos contra la masa derivados del pago de gastos y honorarios de profesionales que han presentado sus créditos con anterioridad a la conclusión del expediente de regulación de empleo.

Hay otros escenarios, en los que el criterio del vencimiento puede plantear problemas, como es en el supuesto de que autorizada la extinción de todos los contratos queden vinculados a la empresa algunos trabajadores encargados de concluir pedidos o de colaborar con la administración concursal en tareas de gestión; estos trabajadores si la extinción del contrato se demora pueden encontrarse con que otros trabajadores han cobrado con anterioridad y no queda activo.

En definitiva, pueden plantearse supuestos en los que la determinación del vencimiento –que deben recoger los administradores concursales en su listado de deudas contra la masa– puede generar agravios y, por ello, deben articularse los mecanismos para que en estos casos extremos, de clara insuficiencia de la masa activa incluso para cubrir los créditos prededucibles, se resuelva conforme al criterio de prorratear el activo entre los acreedores contra la masa. En conclusión: Si el concurso tiene dinero en efectivo se irán satisfaciendo los créditos a medida que vayan surgiendo; Si no hay efectivo debe irse a la ejecución respecto de los bienes y derechos no afectos a créditos con privilegio especial».

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁶⁰, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «19º.- En caso de concurso acumulado de un grupo de sociedades, cuando una de las mismas tenga masa activa suficiente para el pago de créditos y las demás carezcan de ella, ¿es posible para atender los créditos laborales de los trabajadores de aquellas empresas del grupo carentes de masa activa extender la responsabilidad de éstas a la masa activa de la empresa concursada solvente?

Tanto en la posibilidad de acumulación de concursos, art. 25 LC, como en la de declaración conjunta de concurso o acumulación inicial, art. 3.5 LC, de sociedades del mismo grupo, no llega a existir una masa activa común a tales concursos, pudiendo únicamente nombrarse una misma administración concursal y condicionarse las propuestas de convenio. En tales casos, puede que algunas de las sociedades concursadas del grupo tengan masa activa para satisfacer sus créditos, en todo o en parte, supuesto de sociedades patrimoniales del grupo, titulares de inmuebles, o de capitalización financiera, mientras que en otras se de una insuficiencia casa absoluta de tal masa activa.

⁶⁰ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

Ello puede tener especial relevancia frente a los derechos de los trabajadores, que según en la sociedad del grupo de la que fueran empleados verán pagados sus créditos o insatisfechos los mismos, al confrontarse con el régimen extraconcursal previsto para ellos, que permite extender la responsabilidad patrimonial por deudas laborales de la sociedad empleadora a las demás sociedades del mismo grupo. No parece existir demasiada justificación para, en situaciones concursales, excluir dicha posibilidad».

Beltrán⁶¹ advierte que los créditos contra la masa quedan sometidos en cuanto a su fiscalización al incidente concursal lo que determina, que a falta de normativa específica en materia de recursos, las sentencias dictadas en dichos incidentes queden vinculadas al régimen general sobre recursos en el proceso concursal, lo que obligará a dar un tratamiento diferente a aquellos incidentes que se planteen durante la fase común -que tiene limitado el acceso al recurso de apelación- de aquellos que puedan plantearse en fase de liquidación -donde sí es posible el acceso directo al recurso de apelación- y se aplican las normas y garantías sobre la ejecución de las resoluciones concursales apeladas.

Es común la preocupación, tanto por parte de la doctrina como por parte de la práctica cotidiana de los Juzgados, por la insuficiencia de la masa activa para hacer frente ni tan siquiera a las deudas contra la masa. Conforme al artículo 176.1.4º la inexistencia de bienes y derechos del concursado dará lugar a la conclusión del concurso. Autores como el profesor Beltrán⁶² consideran que entre las responsabilidades de la administración concursal se encuentra la de no incrementar las deudas contra la masa, cuando se prevea que dichos créditos pueden frustrar cualquier posibilidad de pago parcial de los créditos concursales».

2.2.9.2. Pago de créditos concursales

Se atiende a la clasificación de créditos (arts. 89 a 92), además de regular el tratamiento del acreedor garantizado o con derechos de crédito en varios concursos de deudores solidarios, así como la coordinación en el pago de acreedores que fueron atendidos parcialmente en fase de convenio frustrado.

2.2.9.2.1. Pago de créditos con privilegio especial

Artículo 155. «1. El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva». Según la mejor doctrina, se trata de créditos singularmente privilegiados.

«2. No obstante..., en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 [un año desde la declaración de concurso] o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo [igual plazo de un año], la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial».

⁶¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., op. cit., pág. 2435.

⁶² BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., op. cit., págs. 2437 y 2438.

Disposición de buena voluntad, que presume la existencia de tesorería para el pago de lo adeudado a la fecha de ejercicio de esta opción y de previsiones financieras favorables para asumir el pago de posteriores vencimientos.

«3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial [lo que puede suceder cuando de promotor inmobiliario se tratase, entre otros casos], el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados [deudor y acreedores], podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva [No parece necesario el consentimiento del acreedor para el cambio del deudor]. De no autorizarla en estos términos [es decir, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente, que puede facilitar la operación de venta], el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos [de quedar remanente, se destinará al pago de los acreedores, siguiendo el orden general establecido, es decir, créditos contra la masa, con privilegio general, ordinarios y subordinados]. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros [en general, *prior tempore potior iure*, aunque se plantean dudas sobre la concurrencia de garantías sin fecha fehaciente, como la relativas a los créditos refaccionarios de los trabajadores]. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta [a la hipoteca legal tácita se refiere el art. 78⁶³ de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y conviene consultar los arts. 158⁶⁴ a 190 de la Ley Hipotecaria, así como el art. 9.1.e)⁶⁵ de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal]».

«4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta [por el Juez del concurso], salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado [parece que el precio pactado,

⁶³ «En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior».

⁶⁴ «Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter. Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho...».

⁶⁵ «Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3o, 4o y 5o de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores. El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación».

según doctrina autorizada, será el que conste en el documento causa del privilegio especial, pero puede interpretarse, cuando el deudor no haya sido suspendido, como precio pactado entre el concursado y la administración concursal, aunque también puede considerarse el precio de venta acordado entre la administración concursal y el titular del crédito con privilegio especial]. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto [arts. 645, 646 y concordantes de la LEC] y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar [se respetarán, por tanto, los principios inspiradores de la subasta pública]».

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁶⁶, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, sobre el pago de los créditos con privilegio especial, se presenta la siguiente: «SEXTA CONCLUSIÓN: El artículo 155 de la LC debe entenderse conforme a lo siguiente: En su apartado segundo la referencia a “amortización” lo será en sentido vulgar y no técnico o financiero. La referencia a “en caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial” deberá entenderse como regla de realización inmediata. En su apartado tercero, la autorización de enajenación debe entenderse de forma depurada de tal forma que los impuestos que graven dichas operaciones deberán detraerse del precio obtenido de tal forma que el remanente resultante sea limpio y se acumule a la masa activa»

2.2.9.2.2. Pago de créditos con privilegio general

Artículo 156. «Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número». Consecuentemente, se atenderán los créditos con privilegio general, pero una vez satisfechos los créditos contra la masa devengados, vencidos y pendientes de pago. Significa que habrá de esperarse a la fecha de vencimiento de los créditos contra la masa, para iniciar el pago de los créditos con privilegio general, o que deberá retenerse el importe de los créditos contra la masa pendientes de vencimiento, antes de iniciar el pago de los créditos con privilegio general, a no ser que los créditos contra la masa pendientes de vencimiento puedan pagarse anticipadamente (art. 159). Desde luego, lo que no parece necesario es esperar al pago de los créditos con privilegio especial para abordar el pago de los créditos con privilegio general.

2.2.9.2.3. Pago de créditos ordinarios

Artículo 157. «1. El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados. El juez, a solicitud de la administración concursal, en casos

⁶⁶ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

excepcionales podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados. 2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos. 3. La administración concursal atenderá al pago de estos créditos en función de la liquidez de la masa activa y podrá disponer de entregas de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito».

Por tanto, el pago de los créditos ordinarios sólo podrá iniciarse una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, salvo casos excepcionales, a solicitud de la administración concursal, previa autorización del Juez, cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados que no recomiendo (responsabilidad exclusiva de la administración concursal), y serán satisfechos a prorrata, cuando no alcance para su íntegra liquidación, computando, en este reparto, los créditos con privilegio especial no satisfechos con el producto de la garantía, hasta donde alcance, es decir, estos créditos se integran como ordinarios.

2.2.9.2.4. Pago de créditos subordinados

Artículo 158. «1. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. 2. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número».

Consecuentemente, sólo si han sido cancelados los créditos con privilegio especial, los créditos contra la masa, los créditos con privilegio general, los créditos ordinarios y los créditos con privilegio especial no satisfechos con el producto de la garantía, podrá iniciarse el pago de los créditos subordinados, respetando como preferencia entre sí la clasificación dada en los seis ordinales del citado art. 92.

2.2.9.3. Pago anticipado

Artículo 159. «Si el pago de un crédito se realizare antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación, se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal».

El art. 146 dispone el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, como efecto de la apertura de la liquidación, con la finalidad de hacer posible el cumplimiento del capítulo II del título V de la Ley concursal, dedicado a la fase de liquidación, que comprende, además, el pago a los acreedores. Sin lo dispuesto en este precepto sobre vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, no sería posible terminar la liquidación hasta que vencieran todos los créditos concursales.

El art. 159 se refiere a la fecha de vencimiento contractual de los créditos concursales, cuando fuese posterior a la fecha de apertura de la liquidación, que produce su vencimiento anticipado, e incluye los créditos contra la masa, que serán satisfechos a sus respectivos vencimientos (art. 154.2), pues no distingue entre ambas clases de créditos (concurales o contra la masa), cuando permite su pago antes del vencimiento. Es decir, este precepto faculta a la administración concursal para el pago anticipado a su vencimiento de los créditos concursales y, también, de los créditos contra la masa,

aunque en este último caso deberá hacerlo respetando el orden de preferencia según vencimientos.

Una cuestión previa se suscita, en relación con estos pagos anticipados al vencimiento de la obligación, relativa a la cuantía del crédito que debe reconocerse en el concurso. Me parece bastante seguro que el crédito insinuado o comunicado por el acreedor, así como la fecha de vencimiento (art. 85.3), si ha sido verificado y reconocido, deberá incluirse en la lista de acreedores por su valor nominal, es decir, principal e intereses, y se expresará la fecha de origen y vencimiento (art. 86 y 94.2), pese a algunas prácticas, a mi juicio, desacertadas, de aplicar el art. 88.4⁶⁷, que se refiere a otras obligaciones, en general, relacionadas con las derivadas de compromisos de pensiones o rentas vitalicias y temporales, sus complementos, deudas por alimentos (concurrido alimentista), etc. La lista de acreedores o su texto definitivo, que conforma la masa pasiva del concurso (art. 49), debe servir:

a) A los acreedores que se hubiesen adherido a la propuesta anticipada de convenio para el ejercicio del derecho de revocación de su adhesión (art. 108).

b) Para que el Juez verifique si las adhesiones presentadas a la propuesta de convenio anticipada alcanzan la mayoría legalmente exigida (art. 109).

c) Los acreedores, cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, podrán presentar ante el Juzgado que tramite el concurso propuesta de convenio (art. 113).

d) Para tener derecho de asistencia a la junta de acreedores (art. 118) y para la formación de la lista de asistentes (art. 119).

e) Para determinar los acreedores que carecen del derecho a voto en la junta (art. 122), así como la identidad de los acreedores privilegiados (art. 123).

f) Para determinar las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio (art. 124 y 125).

En lo que se refiere a los métodos para calcular el descuento correspondiente, resulta imperativa la aplicación del tipo de interés legal. Me parece lo mas seguro, como *dies a quo* la fecha del pago anticipado y como *dies a quem* la fecha de vencimiento convencional.

Tomillo⁶⁸ estudia los sistemas que formula la doctrina, a saber: a) método Karpzow o el descuento comercial, similar al utilizado en la negociación de efectos (letras y pagarés), en el que se parte del nominal y se computa como tiempo el que medie entre el vencimiento contractual y la fecha del pago adelantado; b) método Hoffmann o de descuento racional a interés simple, que proclama la equivalencia entre el valor actual del crédito, en la fecha de pago, al que tomado el interés legal devengado hasta el vencimiento convencional, nos proporciona el valor nominal; c) método Leibnitz o de descuento racional a interés compuesto, que busca el valor efectivo actual (en la fecha de pago) y su equiparación financiera con el valor nominal a término, utilizando el tipo de interés legal en fórmula de interés compuesto. Desde la práctica financiera, resulta aplicable la fórmula de valor actual de un capital futuro: $C / (1+0,05)^n$,

⁶⁷ Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones dinerarias futuras se computarán por su valor a la fecha de la declaración de concurso, efectuándose la actualización conforme al tipo de interés legal vigente en ese momento.

⁶⁸ TOMILLO URBINA, Jorge Luis, El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra. Madrid, Civitas, 1996, págs. 131-140.

siendo C, la deuda pendiente de pago con vencimiento aplazado, y n, los años calculados desde la fecha del pago anticipado (*dies a quo*) hasta su vencimiento (*dies ad quem*). Cuando se trate de cantidades a percibir en varios plazos, se acudirá a la fórmula de cálculo del valor actual de una renta post-pagable: $C \times 1 - (1 + 0.05)^{-n} / 0.05$, siendo C, las cuotas pendientes de cobro, y n, el número de años de los vencimientos respectivos.

2.2.9.4. Derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario

Artículo 160. «El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos, hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de éste». Es decir, se antepone el derecho del acreedor al cobro de lo que le reste por percibir, frente al crédito del fiador, avalista o deudor solidario, nacido de la subrogación. Respecto de tales codeudores solidarios, no se produce el vencimiento anticipado, es decir, contra ellos sólo podrá dirigirse el acreedor afianzado cuando la obligación principal haya vencido.

2.2.9.5. Pago de crédito reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios

Artículo 161. «1. En el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito. 2. La administración concursal podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos. 3. El deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho».

Aunque es un texto que no ofrece dificultades de entendimiento, puede acudirse a Soto Vázquez⁶⁹, el cual explica los efectos de la quiebra, en relación con los deudores solidarios:

«1) Quiebra de uno solo de los deudores solidarios: El acreedor o acreedores solidarios conservarán sus derechos para dirigirse contra los coobligados no insolventes al vencimiento normal de la respectiva obligación. Sólo en el caso de que se le hubiese condonado, total o parcialmente, su deuda al insolvente, la reclamación contra el resto de los codeudores solidarios no puede incluir la porción condonada. Esto supone, en virtud del artículo 1145 del CC, que los deudores in bonis pueden insinuarse, cuando el acreedor común haya quedado totalmente satisfecho en la quiebra del insolvente por el importe que pagaron, y que a este último correspondía satisfacer (art. 1213 CC).

2) Quiebra de varios de los obligados solidarios: Presenta una única especialidad con respecto a lo expuesto con anterioridad, a saber, que el acreedor podrá insinuarse en cada uno de los procedimientos por la totalidad de su crédito, por lo que únicamente podrá reclamar al resto de los codeudores in bonis el importe de lo no percibido, si es que algo hubiese cobrado de los deudores declarados en quiebra. Lógicamente, no resulta admisible que la suma de lo obtenido en todos los procedimientos rebase el importe del crédito.

⁶⁹ SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo, Aspectos concursales del patrimonio del insolvente. Quiebras y concurso de acreedores, 2.ª ed., Granada, Comares, 1998, págs. 298-308.

3) Quiebra de todos los obligados solidarios: Rigen las mismas normas que en el caso anterior, salvo que no hay deudores in bonis, por lo que todos los deudores solidarios reciben idéntico tratamiento, pudiendo el acreedor insinuarse en todos los procedimientos de quiebra por la totalidad de su crédito.

4) Caso especial de que uno de los coobligados hubiese efectuado un pago parcial, no nulo por virtud de las acciones de retroacción o rescisión, antes de declararse la quiebra: El acreedor no podrá insinuarse en ninguno de los procedimientos de quiebra sino por el importe de lo que le resta percibir».

2.2.9.6. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio

Artículo 162. «1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores». Quiere decir que se legitiman los pagos realizados en cumplimiento de convenio frustrado, con las salvedades indicadas (fraude, etc.).

«2. Quienes hubieran recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente». *Pars conditio creditorum* paradigmático, pues pone en pie de igualdad a los acreedores que cobraron del concursado parte de sus créditos, durante la vigencia del convenio, cumplido parcialmente, con quienes no fueron satisfechos en la misma proporción o porcentaje equivalente, dentro de igual clasificación crediticia.

2.2.9.7. Forma de pago de créditos

En cuanto a la forma de pago a los acreedores, será la usual en el mercado, es decir, cheque, pagaré o transferencia, con anotación en el título, en su caso.

El medio de pago habitual será dinerario (en moneda de curso legal), pero no hay que descartar la compensación, cuando el acreedor sea deudor del concursado a la fecha de cumplimiento de la obligación. Más problemática sería la aceptación como forma de pago de la dación de bienes o derechos en pago o para pago, debido a que supone renuncia a la competencia judicial y de los órganos administradores del concurso para la realización de la masa activa en fase de liquidación.

3. Conclusión de procedimiento concursal

Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones por la aplicación inmediata de los siguientes supuestos, anudados a la liquidación, del art. 176 de la Ley concursal:

«3º *En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio*». Solución extraordinaria e infrecuente en la práctica concursal reciente.

«4º *En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores*». Situación frecuente en la práctica concursal conocida.

El art. 176.2 dispone: *«En los tres últimos casos del apartado anterior, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas».*

El art. 176.3 establece: *«No podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión».*

El art. 176.4 preceptúa: *«El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda».*

El art. 178 establece: *«1. En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación. 2. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. 3. En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme».*

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁷⁰, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia: «21º.- Llegada la conclusión del concurso, cuando éste se concluya anticipadamente por falta absoluta de activo, ¿se ha de acordar en todo caso la extinción de la persona jurídica prevista en el art. 178.3 LC? Los gastos registrales que ello origine, así como los de depósito de libros, art. 247.5 RRM, ¿deben ser asumidos en todo caso por el procurador de la concursada?»

En primer término, resulta llamativo que cuando el concursado acude al proceso concursal con tal retraso y falta de diligencia que hace ya imposible incluso tramitar el proceso por falta absoluta de activo, e incluso satisfacer los derechos de la administración concursal, la consecuencia de la conclusión anticipada del concurso sea la extinción de la persona jurídica, art. 178.3 LC, supliendo así de oficio la falta de diligencia del administrador social, que de ese modo ve disuelta la sociedad, después de abandonarla en el concurso.

Por otra parte, la conclusión del concurso genera unos gastos de registro y depósito de libros, los que en ocasiones no pueden ser satisfechos siquiera por la inexistente masa activa. Se apunta en tales casos la posibilidad de compeler al procurador de la

⁷⁰ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

concurada para satisfacer esos gastos, ya que el art. 26.2.7º LEC le impone el deber de satisfacer todos los gastos del proceso, con la única excepción de los de abogado y peritos, y el art. 29 LEC presupone que ha existo provisión de fondos con la aceptación del poder por el procurador. No obstante, estos profesionales se muestran disconformes con esta posibilidad».

4. Aspectos contables de la liquidación

Recuerdo que la apertura de la liquidación, si el concursado fuese persona jurídica, es causa de su disolución y del cese de administradores o liquidadores sociales, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3), entre otros efectos comentados precedentemente. Consecuentemente, la administración concursal, durante la fase de liquidación, además de proceder de conformidad con lo dispuesto en la Ley concursal, deberá cumplir lo dispuesto en los arts. 272 y 273, del TRLSA⁷¹, en la medida que resulte compatible.

4.1. Registros y documentos contables

El órgano responsable de la formulación del estado de cuentas de la liquidación, cesados los administradores o liquidadores sociales por la apertura de la liquidación y declarada disuelta la sociedad concursada, será la administración concursal, que implica el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 25 a 39⁷² del C. de C., sobre llevanza contable, y demás concordantes del TRLSA (arts. 171 a 201⁷³), en su caso, así como someter a auditoría las cuentas anuales que formule, cuando sea obligatoria, pese a la discutible doctrina administrativa del ICAC⁷⁴, que exonera a las sociedades disueltas de

⁷¹ Artículo 272. Funciones de los liquidadores. Incumbe a los liquidadores de la sociedad: a) Suscribir, en unión de los administradores, el inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar sus funciones con referencia al día en que se inicie la liquidación; b) Llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad, y velar por la integridad de su patrimonio; c) Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad, d) Enajenar los bienes sociales...; e) Percibir los créditos y los dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación. También podrán exigir el pago de otros dividendos hasta completar el importe nominal de las acciones en la cuantía necesaria para satisfacer a los acreedores; f) Concertar transacciones y arbitrajes, cuando así convenga a los intereses sociales [con autorización del Juez del concurso]; g) Pagar a los acreedores y a los socios ateniéndose a las normas que se establecen en... [la Ley concursal]; h) Ostentar la representación de la sociedad para el cumplimiento de los indicados fines.

Artículo 273. Información de la liquidación. 1. Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios..., por los medios que en cada caso se reputen más eficaces, el estado de la liquidación. Ambas medidas de publicidad completarán las establecidas en el artículo 263; 2. Si la liquidación se prolongase por un plazo superior al prevenido para la redacción del balance anual, los liquidadores formalizarán y publicarán en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» un estado de cuentas que permita apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación.

⁷² En la citada Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se modifican algunos de los referidos arts. del C. de c.

⁷³ En la citada Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se modifican o derogan algunos de los referidos arts. del TRLSA.

⁷⁴ Consulta número 2 del BOICAC número 12: «Sobre la obligatoriedad no de auditar las cuentas anuales de una Sociedad de Inversión Mobiliaria que, sometida en principio a tal obligación en base a lo establecido en la Disposición Adicional Primera. 1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, se encuentra en estado de liquidación. Respuesta: A este respecto, hemos de señalar en primer lugar que a la disolución y liquidación de la Sociedad de Inversión Mobiliaria le es de aplicación la regulación contenida en el capítulo IX del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al tener este texto legal carácter supletorio respecto de lo no previsto en la Ley 46/84 reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva y no contener la citada ley regulación expresa sobre la disolución y liquidación de Sociedades de Inversión Mobiliaria. Por otra parte, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas regula de

formular cuentas anuales y de auditoría (BOICAC N° 12, marzo de 1993), objeto de contradicción doctrinal⁷⁵, que discrepa del criterio administrativo expuesto y sostiene lo contrario, es decir, que las sociedades disueltas deben formular cuentas anuales y, en su caso, auditarlas.

Sin ánimo de polemizar, se plantea la cuestión de si procederá la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría o el nombramiento de un auditor de cuentas, para que efectúe la revisión de cuentas de un determinado ejercicio (las primeras que se preparen después de la declaración de concurso), de una SA o SRL declarada en concurso y en fase de liquidación, cuando se solicitase del Registrador Mercantil, al amparo del art. 205 del TRLSA, y que se regula en los arts. 350 a 362 del vigente RRM. También, si la entidad declarada en concurso hubiese acordado su disolución y se encontrase en liquidación ¿quedará eximida de realizar auditoría a las primeras que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal? La respuesta es afirmativa, en mi modesta opinión, aunque conviene volver sobre el supuesto anterior de solicitud de auditores de cuentas al Registro Mercantil, por parte de socios, y traer a colación el criterio del Registro Mercantil de Vizcaya, en Resolución de fecha 18 de abril de 2006: «1 °.- Respecto a la inexistencia de obligación de formular cuentas basándose en su interpretación de los artículos 273 y 172 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha de establecerse que el artículo 273 habla de “un estado de cuentas”, que si bien no recoge literalmente el artículo 172 de la L.S.A., sin embargo, sí establece la necesidad de formular unas cuentas anuales, en las que si bien, quizás, no sean aplicables en toda su extensión los preceptos del artículo 172 de la LSA, sí han de recogerse los estados contables, y siendo así, no se aprecia razón alguna que le excluya de la obligación de auditar. 2°.- Respecto a la inexistencia de obligación, conforme al ICAC, el que no exista obligación de auditar, no implica en ningún supuesto, que no sea aplicable el derecho reconocido a la minoría en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil...».

Si no se hubiese decidido, con anterioridad a la apertura de la liquidación, la administración concursal deberá abandonar la aplicación del principio de empresa en funcionamiento y, particularmente, el de precio de adquisición, a lo que autoriza el

forma específica la liquidación de sociedades estableciendo un procedimiento con fisonomía propia regido por disposiciones especiales contenidas en los artículos 266 a 281 del citado texto legal. Dichas disposiciones establecen la sustitución de los administradores por la figura de los liquidadores, que constituyen el órgano gestor y representativo de la sociedad disuelta, ocupando una posición jurídica muy parecida a la que tienen los administradores durante el período de vida social activa. Asimismo, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas prevé, en su artículo 269, un sistema de vigilancia de los liquidadores consistente en que los accionistas minoritarios y los obligacionistas puedan controlar las operaciones de liquidación a través de interventores encargados de la fiscalización de dichas operaciones y de la censura del balance final de la liquidación, con lo cual los interventores vienen a sustituir con sus actuaciones a los auditores de cuentas previstos en la ley para el período de actividad de la sociedad anterior al acuerdo de disolución de la misma. Igualmente, la función de los auditores decae al no existir, a partir de la entrada de la sociedad en período de liquidación, obligación de formular cuentas anuales de acuerdo con el régimen general y sustituyéndose las mismas por un balance final de liquidación, que será censurado por los interventores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 274 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En consecuencia, este Instituto considera que la obligación de someter a auditoría las cuentas anuales de una sociedad no rige cuando dicha sociedad se encuentre en período de liquidación».

75 ALARCÓN Y ELORRIETA, José Ignacio, «La auditoría en período de liquidación», Partida Doble, núm. 51, diciembre 1994, págs. 51-52, y FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, «La contabilidad en el concurso de acreedores», Anuario de Derecho Concursal, núm. N° 8, 2006, págs. 49-96, Editorial Thomson –Civitas, Cizur Menor, Navarra.

apartado 2 del art. 38⁷⁶ del C. de C., pues resultará obligado se observen criterios de valoración liquidativos en la formulación de las cuentas anuales o estados financieros intermedios, disuelta la entidad jurídica, incluso cuando se hubiese autorizado por el Juzgado la continuidad de sus actividades, durante la fase común, que deviene ineficaz en la fase de liquidación, según el art. 277⁷⁷ del TRLSA, señalándose así en la memoria y explicando su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. En la aplicación de criterios de valoración liquidativos, para la masa activa, se tomará en consideración el valor atribuido en el informe o en los textos definitivos de la administración concursal, que pudieron fundarse en tasaciones periciales de determinados bienes del inmovilizado y circulante, encargadas a expertos independientes.,

Respecto a la masa pasiva, además de los efectos por el vencimiento anticipado de las deudas, que aconseja reclasificar las mismas, en su caso, atendiendo a su nuevo vencimiento (de largo plazo a corto, en general), se efectuarán las dotaciones de provisiones para riesgos y gastos, con especial atención a las de carácter laboral (finiquitos e indemnizaciones), en su caso. En cuanto a los acreedores, y su registro contable, conviene abrir las rúbricas “créditos concursales”, con tantas subcuentas como resulten de la clasificación, y “créditos contra la masa”; la primera “créditos concursales”, para traspasar a la misma todos los saldos que sean incluidos en la lista de acreedores, y la segunda, “créditos contra la masa”, para destinarla al registro de las obligaciones de la masa, por el orden de sus vencimientos.

5. Aspectos tributarios en la liquidación

La Ley concursal afecta a varios sectores del ordenamiento jurídico español, entre ellos, el tributario, con alguna incidencia en la liquidación concursal.

La LGT y las leyes que regulan los diversos impuestos no distinguen la patología del sujeto pasivo o del obligado tributario. Para la cumplimentación de las declaraciones de determinados impuestos (Retenciones de impuestos personales sobre la renta, IVA e Impuesto sobre Sociedades), declarado el concurso, se precisa una administración empresarial que utilice como instrumento la contabilidad.

He mencionado la modificación de Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que exonera de posterior comprobación administrativa, los valores formalizados en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan como consecuencia de las fases de convenio o liquidación concursal, y será de aplicación, básicamente, en el concurso de deudores no empresarios o profesionales, pues si lo fueren, simplificando, dichas transmisiones estarán sujetas a IVA.

Conviene resaltar que, durante la fase de liquidación, los administradores concursales serán responsables solidarios del cumplimiento de los deberes fiscales del deudor y, en su caso, para con la Tesorería General de la Seguridad Social. El cumplimiento de los deberes tributarios del deudor declarado en concurso, una vez

⁷⁶ En la citada Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable, para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, como he indicado, se modifica el art. 38 del C. de c.

⁷⁷ Funciones de los liquidadores. c) Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.

abierta la fase de liquidación, se traslada a los administradores concursales. Me refiero, particularmente, a las declaraciones-liquidaciones de las retenciones e ingresos a cuenta de los impuestos personales sobre la renta, del IVA y del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades, así como otras obligaciones de proporcionar información (Relación Anual de Operaciones con Terceros, etc.) y de comparecer ante la Inspección de Hacienda, en sus actuaciones de comprobación e investigación. Esta responsabilidad se establece en el art. 43.1 c) *in fine* de la LGT.

5.1. Disposiciones finales

Entre las disposiciones finales de dicha Ley, algunas se refieren al crédito tributario y pueden incidir en esta fase liquidatoria.

5.1.1. Responsabilidades tributarias o de la TGSS por sucesión empresarial o profesional

La disposición final undécima modifica la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, que ha sido derogada⁷⁸.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone: «Artículo 42. Responsables solidarios. 1. Serán **responsables solidarios** de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:... c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175⁷⁹ de esta Ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad. La responsabilidad a que se refiere el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los supuestos de sucesión por causa de muerte, que se regirán por lo establecido en el artículo 39 de esta Ley. **Lo dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal**» [Interés del concurso].

Llama la atención el cambio habido de responsabilidad subsidiaria a solidaria, injustificadamente, me parece, de las personas que sucedan en el ejercicio de actividades económicas, por las obligaciones tributarias del anterior titular. Sin

⁷⁸ Derogada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ha entrado en vigor el 1/07/2004.

⁷⁹ «2. *El que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, tendrá derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo*».

embargo, interesa destacar que dicha responsabilidad no será exigible a los adquirentes de actividades económicas a un deudor concursado, cuando la adquisición haya tenido lugar en un procedimiento concursal (por convenio o liquidación, generalmente).

Ahora conviene resaltar que se echa en falta una disposición similar respecto de responsabilidades de la misma naturaleza con la Tesorería General de la Seguridad Social (arts. 104 y 127 del TRLGSS), aunque la SAP de Barcelona, de fecha 29 de noviembre de 2007, considera que al Juez del concurso le corresponde no sólo aprobar el plan de liquidación, conforme al art. 148 LC, sino también dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro puede pronunciarse sobre los efectos o las condiciones en que se enajena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal, en este caso el art. 149.2 LC, y si la enajenación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el Juez del concurso quien aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa, a los efectos de que el adquirente se subrogue en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, así como que en el ejercicio de esta competencia es lógico que se pronuncie sobre alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida en que están directamente relacionadas con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO: La parte dispositiva del auto de 26 de abril de 2007 es del tenor literal siguiente: “Que debía acordar y acordaba APROBAR el plan de liquidación formulado por la administración concursal del concurso de LLAMAS S.L.U., al que habrán de sujetarse las operaciones de liquidación de la masa activa, con las modificaciones y observaciones que se contienen en los fundamentos de derecho de esta resolución. Hágase entrega a la administración concursal de las ofertas que obran unidas al expediente para que sean valoradas en la forma contemplada en el plan”.

El auto de 10 de mayo de 2007 dispone lo siguiente: "Que debía acordar y acordaba ADJUDICAR a ENVASES LLAMAS, S.L. por la cantidad de 1.800.000 euros, la unidad productiva de la concursada LLAMAS, S.L.U., en los términos que se exponen en el Fundamento de Derecho de esta resolución. Se hace constar que se excluyen los efectos de la sucesión empresarial y, en consecuencia, que el adquirente no se subrogará en los créditos salariales pendientes de pago a los trabajadores, en las indemnizaciones por extinción acordadas en cualquiera de los expedientes de regulación de empleo y en las deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social. Hágase saber al adjudicatario que deberá consignar la cantidad ofrecida en el plazo de 20 días".

A su vez el auto de 31 de mayo de 2007, aclaratorio del anterior, dispone: "Que debía acordar y acordaba aclarar el auto de fecha de 10 de mayo en los siguientes términos:

1º) Que la adjudicación a ENVASES LLAMAS, S.L. se realiza libre de cargas y gravámenes, por cuanto sólo subsisten las hipotecas unilaterales a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social y de la Agencia Tributaria sobre la maquinaria que se ha excluido de la adjudicación.

2º) Que el número de trabajadores asumidos por la adjudicataria es de 89.

3º) Que la subrogación de los derechos de los trabajadores se realizará en la forma contemplada en el punto cuarto de la oferta, esto es, manteniendo la antigüedad laboral con una reducción salarial media del 10% sobre la retribución total correspondiente al ejercicio 2006, según los términos que figuran en dicha oferta.

4º) En cuanto a la exclusión de efectos de la sucesión empresarial, se hace constar que la adjudicataria no se subrogará en la indemnización por traslado que tenían reconocida los trabajadores que no serán subrogados por la empresa.

5º) Se hace constar que la adjudicación comprende la cesión al adjudicatario ENVASES LLAMAS, S.L.U. de Todas las licencias de actividad y funcionamiento concedidas por las Administraciones públicas a LLAMAS, S.L.U.

6º) Los bienes incluidos en la unidad productiva son los que figuran en el anexo de esta resolución, excluidos los identificados como datos en garantía a la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria.

7º) Se mantienen el resto de los pronunciamientos”.

Y el auto de 2 de julio de 2007 dispone que: "Debía acordar y acordaba DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha 10 de mayo, que se confirma íntegramente".

SEGUNDO: Contra las anteriores resoluciones se interpuso recurso de apelación por la representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que fue preparado y formalizado conforme a la vigente LEC. Recibidas las actuaciones y formado en la Sala el Rollo correspondiente se procedió a señalar la votación y fallo para el día 28 de noviembre de 2007.

Ponente el limo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO: Lo que la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) impugna al recurrir el auto que aprobó el plan de liquidación y el posterior de adjudicación de una unidad productiva es la decisión de excluir los efectos de, la sucesión empresarial y, en consecuencia, que el adquirente no se subrogue no sólo en los créditos salariales pendientes de pago a los trabajadores y en las indemnizaciones por extinción acordadas en cualquiera de los expedientes de regulación de empleo, sino también en las deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Las razones esgrimidas por la TGSS en sus recursos son:

1º Según la normativa sobre Seguridad Social, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS (RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio), el adquirente de una industria, unidad productiva o negocio es responsable solidario respecto del pago de las deudas pendientes con la TGSS.

2º No existe ninguna norma que permita excluir la responsabilidad solidaria del adquirente de una explotación, industria o negocio respecto de las deudas de Seguridad Social, ni siquiera cuando la adquisición se verifica en un procedimiento concursal, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de deudas (salarios e indemnizaciones laborales).

3º El Juez Mercantil carece de competencia para declarar si en un supuesto de adquisición de industria, unidad productiva o negocio procede o no la responsabilidad del adquirente por las deudas de la Seguridad Social.

SEGUNDO: Tiene razón la TGSS de que fuera del ámbito concursal la normativa legal propia, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS, expresamente prevén que respecto de los créditos que tuviera por cotizaciones, cuando se produzca una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, existirá sucesión de empresa y consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con la Seguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere. Una previsión paralela a esta podemos encontrarla en el actual art. 42 LGT, respecto de los créditos tributarios, y en el art. 44 ET, respecto de los créditos laborales.

Este régimen general, que se regula por la normativa sectorial, queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma

especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, realizada dentro de un plan de liquidación (art. 148 LC) o por aplicación de las reglas supletorias del art. 149 LC, se lleve a cabo mediante la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva.

La venta de empresa o de una unidad productiva no deja de ser un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa. De hecho, tal y como se recoge en la exposición de motivos, "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" (E.m. VII LC). Es precisamente el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización.

Primero, el art. 149.1.1ª LC, al regular las reglas legales supletorias de la liquidación, antepone claramente la venta de empresa o de unidades productivas a la enajenación aislada o en lotes de los elementos del activo. Y después, el art. 149.2 LC regula los efectos de tales ventas de empresa o de unidades de producción, disponiendo que "se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa", sin perjuicio de reconocer al Juez del concurso la facultad de "acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores".

Con ello, claramente, la Ley concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar, alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos. Y ello es así como consecuencia de la lógica del concurso que busca dar una solución común al problema ocasionado con la insolvencia del deudor común para sus acreedores, articulando un procedimiento que facilite un convenio y, si no es posible o no se llega a cumplir, una liquidación universal del activo o el deudor. La liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de la par condicio creditorum, según las reglas de pago derivadas de la clasificación de créditos y de la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues de otro modo, se alteraría la par condicio creditorum.

Así se entiende que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LC regule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad

productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. Según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal.

No obstante, el art. 149.2 LC permite que el juez en el auto de adjudicación pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso.

Esta normativa nacional no contradice la normativa comunitaria, constituida originariamente por Directiva 77/187, de 14 de febrero, que ha experimentado diferentes reformas, entre otras la Directiva 98/50 de 29 de junio (que contempla las transmisiones de empresa en concurso), y que han quedado refundidas en el texto consolidado aprobado por la Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo de 2001). La Directiva, que pretende asegurar la continuidad de los contratos de trabajo tras la transmisión de la empresa o la unidad productiva en la que se trabaja, para lo cual se prevé la subrogación contractual laboral del cesionario en la posición empresarial del cedente, que asume la condición de empleador, permaneciendo inalteradas las condiciones de trabajo anteriores a la transmisión, en situaciones concursales reduce los estándares de protección para el trabajador siempre que con ello se consiga la continuación de la empresa, y con ello el mantenimiento de la mayor parte de los puestos de trabajo (art. 5).

En este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral; no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social. Podría haberlo hecho, como la Ley General Tributaria que expresamente lo prevé en el último párrafo de su art. 42.1, pero ello no es necesario, pues como ya hemos apuntado en caso de concurso la norma especial, que regula no sólo el procedimiento concursal sino también sus efectos, es la Ley Concursal, que expresamente ha sido promulgada bajo el principio de unidad legal, de que sea esta Ley la Única que regule el concurso de acreedores y sus efectos.

TERCERO: Al Juez del concurso le corresponde no sólo aprobar el plan de liquidación, conforme al art. 148 LC, sino también dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro puede pronunciarse sobre los efectos o las condiciones en que se enajena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal, en este caso el art. 149.2 LC. Fuera del concurso, el Juez Mercantil carece de competencia para decidir sobre la procedencia de la consideración de sucesión de empresa en caso de transmisión de una unidad productiva, a los efectos de que el adquirente se subrogue en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, pero si la enajenación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el Juez del concurso quien aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa. En el ejercicio de esta competencia es lógico que se pronuncie sobre alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida en que están directamente relacionadas con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC. .

CUARTO: Desestimado el recurso de apelación procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.1 LC.

PARTE DISPOSITIVA: DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra el auto de aprobación del plan de liquidación de 26 de abril de 2007 y contra el auto de fecha 2 de julio de 2007 que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al auto de adjudicación de 10 de mayo de 2007, dictados por el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, que CONFIRMAMOS, con imposición de costas a la parte apelante.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia y con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por éste nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

5.1.2. Comprobación tributaria de valores

La disposición final duodécima modifica el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en los términos siguientes:... 2. Se añade un apartado 5 al artículo 46⁸⁰ con la siguiente redacción: «5. Se considerará que el valor fijado en las resoluciones del juez del concurso para los bienes y derechos transmitidos corresponde a su valor real, no procediendo en consecuencia comprobación de valores, en las transmisiones de bienes y derechos que se produzcan en un procedimiento concursal, incluyendo las cesiones de créditos previstas en el convenio aprobado judicialmente y las enajenaciones de activos llevadas a cabo en la fase de liquidación» [Interés del concurso].

Se exoneran, por tanto, de posterior comprobación administrativa, los valores formalizados en sede concursal, es decir, los precios acordados en las enajenaciones de bienes y derechos objeto de liquidación concursal, y será de aplicación, básicamente, en el concurso de deudores no empresarios o profesionales, pues si lo fueran dichas transmisiones estarán sujetas a IVA, simplificando.

5.2. Facturas rectificativas del Impuesto sobre el Valor Añadido

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dedica el art. 7 a la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, e introduce las siguientes modificaciones: Primero. Con efectos a partir del día 1 de enero de 2004... Tres. Se modifica el segundo párrafo del apartado

⁸⁰ Artículo 46. [Régimen general] «1. La Administración podrá, en todo caso, comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos o, en su caso, de la operación societaria o del acto jurídico documentado. 2. La comprobación se llevará a cabo por los medios establecidos en el artículo 52 de la Ley General Tributaria (RCL 1963, 2490). Si de la comprobación resultasen valores superiores a los declarados por los interesados, éstos podrán impugnarlos en los plazos de reclamación de las liquidaciones que hayan de tener en cuenta los nuevos valores. Cuando los nuevos valores puedan tener repercusiones tributarias para los transmitentes se notificarán a éstos por separado para que puedan proceder a su impugnación en reposición o en vía económico-administrativa o solicitar su corrección mediante tasación pericial contradictoria y, si la reclamación o la corrección fuesen estimadas en todo o en parte, la resolución dictada beneficiará también a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 3. Cuando el valor declarado por los interesados fuese superior al resultante de la comprobación, aquél tendrá la consideración de base imponible. 4. Si el valor obtenido de la comprobación fuese superior al que resultase de la aplicación de la correspondiente regla del Impuesto sobre el Patrimonio, surtirá efecto en relación con las liquidaciones a practicar a cargo del adquirente por dicho Impuesto por la anualidad corriente y las siguientes».

tres del artículo 80⁸¹, que quedará redactado de la siguiente manera: «Sólo cuando se acuerde la conclusión del concurso por las causas expresadas en el artículo 176.1, apartados 1º, 3º y 5º de la Ley Concursal, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá modificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije reglamentariamente, de una factura rectificativa en la que se repercuta la cuota procedente».

Efectivamente, el artículo 176 de la Ley concursal dispone: «1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:... 3º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio...». El pago o la consignación de los créditos concursales puede tener lugar en la fase de liquidación del concurso y produce la modificación al alza de las facturas rectificativas emitidas por los sujetos pasivos acreedores concursales, al amparo de lo dispuesto en el apartado tres del artículo 80 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y que también ha sido modificado en el referido art. 7 de la mentada Ley 62/2003. Es decir, el sujeto pasivo anteriormente mencionado deberá volver a repercutir el IVA, si lo anuló mediante factura rectificativa, cuando haya recuperado íntegramente el principal (base imponible) y se haya acordado la conclusión del concurso.

5.3. IVA o Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en los arts. 164 a 166, establece determinadas obligaciones de los sujetos pasivos, entre otras, sobre la llevanza de contabilidad, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Comercio y demás normas contables, puntualizando el art. 166⁸² que dicha contabilidad deberá permitir determinar el IVA repercutido y el soportado, así como que las operaciones realizadas deberán contabilizarse dentro de los plazos establecidos para la liquidación y pago del impuesto, confiriendo al Ministerio de Economía y Hacienda la facultad de adaptar o modificar las obligaciones registrales.

El Reglamento del IVA, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, dedica los arts. 62 a 70 a las obligaciones contables de los sujetos pasivos e

⁸¹ Artículo 80.- Modificación de la base imponible. «Tres. La base imponible podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte providencia judicial de admisión a trámite de suspensión de pagos o auto judicial de declaración de quiebra de aquél. La modificación, en su caso, no podrá efectuarse, en el supuesto de una suspensión de pagos, después del decimoquinto día anterior al de celebración de la Junta de Acreedores, ni tratándose de una quiebra, después del duodécimo día anterior a la celebración de la Junta de examen o reconocimiento de créditos, ni tampoco después de la aprobación del Convenio si se realizara con anterioridad a dicha Junta. **Sólo cuando por cualquier causa se sobresea el expediente de la suspensión de pagos o quede sin efecto la declaración de quiebra, el acreedor que hubiese modificado la base imponible deberá rectificarla nuevamente al alza mediante la emisión, en el plazo que se fije misma proporción que la parte de contraprestación satisfecha...**».

⁸² «Obligaciones contables. Uno. La contabilidad deberá permitir determinar con precisión: 1.º El importe total del Impuesto sobre el Valor Añadido que el sujeto pasivo haya repercutido a sus clientes. 2.º El importe total del impuesto soportado por el sujeto pasivo. Dos. Todas las operaciones realizadas por los sujetos pasivos en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales deberán contabilizarse o registrarse dentro de los plazos establecidos para la liquidación y pago del impuesto. Tres. El Ministro de Economía y Hacienda podrá disponer adaptaciones o modificaciones de las obligaciones registrales de determinados sectores empresariales o profesionales».

impone el deber a empresarios y profesionales de llevar los siguientes libros registros: 1.º de facturas emitidas; 2.º de facturas recibidas; 3.º de bienes de inversión; y, 4.º de determinadas operaciones intracomunitarias. El destino específico de los libros registros indicados para la Administración tributaria, a mi entender, obliga en sede concursal y, durante la tramitación del concurso, rigen las obligaciones contables previstas en los respectivos tributos.

En general, por tratarse de sujetos pasivos del IVA los deudores declarados en concurso, la realización de bienes y derechos de la masa activa devengarán el IVA correspondiente. Sin embargo, la venta de bienes inmuebles mediante subasta judicial, durante el procedimiento de concurso, constituye una operación sujeta al IVA, aunque puede estar exenta, si se trata de inmuebles que supongan una segunda entrega, en cuyo caso la operación queda sujeta al ITP y AJD, pero siendo posible la renuncia a dicha exención del IVA por el transmitente, lo que determinaría la tributación por este impuesto con exclusión del ITP y AJD (art. 20.dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido).

La venta directa de bienes muebles, durante el concurso, está sujeta al IVA y no exenta, incluso cuando tengan lugar en subasta pública, como se sostiene en la consulta no vinculante de la DGT, de fecha 25.04.1986. Se reitera el mismo criterio en la contestación de la DGT, a consulta informativa, de fecha 3.12.1988: *«Están sujetas al IVA y no exentas del mismo la adjudicación y entrega a la entidad consultante, mediante subasta pública, de los pisos pertenecientes a la sociedad constructora de los mismos»*. Confirma el criterio administrativo expuesto, la resolución del TEAC, de 25.03.1993, que declara la sujeción al IVA de la adjudicación de maquinaria industrial, en virtud de subasta judicial, al tratarse de transmisión parcial de un patrimonio empresarial.

Habida cuenta del fomento legal a la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado (arts. 148.1 y 149.1.1º de la Ley concursal), puede interesar el tratamiento tributario de transmisión de la totalidad del patrimonio.

La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 1.10.1996 (Ponente Gota Losada), presentada en *Quincena Fiscal*⁸³, es comentada por García-Herrera⁸⁴, quien analiza el artículo 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que incluye entre las operaciones no sujetas al impuesto «1º a) La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo realizada en favor de un solo adquirente, cuando éste continúe el ejercicio de las mismas actividades empresariales o profesionales del transmitente», y aprecia que la no sujeción, en este supuesto, es una exención técnica, cuya finalidad o fundamento es evitar problemas de liquidez en el adquirente de la totalidad del patrimonio empresarial, ante la opción, por el legislador español, de la posibilidad ofrecida por el apartado 8 del artículo 5 de la Sexta Directiva del Consejo de las CEE: considerar que la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente. Pero,

⁸³ *Quincena Fiscal*. Aranzadi, núm. 22, diciembre 1996, págs. 25-28.

⁸⁴ GARCÍA-HERRERA BLANCO, Cristina, «La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial y el Impuesto sobre el Valor Añadido (A propósito de la sentencia del TS de 1 de octubre de 1996)». *Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 13, julio 1997, págs. 43-46.

paradójicamente, el artículo 7.5 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RD 1/1993, de 24 de septiembre, considera sujetas a dicho impuesto, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas: «las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA». Si el legislador hubiese optado por la otra alternativa ofrecida por la Sexta Directiva: sujeción de la totalidad del patrimonio empresarial al IVA, no se hubiera exigido gravamen alguno sobre los inmuebles, por tratarse de una operación sujeta en su totalidad y no exenta de IVA. Por tanto, la continuidad en la personalidad del cedente, a que se refiere el artículo 5.8 de la Sexta Directiva, debe llevar a excluir la sujeción de los inmuebles a Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en contra de lo previsto en el artículo 7.5 del vigente Texto Refundido. Concluye que, en este sentido, nuestro ordenamiento interno resulta incompatible con la normativa comunitaria.

La citada STS, objeto del precedente comentario, considera que la transmisión de los bienes y derechos integrantes de la totalidad del patrimonio empresarial está sujeta a ITP y AJD, concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, y no sujeta a IVA. El argumento central, en que se basa, es considerar que la transmisión de un patrimonio empresarial no es una operación realizada por empresarios o profesionales, a título oneroso, con carácter ocasional o habitual, en el ejercicio de su actividad. Es decir, según el Alto Tribunal no es una actividad empresarial. A su vez, la citada Sentencia mantiene que el artículo 7.5 no pretende delimitar *per se* el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sino sólo definir la no sujeción a este tributo, por sujeción de la operación al IVA. En cuanto a la interpretación que corresponde del último párrafo del artículo 7.5 del Texto Refundido del ITP y AJD, que establecía que sí quedarán sujetos a ITP las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles cuando gocen de exención en el IVA, se afirma en la sentencia que ello no implica que sea el único supuesto de gravamen por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por lo que cabe extenderlo también a los bienes muebles y a los derechos integrantes del patrimonio de la empresa. El error en que incurre este planteamiento, a juicio de García-Herrera, consiste en negar el carácter empresarial de la transmisión de la universalidad de bienes que componen una empresa, lo que carece de toda lógica, pues en aquellos casos en los que el adquirente no continúe con el ejercicio de las mismas actividades del transmitente la ley sí sujeta a IVA dicha transmisión.

Por la misma tesis se decanta Serrano Sobrado⁸⁵, que presenta la siguiente conclusión: «Por todo lo expuesto, entendemos que la transmisión global de un patrimonio empresarial es una operación empresarial que, por razones de simplificación, no tributa por el Impuesto sobre el Valor Añadido y que, precisamente, por ser empresarial, no está sujeta al ITP, “transmisiones onerosas”: por ser operación empresarial queda excluida del objeto de este último tributo. La no sujeción declarada en el artículo 5.º de la Ley 30/1985, del Impuesto sobre el Valor Añadido, es un error técnico que no puede conducir a calificar dichas operaciones como no empresariales: el conjunto de los demás preceptos de la Ley del IVA que se han analizado anteriormente demuestran el carácter empresarial de las referidas transmisiones. Esta solución permite que el tráfico mercantil se desarrolle sin distorsiones, aplicándose las reglas generales

⁸⁵ SERRANO SOBRADO, José Antonio, «Sentencia de 1 de octubre de 1996 del Tribunal Supremo. Tributación de las transmisiones globales». *Crónica Tributaria*, núm. 86/1998, págs. 145-153.

de las deducciones, primero por el transmitente y luego por el adquirente, sin que éste soporte una carga fiscal-coste injustificada por causa de la transmisión».

La Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 22 de octubre de 2002, Ponente: Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó, considera: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO... B) Por lo que afecta al segundo motivo casacional, es obvio que toda la argumentación de la entidad recurrente gira en torno al concepto de lo que denomina «mundo de la empresa», que reputa que está, todo él, situado en la órbita del IVA y al que, por tanto, pertenecen las operaciones como la aquí examinada (de transmisión del patrimonio empresarial), pero tal argumentación resulta incorrecta por identificar de manera absoluta el hecho imponible del IVA con «cualquier operación relacionada con la actividad de los empresarios o comerciantes», cuando es así que basta con tener en cuenta el contenido de los artículos 5.1 de la Ley 30/1985 (que declara no sujeta al IVA la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial realizada en favor de uno o varios adquirentes cuando éstos continúen el ejercicio de las mismas actividades del transmitente) y 3.1 de la misma Ley (que circunscribe el hecho imponible del IVA a las entregas de bienes realizadas por empresarios con carácter habitual u ocasional «en el desarrollo de su actividad empresarial» –lo cual acredita que la transmisión global del patrimonio empresarial no forma parte de esa «actividad empresarial», tal y como lo tienen declarado las sentencias de esta Sala de 2 de febrero, 23 de abril y 11 de noviembre de 1996, cuyos criterios básicos han quedado esencialmente reflejados en la sentencia de instancia–).

Es menester precisar que la no sujeción al IVA no comporta «per se» la sujeción al ITP, pues, para que la operación esté sujeta a este último Impuesto, debe, de acuerdo con sus normas reguladoras, subsumirse en su propio hecho imponible.

Pero, deducida de lo que hasta aquí llevamos dicho la no sujeción del supuesto de autos al IVA, la consecuencia inmediata, a tenor de las circunstancias conformadoras del caso, es que la operación cuestionada queda abiertamente enfrentada a la aplicación del RDLeg 3050/1980 y entra de lleno en el marco del hecho imponible del ITP, modalidad «Transmisiones Onerosas», tanto desde un análisis positivo del contenido del artículo 7.1.A) del citado Texto como desde la delimitación negativa dimanante del apartado 5 de ese mismo artículo (según la redacción dada por la Disposición Adicional de la Ley 30/1985), en cuanto la transmisión inter vivos en bloque del patrimonio empresarial es «ajena a la actividad empresarial del transmitente» (y, por ello, no sujeta al IVA), como se infiere, asimismo, de lo declarado reiteradamente en las tres sentencias antes citadas.

En conclusión, pues, la transmisión en bloque del patrimonio global de una empresa a un solo adquirente, continuador de la actividad empresarial del transmitente, es una operación no sujeta al IVA, pero sí al ITP, modalidad Transmisiones Onerosas».

Según Hidalgo Parejo⁸⁶: «El tratamiento fiscal de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos afectos a una actividad empresarial, y su posible sujeción a IVA o a ITP, siempre había gozado de una estabilidad en su aplicación (traducida en seguridad para el contribuyente), a la luz de la interpretación que la DGT hacía de los artículos 7.1 a) de la Ley del IVA y al 7.5 del Texto Refundido del ITP... Consecuentemente, y dejando aparte disquisiciones sobre qué se considera transmisión de la “totalidad del patrimonio empresarial”, éstas, al ser operaciones realizadas entre

86 HIDALGO PAREJO, Amparo, Situación actual de la fiscalidad de la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, Revista Técnica de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ASESORES FISCALES, Septiembre 2004. nº 21/04.

empresarios, se consideran no sujetas al ITP, salvo por los inmuebles, y no están sujetas al IVA en virtud del art. 7.1º a). De esta forma se ha manifestado en innumerables ocasiones la Dirección General de Tributos desde 1990. La no sujeción a IVA siempre ha estado clara, pero no así la no sujeción a ITP, que ha sido peleada, lógicamente, por las Haciendas de las Comunidades Autónomas. Así llegó el asunto al Tribunal Supremo (Sala tercera. Sección 2º), el cual en Sentencia de 22 de octubre de 2002, declara que la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial no está sujeta a IVA, ya que no es posible incluirla dentro del concepto de actividad empresarial; lo que procede es su tributación en el ITPAJD por la modalidad de Transmisiones Onerosas. El argumento fundamental de la sentencia es que no cabe identificar de manera absoluta el hecho imponible del IVA con cualquier operación relacionada con la actividad de los comerciantes y empresarios, en definitiva, “no todo acto entre empresarios puede ser calificado como empresarial”. Consecuencia de esta Sentencia, y a pesar de ser sólo una, es que algunas Comunidades Autónomas han empezado a girar liquidaciones por este concepto y a revisar operaciones no prescritas.

La Dirección General de Tributos, por su parte, sigue manteniendo el mismo criterio en respuesta a consultas posteriores a la Sentencia, concretamente, del 18 de noviembre de 2003, 16 de febrero de 2004 y 14 de abril de 2004. La polémica está servida...

El artículo 5.8 de la Sexta Directiva establece: “Los Estados miembros quedan facultados para considerar que la transmisión a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes no supone la realización de una entrega de bienes y que el beneficiario continúa la personalidad del cedente. Llegado el caso, los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para evitar las distorsiones de la competencia siempre que el beneficiario no sea sujeto pasivo total”. La finalidad, por tanto, del art. 5.8 de la Sexta Directiva es proteger la tesorería de las empresas adquirentes, pues el mecanismo de recuperación del IVA, a efectos recaudatorios, es igual que la no sujeción. Sólo esta es la intención de la no sujeción a IVA por el legislador, y no porque no la considere actividad empresarial.

Evidentemente, si sujetamos a ITP la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, como propone la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002, nunca conseguiríamos proteger la tesorería de la empresa adquirente, pues jamás podría dicha empresa recuperar este impuesto. Si se consolidara este criterio del Tribunal Supremo, se haría necesaria una modificación inmediata de la normativa existente, que permitiera al contribuyente adquirente poder renunciar a la exención del IVA, para así recuperar el impuesto de la adquisición, mediante el mecanismo de devolución del IVA soportado, al igual que sucede con los inmuebles cuando los adquiere un empresario para su actividad, siempre que concurren los requisitos exigidos para ello; de otro modo, llegaríamos al absurdo de poder recuperar el impuesto de la adquisición de un inmueble, pero no de un mobiliario de oficina, unas mercaderías o un fondo de comercio...».

De lo expuesto se deduce la postura de un sector de la doctrina científica favorable a la posible tributación por IVA de la transmisión del conjunto empresarial, en contra de la doctrina jurisprudencial mencionada, así como la necesaria reforma de la Ley de IVA, que defiende Almudí Cid⁸⁷.

⁸⁷ ALMUDÍ CID, José Manuel, “La inaplazable de la Ley del IVA como consecuencia de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional...”, Quincena Fiscal, Aranzadi, Navarra, Nº 15, septiembre 2005, págs. 11-28.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 12 de mayo de 2006, considera que la solicitud enviada a la Sindicatura de una quiebra, de que se declare la sujeción al IVA de una transmisión, sirve como fórmula válida para renunciar a la exención del IVA: «El artículo 20 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido dispone que se encuentran exentos, en operaciones interiores, las segundas o ulteriores entregas de edificaciones, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación. Esta exención podrá ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo, en la forma y requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales y tenga derecho a la deducción total del impuesto en las correspondientes transmisiones.

El artículo 8 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto establece que la renuncia a las exenciones previstas en los artículos 20, 21 y 22 deberá comunicarse fehacientemente al adquirente, con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes. La renuncia se llevará a cabo por cada operación y en todo caso deberá justificarse con una declaración suscrita por el adquirente, en la que se haga constar la condición de sujeto pasivo del impuesto, con derecho a la deducción total del impuesto soportados por las adquisiciones de los correspondientes bienes. Es decir, que se exige comunicación fehaciente al transmitente y declaración escrita.

En el supuesto analizado el conflicto surge del hecho de que la Administración autonómica no considera fehacientemente acreditada la renuncia del IVA por el transmitente al no hacerse mención en la escritura pública de la repercusión del IVA. Sin embargo, la Sala da validez como forma de renuncia a la exención del IVA el escrito dirigido a la Sindicatura de la Quiebra de la sociedad transmitente que se limita a solicitar que se declare la exención de la compraventa respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y la efectiva sujeción al IVA».

5.4. Nueva Ley General Tributaria

La mencionada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, además de las referencias a la Ley concursal, comentadas en las disposiciones finales que anteceden, incorpora otros preceptos que considero de interés exponer por sus efectos durante la fase de liquidación concursal.

Artículo 43. «1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:... c) **Los integrantes de la administración concursal y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios.** De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones **responderán como administradores [los administradores concursales] cuando tengan atribuidas funciones de administración».**

Se contemplan las responsabilidades tributarias de los síndicos, en el arts. 40 de la derogada Ley General Tributaria de 1963, según modificación parcial por la Ley 25/1995, de 20 de julio: «Art. 40. 2. **Serán responsables subsidiarios los síndicos, interventores o liquidadores de quiebras, concursos, sociedades y entidades en general, cuando por negligencia o mala fe no realicen las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con**

anterioridad a dichas situaciones y que sean imputables a los respectivos sujetos pasivos».

Se observa que poco ha cambiado, salvo para peor. No es razonable el anterior precepto, aunque la sindicatura de la quiebra era administradora de la masa, en todo caso (art. 1073.1º del primer C. de C. y art. 925 del vigente C. de C.), pues declarar su responsabilidad subsidiaria, por no hacer lo que sólo era exigible al sujeto pasivo del tributo, parece excesivo. Pero, en el nuevo concurso de acreedores, declarar responsables subsidiarios de la deuda tributaria a los integrantes de la administración concursal, sin distinguir sus funciones de intervención o de administración, añade un plus de arbitrariedad, lo que no ocurre cuando regula la responsabilidad de las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones, que atribuye a los administradores concursales sólo cuando tengan atribuidas funciones de administración, imperativas por la apertura de la fase de liquidación concursal.

5.5. Clasificación del crédito tributario, caso de liquidación concursal

La mentada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone: «Artículo 77. Derecho de prelación... 2. **En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio**, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, **quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal** [arts. 55, 84.2.5º, 85, 90.1.1º, 91. 2º y 4º, 92]». Se modifica, por tanto, el artículo 71 de la anterior LGT de 1963, objeto de nueva redacción por la disposición final undécima de la Ley concursal, con el siguiente texto:... «2. En caso de concurso, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal». El citado art. 77 pretende sustraer de los efectos del concurso a los créditos tributarios, cuando finalice por liquidación.

El convenio concursal afectará siempre a los créditos tributarios con privilegio general no ejercible (art. 91.4º), que la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil clasifica como créditos ordinarios, decir, al cincuenta por ciento del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, una vez deducidos los créditos que no gozan de privilegio especial, ni traen causa en retenciones de los impuestos personales sobre la renta o de cotizaciones sociales de los trabajadores, ni han sido postergados como subordinados (intereses, sanciones y recargos), pero puede afectar, también, al crédito tributario con privilegio especial y al general ejercitable, cuando la Hacienda Pública haya suscrito o se haya adherido al convenio de masa. Sin embargo, el cambio introducido no debe permitir que se pierda la perspectiva concursal sobre composición de la masa pasiva *ex* art. 84, es decir, no debe olvidarse que constituyen la masa pasiva todos los créditos contra el deudor común, según el art. 49, también los créditos tributarios, cualquiera que fuese su calificación jurídica (clasificación de créditos *ex* art. 89), que quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal⁸⁸, tanto si el concurso finaliza por convenio como en liquidación.

En la Primera Mesa Redonda del II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, sobre “Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores”, se aborda esta cuestión: «El artículo 77 LGT dispone: “En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a

⁸⁸ Acta de la Junta de Jueces de lo Mercantil, celebrada el día 5 de abril de 2005, y Sentencia de la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y de lo Mercantil de Santander, de Junio de 2005.

los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal” ¿significa esto una derogación del régimen de prelación de créditos privilegiados previsto en la Ley Concursal cuando concurren créditos tributarios y se abra la fase de liquidación? No podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto periodo de tiempo –nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT, que establece “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la “legislación concursal vigente”, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal –para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria».

Así se interpreta en las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Madrid, de fecha cinco de julio de dos mil cinco, Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de fecha 15 de marzo de 2006, Juzgado de lo Mercantil de La Coruña, de fecha doce de diciembre de dos mil cinco, y Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Sevilla, de fecha diez de enero de dos mil seis. Concretamente, la mentada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de fecha 15 de marzo de 2006, resuelve: «I. ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO. A este juzgado fue turnada demanda incidental presentada por la Agencia Tributaria (AEAT) en la que solicitaba que se le reconociera el privilegio establecido en el artículo 77 de la LGT, como consecuencia del cambio operado al dejarse sin efecto la fase de convenio y abrirse la de liquidación. SEGUNDO. Admitido el incidente y dado traslado a la administración concursal y al concursado, contestó la primera oponiéndose. TERCERO. Citados a la vista legalmente prevista comparecieron el impugnante y la administración concursal quienes se ratificaron en sus escritos y alegaron lo que a su derecho convenía, quedando concluso para dictar sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO. La primera delimitación necesaria parte de la propia demanda iniciando el incidente en relación a los artículos 194 de la Ley Concursal y 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La administración tributaria recoge en su petitum que los créditos tributarios incluidos en la lista definitiva de acreedores sean calificados y se les reconozca el privilegio establecido en el artículo 77 LGT como consecuencia del cambio de la fase de convenio a la fase de liquidación. Es evidente que dicho petitum resulta indeterminado por dos razones: En primer lugar porque no recoge en dicha demanda cuales son estos privilegios. En segundo lugar porque el artículo 77 LGT, como veremos, no recoge ningún privilegio para la administración tributaria.

Lo que reconoce el artículo 77 LGT es una "prelación" y no un privilegio, en su apartado primero que ninguna relación tiene con la normativa concursal y es en su apartado segundo en donde se recogen los efectos de sus créditos en la fase de convenio y no en otra. No obstante, este juzgador no es ajeno a la doctrina que se viene generando, tras la aprobación de la citada norma tributaria, en torno a la clasificación de créditos y a la incidencia del artículo 77.2 LGT en el marco concursal que la administración tributaria defiende como verdadera reclasificación de créditos. En función de ello procede realizar el siguiente análisis. El objeto del procedimiento lo constituye la interpretación del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria de 2003, en torno a su propio contenido que reproducimos:

1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Hemos de partir de la situación concursal en la que nos encontramos que es concretamente la fase de liquidación, ya abierta y que motiva a la AEAT a generar el presente incidente partiendo de la interpretación que magistralmente expuso en el acto de juicio oral en cuanto señalaba criterios sistemáticos, literales e histórico-legislativos para entender que el apartado segundo del artículo 77 LGT permitía la clasificación de créditos conforme a la ley concursal cuando se terminara mediante convenio el proceso concursal y en lo que respecta a los créditos de la hacienda pública. En caso de liquidación la clasificación y privilegios partirían del citado precepto recogiendo los privilegios conforme al apartado primero del mismo. A ello se opone la administración concursal quien alega la propia dicción del artículo 89.2 LC por cuanto no se reconocerán más privilegios que los que establece la norma concursal y el sometimiento a dicha norma conforme a la Disposición adicional octava de la Ley General Tributaria.

SEGUNDO. Es evidente que la interpretación que se realiza del artículo 77.2 LGT lo es a contrario sensu de lo que dice el precepto pero que de ningún modo puede llevar al resultado que señala la administración tributaria. Ni la interpretación literal, ni la sistemática o complementaria, ni la histórico legislativa nos lleva a reclasificar los créditos de la administración tributaria cuando nos encontramos con la fase de liquidación bien sea ad initio (porque la hubiere solicitado el deudor) o con posterioridad por no haberse aprobado o presentado ninguna propuesta de convenio y se hubiere abierto la fase de liquidación. Lo que dice el 77.2 LGT es precisamente lo que recoge la letra del mismo, es decir que los créditos tributarios afectados por el convenio aprobado quedarán sometidos a la Ley 22/2003, concursal. Es evidente que el legislador ha tenido en cuenta dicha matización, puesto que a lo largo del texto de la ley general tributaria se recogen afectaciones de los créditos tributarios, durante la tramitación del concurso, que finalmente se distinguirán en cuanto a si están recogidos o no en el convenio concursal pues, es lógico, el convenio que afecte a dichos créditos cuando la administración tributaria se hubiere sometido a este produce eficacia novatoria (136 LC). Es decir, cuando se trata de créditos tributarios y la administración no hubiera utilizado su derecho de abstención el contenido del convenio vinculará a dicho acreedor (si es ordinario y subordinado) y producirá efectos novatorios (136 LC) respecto de los privilegiados y quedarán extinguidos, en cuanto les alcance, los ordinarios y

subordinados. A partir de lo anterior puede comprenderse que el legislador señale claramente que si dichos créditos están afectados por el convenio aprobado se sujetarán a lo que dispone la ley concursal en cuanto a dicha extensión subjetiva y eficacia novatoria que hemos señalado. El resto de los créditos, es decir, aquellos que no resultan afectados por el convenio -como créditos tributarios- gozarán de los instrumentos que desarrolla la ley general tributaria a lo largo de su articulado o se operará, respecto de ellos, los efectos que también recoge y que se concretan en:

Conforme al artículo 68.6.2º LGT comienza nuevamente el cómputo del plazo de prescripción: Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración del concurso del deudor, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo en el momento de aprobación del convenio concursal para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto a las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando aquéllas resulten exigibles al deudor. Si el convenio no fuera aprobado, el plazo se reiniciará cuando se reciba la resolución judicial firme que señale dicha circunstancia. En caso de concurso y aprobación de convenio el efecto es, por tanto, que se someten al mismo y a la ley general tributaria. Cuando no exista ese convenio y por tanto estaremos en fase de liquidación, el efecto es la reanudación del plazo de prescripción.

Conforme al artículo 164.4 LGT los créditos tributarios gozan, cuando son privilegiados, de un derecho de abstención y ello permitirá, no obstante, que en la fase de convenio -en el convenio mismo- se lleguen a acuerdos en los términos recogidos en dicho precepto: El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria.

El artículo 77.2 LGT se completa con otras normas, por tanto, de la ley general tributaria, señalando que los créditos tributarios a los que alcance el convenio se sujetarán a la ley concursal y en su defecto podrán utilizar los instrumentos que recoge la normativa tributaria, pues es evidente que, tras el convenio, podrán existir créditos que no se sujeten al mismo en cuyo caso dejarán de estar sujetos a lo previsto en la ley concursal o, en su caso, tras la apertura de la fase de liquidación (mejor dicho tras la no aprobación de un convenio) dichos créditos se instrumentarán teniendo en cuenta que el plazo de prescripción comienza de nuevo.

TERCERO. No podemos entender, por tanto, que el artículo 77.2 LGT suponga un revulsivo, un cambio en la clasificación de créditos esencialmente por tres razones:

Primero, porque el artículo 89.2 LC recoge expresamente que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esta reconocido en esta ley".

En segundo lugar, porque la disposición adicional octava de la propia ley general tributaria recoge -en referencia a los procesos concursales- que "Lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento" lo que nos remitiría a lo previsto en el anterior precepto y en la clasificación que establecen los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal.

En tercer lugar, porque la referencia que hace el artículo 77.2 LGT lo es sólo respecto de los créditos tributarios afectados por el convenio y no a ninguno más.

CUARTO. En la interpretación sistemática del precepto hemos de tener en cuenta, igualmente, el encuadramiento del artículo 77 LC que lo es en el momento en que se habla de "Garantías de la deuda Tributaria" (Sección 5ª) y para ello recoge dos apartados, uno referido a los privilegios de la administración tributaria cuando concurra con otros acreedores (77.1 en procedimientos de ejecución singular o universal) y otro referido a concretos créditos en el proceso concursal en determinado momento: 1. Se refiere al supuesto de un proceso concursal; 2. Se refiere sólo a los créditos tributarios afectados por el convenio; y 3. Se refiere sólo a dichos créditos en el momento en que se apruebe un convenio. El resto de los supuestos, momentos o situaciones del concurso no resultan afectados salvo en las dos previsiones que hemos señalado anteriormente (artículos 68 y 164 LGT) y es evidente que quedan fuera del concurso pues así se deriva tanto de la ley concursal como de la ley general tributaria.

QUINTO. Es evidente que razones prácticas, de seguridad jurídica, sistemáticas y procesales nos llevan también a determinar que no es posible el planteamiento de reclasificación de créditos fuera del momento procesal oportuno previsto por la ley concursal y que culminan con la lista definitiva presentada en virtud del informe de los administradores concursales y las impugnaciones resueltas (art. 96 LC). Tras la situación concreta que se determina con la aprobación del informe de la administración concursal tras las impugnaciones o, en su defecto, tras el transcurso del plazo para impugnar si no las hay dicho listado y clasificación sirve tanto para la aprobación del convenio (109,128 LC), para la determinación de los acreedores y sus privilegios a los efectos de adhesiones (108 LC), constitución de la junta (116 LC), derecho de asistencia (118 LC) o derecho de voto (122 y ss) y mayorías necesarias (124 C). Por otro lado dicha lista es la misma que se tiene en cuenta a efectos de liquidación conforme a los artículos 148 y siguientes de la ley concursal y no otra.

SEXTO. Otros argumentos que pueden servir al objeto de resolver la citada cuestión planteada son los recogidos, entre otras, en la Sentencia del Jdo. Mercantil Nº 1, Madrid, S 5-7-2005, nº autos 49/2004 que extractamos y que este juzgado comparte y que resuelven los mismos puntos vertidos por la Agencia Tributaria en el presente supuesto: "Como hemos comprobado, la primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 LGT en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente: "En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada "Garantías de la deuda tributaria". En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a contrario sensu, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal.

Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 LGT establece que

para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (artículo 123.1 LC). Es en este sentido cómo debe ser interpretado el artículo 77 LGT.

3. No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a sensu contrario con carácter general. En efecto, las interpretaciones a contrario sensu no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda incidental, parte de una interpretación a contrario sensu de lo que dice el artículo 77.2 LGT. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 LC; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

4. El inciso final del artículo 89.2 LC establece que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2. C.C.), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 LC impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 LC. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

5. La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del

artículo 77.1 LGT. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 LC se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta. Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 LGT. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 LGT sea de aplicación sólo en algunos casos -aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad -para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

6. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto periodo de tiempo -nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT que establece "lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento", y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la "legislación concursal vigente", lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal -para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria."

SÉPTIMO. Por último cabría plantearse la propia naturaleza del artículo 77 LGT en cuanto recoge supuestos de garantías del crédito tributario y matiza y concreta las mismas en dos supuestos: el apartado primero en cuanto se trate de ejecuciones y el apartado segundo en cuanto se refiere a la fase de convenio del concurso. Dificilmente puede establecerse una conexión entre las garantías de la fase de convenio para los créditos tributarios y las que recoge para otros supuestos de ejecución, máxime si tenemos en cuenta que el concurso ya no es un procedimiento de "ejecución universal" sino un procedimiento destinado a la reordenación y mantenimiento de la empresa o a la ordenación del proceso liquidativo de la misma. La concepción de la administración tributaria en torno a la relación entre los dos apartados nunca podría partir de una "preferencia en el pago" pues es evidente que incluso dentro de esta preferencia deberíamos clasificar los mismos créditos tributarios, dentro de estos los que son contra la masa y los que son de la masa y concordar su aplicación con los créditos contra la masa en otros supuestos (artículo 84 LC) o los privilegiados especiales por dirigirse contra determinados bienes que no pueden perder el derecho adquirido antes del

concurso por el sólo hecho de cambio de fase- si aceptáramos la interpretación de la administración- de convenio a liquidación. Dicha interpretación llegaría a su límite si tenemos en cuenta que el artículo 77.1 LGT no distingue a qué créditos nos referimos dentro de los créditos tributarios pudiéndonos encontrar con el supuesto de recoger, dentro del concurso, créditos no comunicados por la Administración tributaria o créditos excluidos por otras razones de la masa pasiva del concurso. Dicha interpretación dejaría sin efecto cualquier posibilidad de que la Administración concursal propusiera un Plan de liquidación (art. 148 LC) o que se utilizaran las reglas supletorias de la norma concursal (Arts. 154 y ss LC). Es evidente que las múltiples contradicciones- de las que hemos citado solo algunas- es argumento también importante para rechazar la petición.

OCTAVO: No existen razones para imponer las costas a ninguna de las partes de conformidad a lo previsto en los artículos 394 y 395 de la LEC, pues se trata de una cuestión planteada por primera vez ante este tribunal y que supone novedad en la interpretación de la normativa concursal.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, FALLO: Que desestimo totalmente la demanda incidental presentada por la ADMINISTRACIÓN ESTATAL DE LA AGENCIA TRIBUTARIA, a través de la abogacía del Estado contra la concursada HOGAR RÚSTICO VARGAS Y ROBLES SLU y la administración concursal sin expresa condena en costas. Así por esta resolución lo pronuncio, mando y firmo. D. Enrique Sanjuán y Muñoz».

La Sentencia anterior ha sido revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Sexta), de fecha 16 de marzo de 2007, en los términos siguientes: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. ÚNICO.- En el procedimiento concursal seguido en la anterior instancia y del que trae causa el presente recurso de apelación, por auto de cinco de septiembre de dos mil cinco, tras ser presentados por la administración concursal los textos definitivos del informe, junto con el inventario de bienes y derechos del deudor y la lista de acreedores, se dio por finalizada la fase común abriéndose la de convenio, convocándose a Junta de Acreedores, sin que se llevara a efecto, por cuanto que por auto de veintiuno de octubre de siguiente se procedió a la apertura de la fase de liquidación, sucediendo que por escrito de once de noviembre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se interesó que su crédito, por importe de nueve mil ochocientos cincuenta y tres euros con doce céntimos de euro (9.853,12 €), incluido en la lista, de acreedores de la concursada, lo fuera en los términos previstos en el artículo 77.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, pretensión a la que se opuso la administración concursal en escrito de uno de diciembre del mismo año, tramitándose por ello incidente en el que por sentencia judicial se rechazó la tesis de la promotora del mismo entendiendo que el crédito de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria debía de concurrir con los restantes de los acreedores en situación de igualdad, sin que tuviera ningún tipo de privilegio o preferencia sobre los restantes, fallo contra el que aquélla vino a mostrarse disconforme reproduciendo en alzada la tesis argumental que defendiera "*in voce* " en la vista celebrada ante el juzgador de primer grado, entendiéndose por el tribunal colegiado de alzada que la cuestión controvertida estrictamente jurídica que se suscita debe quedar resuelta de conformidad con los términos planteados por la recurrente, por cuanto que la norma citada como infringida y que encuentra el origen de su actual redacción en la Disposición Final Undécima de la Ley Concursal, a través de la cual se reformaban los artículos 71, 72.3 y 129.3 y 4 de la Ley 239/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, debe ser interpretada en relación con la Ley 22/2003, de 9 de julio,

Concursal, en la que en su Exposición de Motivos especifica como *"las soluciones del concurso previstas por la ley son el convenio y la liquidación, para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en procedimiento "*, siendo en su Título V en donde bajo la rúbrica *"de las fases de convenio o de liquidación"* establece una diferenciación bien definida entre *"convenio"* y *"liquidación"*, dedicando el Capítulo I a la *"fase de convenio"* y el II a la *"fase de liquidación"*, viniendo a establecer la norma citada como infringida -artículo 77 de la Ley 58/2003- en su primer apartado que *"La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente, con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley"*, añadiendo en su número segundo que *"en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal"*, a diferencia de lo que se decía en el extinto artículo 71.2 de la derogada Ley 230/1963 General Tributaria al establecer que *"en caso de concurso, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal"*, lo que suponía que la prelación del crédito tributario en caso de concurso sería 5ª establecida en los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal, con plena independencia a la solución que se diera al concurso, convenio o liquidación, situación que, como se ha dicho, no se mantiene en la actual normativa del artículo 77.2 al incluirse la palabra *"convenio"*, lo que en buena lógica implica que el crédito tributario carece de prelación solamente en los supuestos en los que el concurso se encuentre en fase de convenio con la finalidad pragmática de garantizar, en contra de los principios del sistema tributario de justicia, igualdad y progresividad y constitucional de prevalencia del interés general recogido en el artículo 103 de la Constitución Española, el sostenimiento de las empresas viables y el consecuente relanzamiento de la economía, sacrificándose parte del privilegio del crédito tributario, sin que suceda lo mismo en los casos, como el que nos ocupa, en los que el procedimiento concursal se encuentra no en fase de convenio sino en la de liquidación, ya que en este caso carece por completo de sentido la pérdida del privilegio de prelación del crédito tributario establecido por disposición legal, siendo meridianamente clara, ser esta la intencionalidad del legislador si nos atenemos a los antecedentes legislativos de la norma tributaria en la que en su enmienda 332 (publicada en el B.O. del Senado al 21 de octubre de 2003). Se encuentra la explicación lógica del debate suscitado en la litis, por cuanto que concreta como justificación del cambio legislativo en el artículo 77.2 que originariamente el Proyecto establecía que *"en el caso de concurso, los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal"*, sustituyendo la expresión *"en caso de concurso"* por *"en caso de convenio concursal"*, en razón a que *"... la redacción del apartado 2 mencionado "concurso- en lugar de "convenio concursal" podía interpretarse como una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública con independencia de la suerte que corriera el proceso concursal, interpretación que no resultaría justificada para el caso de que el proceso entre en liquidación puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda Pública"*, añadiendo a renglón seguido que *"de esta forma, la preferencia establecida en el apartado I se mantendría para los supuestos de liquidación, pero no en aquellos en los que se suscriba un convenio concursal que incluya los créditos*

tributarios", quedando, a mayor abundamiento, reforzado el planteamiento de tesis recurrente desde el punto de vista doctrinal al mantenerse al respecto que la norma en cuestión solo es aplicable en caso de convenio concursal y exclusivamente para los créditos tributarios, pero no en los supuestos en que se proceda a la liquidación del patrimonio del concursado, por la que la preferencia general establecida en el artículo 77.1 sólo ha de entenderse limitada cuando se suscriba convenio concursal en el que se incluyan los créditos tributarios, en tanto que en los casos de liquidación o en los que la Hacienda ejerza su derecho de abstención, el crédito tributario gozará íntegramente del derecho de prelación, lo que contribuye a dar cabal respuesta estimatoria a la tesis defendida por la apelante en el que el interés superior que se impone en fase concursal de convenio tendente a *"salvar"* la situación de la entidad concursada desaparece por completo cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo en Junta de Acreedores y se abra fase de liquidación en la que vuelve a imponer con preferencia los intereses generales sobre los particulares, recuperando así el privilegio de prevalencia los créditos tributarios sobre los particulares, conclusión la establecida que, en absoluto, se ve desvirtuada por la argumentación argüida de que con ella se esté imponiendo la derogación tácita de la normativa contenida en la Ley 22/2003 (publicada en el B.O.E, del 10 de julio de 2003, con entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004, al establecerlo así expresamente su Disposición Final 35ª), pues la Ley 58/2003, General Tributaria, posterior a aquélla pero con entrada en vigor anterior (1 de julio de 2004), es integradora de la Concursal, lo que supuso que la Disposición Final Undécima de la Ley Concursal nunca llegó a tener entrada en vigor, pues los artículos que reformaba fueron derogados antes, previendo que esa pérdida de preferencia en los créditos tributarios se imponga exclusivamente para los casos en los que el procedimiento concursal se encuentre en fase de convenio, ya que de no ser así, como en el caso, automáticamente, ha de estarse a la regla general contenida en el artículo 77.1, sin que, consecuentemente, sea de alcance la norma contenida en el artículo 89.2 de la Ley Concursal a cuya virtud *"no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley "*, pues, como se viene diciendo, quedó integrada con la posterior General Tributaria, ni la interpretación incorrecta que se practica de su Disposición Adicional 8ª (*"lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento"*), la cual no va dirigida a un precepto concreto, sino a todos en general, de manera que se introduce un deber de interrelación entre la normativa contenida en la Ley General Tributaria y la Ley Concursal vigente en cada momento, y así, pues, como bien razona la apelante, lo que se hace no es más que llevar a cabo la aplicación de la normativa reguladora de la materia, procediendo recordar al respecto como en la graduación de los créditos que contenían los artículos 913 y siguientes del Código de Comercio, primó la diferencia establecida en las leyes posteriores del mismo rango o, incluso, superior, no encontrando justificación entender que la Ley Concursal sea especial frente a la Ley General Tributaria, no cabiendo la posibilidad de que una ley despliegue efectos prohibitivos frente a normas posteriores del mismo rango, especialidad que, además, vendría dada por su ámbito objetivo, siendo de resaltar en este sentido como el artículo 77 de la Ley General Tributaria al referirse a una categoría determinada, de crédito -el tributario-, determina una especialidad frente a la clasificación que sobre los créditos pueda contener la Ley Concursal, lo que determina el éxito del recurso y el que se dicte sentencia revocatoria de la apelada en los términos solicitados por la promotora del incidente, todo ello sin que se haga especial pronunciamiento en materia de costas procesales, de conformidad con lo establecido en los artículos 196.2 de la Ley Concursal y 394 y 398, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dadas las dudas que sobre la cuestión estrictamente

jurídica se plantea con resoluciones contradictorias de Juzgados y Tribunales, no procederá hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales en ninguna de ambas instancias». Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José Javier Díez Núñez.

La Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, por Auto de fecha seis de Marzo de dos mil seis, desestima el recurso de apelación formulado por el Sr. Abogado del Estado, en nombre de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y considera que no puede predicarse que el artículo 77 de la L.G.T. goce de una eficacia derogatoria parcial de la Ley Concursal: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- En el Concurso Ordinario nº 7/04 de la sociedad “Concentrados y Piensos” S.L., actualmente en fase de liquidación, que se tramita en el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, se dictó auto con fecha 20 de Septiembre de 2005 por el que se aprobaba el plan de liquidación propuesto por la correspondiente Administración concursal. El Abogado del Estado, actuando en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, formuló recurso de apelación que fue admitido a trámite, con traslado a la Administración concursal que planteó oposición al mismo, lo que determinó la remisión de los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta quedaron registrados con el número de Rollo 21/06. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos Moreno Millán, que expresa la convicción del Tribunal. SEGUNDO.- Por providencia de fecha 25 de Febrero de 2006 se desestimó la solicitud de celebración de “vista”, señalándose para votación y fallo el día de la fecha, 6 de Marzo de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- La Agencia Estatal de la Administración Tributaria pretende a través del recurso de apelación formulado contra el auto de instancia, el dictado de una nueva resolución que declare que la clasificación del crédito concursal que ostenta es el establecido en el citado 77.1 de la Ley General Tributaria, gozando por tanto del privilegio y preferencia que dicho precepto prevé. Y es lo cierto, conforme seguidamente se argumentará, que tal pretensión, no puede encontrar acogida en esta alzada, reiterando al respecto los razonamientos contenidos en la resolución apelada.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria insiste que, conforme a lo dispuesto en el artículo 77, la clasificación de los créditos tributarios que establece la Ley Concursal sólo se aplicará en el caso de que en el correspondiente procedimiento concursal se adopte una solución de convenio. En caso de que la solución adoptada fuese la de liquidación, los créditos tributarios habrán de clasificarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 77.1 L.G.T., conforme al cual la Hacienda Pública goza para su cobro de preferencia sobre todos los demás acreedores que no sean de dominio o cuyos créditos no estén garantizados con hipoteca, prenda u otro derecho real debidamente inscrito con anterioridad al crédito tributario.

SEGUNDO.- Entendemos que el hecho de que el legislador no haya previsto específicamente en el controvertido artículo 77 L.G.T. que en caso de liquidación los créditos tributarios estén sometidos también a lo dispuesto en la Ley Concursal, como ocurre en caso de convenio, no permite acoger la interpretación que realiza la recurrente, afirmando que en caso de liquidación dichos créditos resultan ajenos a la clasificación que al respecto establece la Ley Concursal.

Y ello se declara así por este Tribunal porque la interpretación que efectúa la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se centra básicamente en una interpretación “a contrario sensu” generalizada y extensiva de lo previsto en el artículo 77.2 L.G.T., lo que sin duda es exponente de la asunción de evidentes riesgos interpretativos, ya que esta clase de interpretaciones realizadas con carácter general pueden conducir a un resultado en contradicción o desacuerdo con el objetivo final perseguido por la norma, y

en definitiva con el verdadero sentido de la misma. Téngase en cuenta al respecto lo dispuesto en el nº 2 del artículo 89 de la Ley Concursal, en su inciso final, cuando declara que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley. Sin duda, este precepto resulta claramente expresivo de esos riesgos interpretativos que comentábamos, producto de una interpretación extensiva y generalizada de normas extraconcursales, como pretende la recurrente en este caso. Nótese que la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal justifica este criterio cuando en su apartado V reconoce que: “La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso”. Añade además que... “el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas”.

Y es que, como con acierto se dice en la resolución recurrida, esta norma consagra un sistema de “*numerus clausus*” en cuanto a privilegios en los créditos, con exclusión de aquéllos privilegios... “que hayan podido tener algún tipo de reconocimiento en leyes especiales que no salve expresamente la nueva ley”.

En este mismo sentido, entendemos que el contenido de la Disposición Adicional Octava de la Ley General Tributaria, cuando declara que “lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, viene, sin duda, a reforzar lo dispuesto en el citado artículo 89.2 Ley Concursal, corroborando así la vinculación y ajuste interpretativo de las normas de la Ley General Tributaria con respecto a la legislación concursal. Es por ello que tampoco puede predicarse que el citado artículo 77 L.G.T. goce de una eficacia derogatoria parcial de la Ley Concursal, lo que se constata además a tenor del paralelismo que ambas leyes han mantenido tanto en su tramitación parlamentaria, como en su aprobación y publicación. Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Dada la naturaleza eminentemente jurídico-interpretativa de la cuestión objeto de debate en esta alzada, procede, en función de las serias dudas jurídicas que entraña, no efectuar pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada.

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación, LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Sr. Abogado del Estado en nombre de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra el auto de fecha 20 de Septiembre de 2005 dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, por el que se aprueba el plan de liquidación propuesto por la Administración Concursal». Ponente D. Carlos Moreno Millán.

Con idéntico criterio resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª), de fecha 7 abril de 2006, y considera que la aplicación del mentado art. 77.1 de la LGT alteraría el sistema de la Ley Concursal: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO. Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el..., con fecha... Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: «Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la administración del concurso núm. 47/2004 de este Juzgado. No hago especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO. Contra la referida resolución por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial

que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Luis Seoane Spiegelberg.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO. El objeto del presente litigio sometido a consideración judicial en la alzada radica en el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, en el incidente concursal de impugnación de la calificación de créditos llevada a efecto por la administración concursal. Varios son los puntos en los que la Abogacía del Estado funda su impugnación, que serán objeto de su pormenorizado examen, a los efectos de dar una respuesta motivada a las pretensiones revocatorias planteadas en aras de garantizar la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que proclama el art. 24.1 de la Carta Magna.

En primer término, no obstante, es necesario salir al paso del argumento de inadmisibilidad del presente recurso de apelación esgrimido por la Administración Concursal. El art. 197.3 señala que: «Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días». Ahora bien, lo que la Ley exige en estos casos es que se formule, en tiempo y forma la oportuna protesta, requisito concurrente en este caso, aunque se demore la formulación del mismo al momento en que se dicte la resolución más próxima susceptible de apelación que, en este caso, es el auto que se pronuncia sobre el plan de liquidación, lo que tampoco se cuestiona, ahora bien, no podemos exigir que se requiera la concurrencia de gravamen, en el sentido de perjuicio, derivado de ésta última decisión judicial, sino que el mismo exista en cuanto a la resolución protestada, que es lo que acontece en el caso que enjuiciamos en el que por el Juzgado de lo Mercantil se desestima la propuesta de clasificación en su momento postulada por la parte apelante. En definitiva, a través del art. 197.3 de la LC, el Legislador lo que realmente hace es deferir la apelación, no condicionarla al gravamen de la primera resolución apelable, que no tiene necesariamente que concurrir.

SEGUNDO. El primer motivo de apelación se funda en la infracción de lo normado en el art. 77 de la Ley General Tributaria. Se basa el argumento impugnativo de la Abogacía del Estado, en que la clasificación de los créditos tributarios habrá de llevarse a efecto mediante la aplicación de la mentada Disposición General, por su carácter especial y posterior a la Ley Concursal, de manera tal que las disposiciones de ésta relativas a la clasificación de los créditos de tal naturaleza sólo se aplicarían para el caso de convenio concursal, pero no en el supuesto de que nos hallemos ante un concurso en fase de liquidación, en cuyo caso la Hacienda Pública tendrá la prelación que establece el numeral 1 del mentado art. 77. Se explica esa dualidad de regímenes jurídicos con el argumento de que la pérdida de privilegios de la Administración Pública tiene su sentido y verdadero alcance en la finalidad de sostener a las empresas viables, en aras al relanzamiento de la economía, interés general superior al que se ha subordinado el principio de prevalencia del interés público que justifica las preferencias crediticias de Hacienda, el cual desaparece, por el contrario, cuando nos hallamos ante empresas sin viabilidad económica, sometidas a procesos de liquidación. Se sigue fundamentando el recurso en que, de no realizarse dicha interpretación, se estaría dando prevalencia a los intereses particulares, amen de que se abriría una puerta a la utilización del concurso como una vía de obtener beneficios fiscales no previstos en las Leyes. El mentado motivo de apelación no ha de ser estimado.

En efecto, el art. 77 de la LGT señala: «1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 78 y 79 de esta Ley. 2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Pues bien, a los efectos de interpretación de tal precepto, acude la AEAT al *iter* legislativo del precepto, en cuanto a la finalidad pretendida a través de la introducción del número 2 del art. 77 LGT, pero si queremos acudir, como criterio hermenéutico, a la intención del mismo Legislador, que aprobó la LGT, tampoco cabe prescindir de la lectura de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en cuanto encierra una verdadera proclamación de intenciones y de finalidades perseguidas con la promulgación de la nueva normativa, y en ella podemos leer: «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios. Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por ciento de su importe en cada caso)».

Es decir, que tres son las finalidades que inspiran la nueva normativa con respecto a la materia de clasificación de los créditos: A) reducir drásticamente los privilegios y preferencias; B) la consideración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores como la regla áurea del concurso; y C) reducir privilegios tradicionales como los tributarios. Pretensión esta última que no es única de la Legislación española, sino consecuencia igualmente de un fuerte estado de opinión de la doctrina científica y del examen del Derecho Comparado, pues la consulta a las reformas acaecidas en el seno del Derecho concursal de los países de la Unión Europea, en la que se halla inserta España, como Portugal, Dinamarca, Alemania y Reino Unido, denota que se han limitado al máximo, cuando no suprimido, los privilegios de Derecho Público concedidos a las Administraciones Tributarias.

La interpretación que se hace por la parte apelante, en la natural y legítima defensa de los intereses que le son encomendados, conduce a consecuencias extensivas, en contra del criterio restrictivo en la hermenéutica de los privilegios y, además, acudiendo a la siempre peligrosa interpretación a «*contrario sensu*». En definitiva, se afirma, que si el núm. 2 del art. 77 de la LGT señala que los créditos tributarios a los que afecta el convenio, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal, es que no lo están si nos hallamos ante un concurso en fase de liquidación, y eso es mucho decir. Por el contrario, que fácil le hubiera sido al Legislador, para obviar todas las dudas y si esa hubiera sido su verdadera intención, normar que, en el caso de concurso en liquidación, no son de aplicación para la Hacienda Pública las disposiciones de clasificación de créditos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, o que en tal caso gozará de las preferencias

que para la ejecución singular se contemplan en el núm. 1 del tantas veces mentado art. 77.

Por otra parte, el art. 77.2 de la LGT tiene su propio núcleo de significación sustantiva, en cuanto de su tenor literal se deriva que, en el caso de convenio, y salvo que la Hacienda Pública haga uso de su derecho de abstención contemplado en el art. 123, está sometida con respecto a sus créditos a las disposiciones relativas a la eficacia del convenio, de la sección 7ª, Capítulo I, Título V y de cumplimiento del convenio de la sección 8ª del mismo capítulo y título de la Ley Concursal.

No negamos, y nadie niega, que una Ley sea susceptible de ser derogada por otra posterior, y que la derogación puede ser expresa o tácita. Ésta derivada de la incompatibilidad de la nueva normativa con la anterior en los términos del art. 2.2 del CC, y exige la concurrencia de los conocidos requisitos de contradicción o incompatibilidad que, en el caso presente, difícilmente concurre a través de una siempre delicada interpretación a «*contrario sensu*» con opciones posibles de compatibilidad normativa. No olvidemos tampoco que la Disposición Adicional Octava de la propia LGT señala que «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento», sin que parezca coherente una proclamación de tal naturaleza por parte de una disposición legal que acaba de dar un tiro de gracia a la regulación de los privilegios de los créditos tributarios en los procesos concursales, generalizando para los supuestos de liquidación la preferencia que, para la ejecución singular, se atribuye a dichos créditos en el art. 77.1 de la Ley Fiscal. Amen de la esquizofrenia que supone que, un contradictorio Legislador, con tan sólo cinco meses entre la promulgación de una y otra Ley, sea tan cambiante en la regulación de la misma materia, configurada como una de las finalidades prioritarias de la nueva Ley Concursal, que parte además en su art. 89.2 de una proclamación de principios, de indiscutible carácter interpretativo, para dirimir la presente controversia suscitada por la sucesión temporal de dos normas tan próximas en el tiempo, de que: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley».

Es evidente que también es interés público, sometido al criterio del siempre poderoso Legislador, no sólo apoyar a empresas viables que atraviesan por crisis económicas, como también evitar el conocido efecto dominó o resaca, que genera la quiebra de una empresa en sus proveedores y acreedores, si se ven imposibilitados en la recuperación de sus créditos, ante un amplio juego de privilegios, que convierten en ilusorias expectativas las pretensiones de resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por los incumplimientos contractuales del concursado. Limitar, en tales casos, los privilegios es una opción igualmente legítima que, por justificada, no viola los principios constitucionales invocados por la Administración apelante.

Por último, un argumento adicional apoya la solución adoptada por el juzgador *a quo*. La aplicación del art. 77.2 de la LGT postulada por la Administración recurrente es de difícil aplicación práctica en aquellos procedimientos concursales en los que no consta desde el inicio que el concurso finalizará en liquidación, pues es bien sabido que de ordinario sólo se sabrá tan fundamental consecuencia una vez finalizada la fase común y realizada ya la clasificación de los créditos por la administración concursal, en aplicación de lo normado en el art. 143 de su Ley reguladora, con lo que la tesis de la parte recurrente en cuanto postula la aplicación del mentado art. 77.1 de la LGT no generaría problemas cuando el concursado promovió inicialmente la liquidación con su declaración de concurso voluntario (art. 142), pero sí cuando inicialmente se tramitó por el procedimiento de convenio que finalmente termina en liquidación, con lo que surgiría la problemática expuesta en la sentencia apelada, cuando señala: «piénsese, por ejemplo, en el caso de que la liquidación se abra como consecuencia del incumplimiento

de un convenio previamente aprobado (art. 143.1.5º). Según la tesis que defiende la AEAT sería necesario, en tal caso, reabrir la fase común del concurso, volver a clasificar los créditos dotando a los fiscales de una posición que ningún encaje tiene en el art. 91 de la Ley, e iniciar a continuación la liquidación bajo esas nuevas premisas, alterando con ello el sistema de la Ley Concursal...».

La misma interpretación se observa en la Sentencia de Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª), de fecha 5 mayo de 2006: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada, dice así: “Que he de desestimar y desestimo la demanda incidental presentada por la Abogacía del Estado contra el informe de los administradores concursales, manteniendo la calificación del crédito de aquélla que se efectúa en el informe.”

SEGUNDO.- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandante ABOGADO DEL ESTADO, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 67/06, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dictar sentencia.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcarate.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Ratificamos y damos por reproducidos los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública (Agencia Estatal de la Administración Tributaria), formuló demanda de impugnación de la lista de acreedores presentada por la Administración Concursal de Obras Blázquez, S.A., en cuanto que calificó los créditos reconocidos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, con privilegio general los debidos por retenciones en el IRPF, por aplicación del artículo 91.2º de la Ley Concursal. Y por el concepto de IVA, con privilegio general el 50 %, por aplicación del artículo 91.4º de la Ley Concursal, y el otro 50 % se ha calificado como ordinario, por aplicación del artículo 89.3 de esta Ley. La Abogacía del Estado sostuvo en su demanda que la clasificación del crédito concursal de la A.E.A.T. es la resultante de aplicar el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria, gozando para su cobro de privilegio frente a cualquier acreedor que no lo sea de dominio o que no tenga su crédito garantizado con hipoteca.

La sentencia apelada desestimó la acción: consideró el Juzgador *a quo* que no resulta aplicable el artículo 77.1 LGT y que la A.E.A.T. no goza de un privilegio extraconcursal, puesto que la Ley Concursal reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, resultando de aplicación el artículo 91.4º de la Ley Concursal y no el 77 LGT.

La Abogacía del Estado en su recurso reitera que resulta de aplicación al supuesto examinado el artículo 77 LGT. Conforme a dicho precepto, considera el apelante que en el caso de que el deudor de la Hacienda Pública sea declarado en concurso, sólo se aplicará a los créditos tributarios la clasificación que de los mismos establece la Ley Concursal, si en el procedimiento concursal se adopta una solución de convenio. Si, por el contrario, en el procedimiento concursal se adopta una solución de liquidación, los créditos tributarios han de clasificarse conforme a lo dispuesto en el artículo 77.1 LGT.

SEGUNDO.- La cuestión que se plantea es la interpretación que debe darse al artículo 77 de la LGT. Dicho precepto establece: “Derecho de prelación. 1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en

cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley. 2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

El artículo 77 LGT es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada «Garantías de la deuda tributaria». En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la Ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a *contrario sensu*, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 LGT establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio.

No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 LGT. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a *sensu contrario* con carácter general. En efecto, las interpretaciones a *contrario sensu* no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda de impugnación de la lista de acreedores, parte de una interpretación a *contrario sensu* de lo que dice el artículo 77.2 LGT. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 LGT que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 L. Con.; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 LGT.

El inciso final del artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (artículo 2.2 CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de

eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 L. Con. impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a *contrario sensu* supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 L. Con. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura. Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE núm. 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto período de tiempo -nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la LGT, que establece que “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la “legislación concursal vigente”, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 LGT de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal -para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.

Finalmente, a mayor abundamiento, y como pone de relieve acertadamente el Juzgador *a quo*, ratifica esta tesis la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, apartado V, que refiere que “La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas... esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social”.

TERCERO.- Procede por todo lo expuesto la desestimación de la pretensión de la A.E.A.T, y, por ende, del recurso de apelación, y la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

En cuanto a las costas de esta alzada, convenimos en que la cuestión debatida es jurídicamente novedosa y no exenta de dudas, como acabamos de exponer, lo que

aconseja que hagamos uso de la facultad establecida en el artículo 394 LEC para que no hagamos especial pronunciamiento en cuanto a aquéllas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación, FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la Abogacía del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Soria en el Juicio Verbal 3/2005, confirmamos la expresada resolución. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada».

En el VI Congreso de los Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil⁸⁹, celebrado en Barcelona, los días 29 y 30 de noviembre de 2007, se estudia el artículo 77.2 de la LGT y se presentan: «De la normativa reseñada podemos llegar a dos conclusiones: 1. Todos los apartados de los acuerdos y convenios debe sujetarse a la normativa concursal y a los efectos señalados en el convenio y en la liquidación concursal; 2. El régimen de cargas deberá sujetarse igualmente a lo dispuesto en la normativa concursal conforme hemos reseñado.

OCTAVA CONCLUSIÓN: La normativa particular propia de determinados créditos en sus respectivas leyes debe acomodarse a la legislación concursal y parte de los efectos derivados del concurso».

El Anteproyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, del Ministerio de Justicia, fechado en febrero de dos mil seis, incluye la siguiente Disposición final sexta: «Modificación de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria. El artículo 77 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, queda redactado como sigue: 1. Los créditos tributarios gozarán para su cobro de la preferencia establecida en los artículos 1922 y 1924 del Código civil, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78, 79 y 80 de esta Ley. 2. **En caso de concurso**, los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal». Sin embargo, la citada Disposición final séptima del citado Anteproyecto inclina la balanza a favor de los créditos institucionales: «Modificación de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. El número 4 del artículo 91 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, queda redactado como sigue: 4. Los créditos tributarios y demás de derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social, **incluidos los recargos**, que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. **En caso de convenio concursal**, el privilegio general previsto en este apartado quedaría limitado hasta una cantidad máxima equivalente al cincuenta por ciento del conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente. A los solos efectos del cálculo de dicho porcentaje, se incluirán los créditos que tengan la calificación de privilegiados especiales, con privilegio general del número 2º y subordinados». Se desprende, por tanto, que **en caso de liquidación concursal**, la totalidad de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, incluidos los recargos, gozan de este privilegio general reconocido en el art. 91.4º de la Ley concursal.

⁸⁹ Segunda Mesa Redonda. FORMACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y DE LA MASA PASIVA. Coordinador: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuán y Muñoz, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga*. Miembros de la mesa: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García, *Magistrado Juzgado de 1ª Instancia de Córdoba*; Ilmo. Sr. D. Francisco De Borja Villena Cortés, *Magistrado Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona*.

6. Separación de los administradores concursales

Entre los interesados, para solicitar la separación de los administradores concursales, por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 153.1, cabe citar el concursado, los acreedores concursales y los que ostenten créditos contra la masa ¿y los trabajadores?, aunque podrá decretarse de oficio, por justa causa (art. 37), pese a que esta posibilidad no es compartida por Valpuesta Gastaminza⁹⁰ y sí aceptada por Sacristán Represa⁹¹ y Casero Linares⁹².

La sanción de su separación del cargo, por el transcurso de un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado, salvo que exista causa justificada de la dilación, conlleva la prohibición de ser nombrado administrador concursal, durante los dos años siguientes (art. 28.2), así como la pérdida de su derecho a las retribuciones devengadas y el deber de reintegro de las percibidas desde la apertura de la liquidación. Considero que sólo perderán el derecho sobre las retribuciones devengadas desde la apertura de la liquidación y que sólo deberán devolver lo cobrado por las tareas de liquidación⁹³.

Cuando el Juez acuerde la separación de los administradores concursales, durante la fase de liquidación, procederá al nombramiento de quienes hayan de sustituirlos. Los nuevos administradores concursales dispondrán de un año, desde su aceptación, para ejecutar el plan de liquidación aprobado.

La exoneración de sanciones, cuando exista causa justificada de la dilación, parece prevenir la posibilidad de que la administración concursal solicite la prórroga del plazo de un año establecido para finalizar la liquidación.

Nada se dice sobre obligada rendición de cuentas de los administradores concursales cesados, que estimo implícita en lo dispuesto por el art. 38.4.

Sobre la publicidad del Auto que acuerde la separación de los administradores concursales, creo que falta la correspondiente al nombramiento de los nuevos administradores concursales, por lo que habrá de observarse lo establecido en el art. 38.3 y su anotación en el Registro público *ex* art. 198 (web).

6.1. Pérdida de las retribuciones devengadas

La sanción de su separación del cargo, por el transcurso de un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado, salvo que exista causa justificada de la dilación, conlleva la comentada prohibición de ser nombrado

⁹⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, Director: Faustino Cordón Moreno, Comentarios a la Ley Concursal, THOMSON ARANZADI, EDITORIAL ARANZADI, S.A., Navarra, 2004, págs. 1012-1015.

⁹¹ SACRISTAN REPRESA, Marcos, *op. cit.*

⁹² CASERO LINARES, Luis, COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL, Coordinador: Alberto Palomar Olmeda, EDITORIAL DYKINSON, S.L., Madrid, 2004, págs. 1071-1073.

⁹³ Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Artículo 9. Reglas generales... 2. La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por ciento de la retribución aprobada para la fase común. A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al cinco por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

administrador concursal, durante los dos años siguientes (art. 28.2), así como la pérdida de su derecho a las retribuciones devengadas y el deber de reintegro de las percibidas desde la apertura de la liquidación.

Considero que sólo perderán el derecho sobre las retribuciones devengadas desde la apertura de la liquidación y que sólo deberán devolver lo devengado durante las tareas de liquidación. Al parecer, se refiere a las retribuciones devengadas y percibidas durante la fase de liquidación, exclusivamente, que se relacionan con los plazos acordados por el Juez para el pago de la retribución fijada, según se deduce del tenor literal de la norma: «3. *Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación*».

5.2. Procedimiento

El procedimiento es simple: a) solicitud de cualquier interesado al juez del concurso de separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos; b) traslado a los administradores concursales para que aleguen cuanto a su derecho convenga; c) resolución judicial.

Según Uceda Ojeda⁹⁴, no se trata de un incidente, aunque considero más seguro, dada la sanción prevista para los administradores concursales (separación del cargo y pérdida de su derecho a las retribuciones devengadas, así como el deber de reintegro de las percibidas desde la apertura de la liquidación), que se resuelva por el cauce del incidente concursal, por aplicación de lo previsto en el art. 192⁹⁵ de la Ley concursal.

7. Derecho transitorio

La disposición transitoria primera de la Ley concursal se ocupa de los procedimientos concursales en tramitación, concretamente los derogados desde el uno de septiembre de dos mil cuatro, a saber: concurso de acreedores (arts. 1913 a 1928 del Código Civil y 1156 a 1317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); quiebra (arts. 1319 a 1396 de la citada LEC; arts. 874 a 941 del vigente Código de Comercio; y, arts. 1004 a 1177 del C. de C. de 1829); quita y espera (arts. 1912 y 1917 a 1920 del Código Civil y arts. 1130 a 1155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881); y, suspensión de pagos (arts. 870 a 873 del Código de Comercio de 1885, y Ley especial de 26 de julio de 1922). Dispone que dichos procedimientos concursales, si se encuentran en tramitación en dicha fecha, continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, con ciertas excepciones, objeto de los epígrafes que siguen, en la medida que pueda afectarles la liquidación concursal, aunque con referencia limitada a la suspensión de pagos y la quiebra.

Será de inmediata aplicación, en los citados procedimientos concursales en tramitación, a partir del uno de septiembre de 2004, lo dispuesto en los artículos 176 a

94 UCEDA OJEDA, Juan, Coordinador: Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, Derecho Concursal Práctico, Comentarios a la Nueva Ley Concursal, LA LEY, EDITORIAL IURGIUM, Madrid, 2004, págs. 709-711.

⁹⁵ 1. Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal...

180 de esta ley, que regulan la conclusión y reapertura del concurso. Precisamente, caso de reapertura, puede estudiarse su consecuente liquidación.

7.1. Reapertura

Dispone el 179.2: «La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por inexistencia de bienes y derechos será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24».

De nuevo anticipo algunas dudas, pero me parece lo más seguro que la reapertura del anterior procedimiento concursal de persona jurídica (suspensión de pagos o quiebra), con causa en que se descubriesen nuevos bienes o derechos, generalmente, será competencia del mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del anterior juicio universal, a cuyo auto de reapertura se dará la publicidad meramente informativa o "publicidad-noticia" (art. 23), así como la correspondiente constancia registral en los registros jurídicos de personas y de bienes, en este supuesto en el Registro Mercantil u otros Registros públicos (Cooperativas, Fundaciones, etc.) y en el Registro de la Propiedad, etc. (art. 24), y que abrirá la fase de liquidación, a la que será de aplicación lo dispuesto en los arts. 145 a 153 de la Ley concursal. Será preciso que el Juez nombre órgano auxiliar, que sería el depositario y comisario en la quiebra; o interventores en la suspensión de pagos, con arreglo a la legislación derogada, aunque no resultaría forzada la interpretación que considerase procedente el nombramiento de administradores concursales *ex art. 27* de la nueva Ley, previa declaración de procedimiento ordinario o abreviado.

La tramitación procesal de la fase de liquidación de los bienes y derechos de la persona jurídica quebrada o suspensa, aparecidos con posterioridad al archivo del respectivo procedimiento, tendrá lugar conforme a lo previsto en la Sección 2ª Capítulo II del Título V de la citada Ley concursal. La apertura de la fase de liquidación tiene determinados efectos, sobre el deudor, según el art. 145, entre otros: la suspensión de sus facultades de administración y disposición; si fuese persona jurídica, que es el caso; su disolución y cese de administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, es decir, por el anteriormente mencionado órgano auxiliar; y, sobre los créditos concursales, según el art. 146, el vencimiento anticipado y conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones. Esta referencia a créditos concursales, recuerda la necesidad de que la administración concursal actualice la lista de acreedores, según dispone el art. 180, que comentaré en el siguiente epígrafe.

Según el art. 147, durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley, que regula los efectos de la declaración de concurso, es decir, deberán respetarse los arts. 40 a 73, en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación (capítulo II, del título V), particularmente las dedicadas a las operaciones de liquidación (art. 148 a 153). Precisamente, el citado art. 148 obliga a la administración concursal a presentar al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa (plan de liquidación) o la observancia de reglas legales supletorias *ex art. 149*, previo inventario de la masa activa, según previene el citado art. 180, para dedicar su producto al pago de los créditos contra la masa y de los concursales, previo reconocimiento y graduación ¿conforme a la normativa del procedimiento que se trate? Considero que deberán aplicarse los arts. 85 a

94 de la Ley concursal, pues debe actualizarse la lista de acreedores (art. 180). El pago a los acreedores, me parece, se hará conforme a lo dispuesto en los arts. 154 a 162, pues se incluyen en la fase de liquidación.

En la suspensión de pagos, la aprobación del convenio exige la constitución de una masa de acreedores (créditos concurrentes), a los cuales se les califica jurídicamente de forma concreta (con y sin derecho de abstención), en función de la relación de créditos preparada por la comisión interventora y, finalmente, aprobada por el juez: lista definitiva de acreedores (art. 12 de la Ley especial), aunque no tiene lugar la graduación de créditos, propiamente dicha, sino la formación de dos grupos de acreedores: a) acreedores con derecho de abstención; b) Resto de acreedores. El artículo 15 de la citada Ley señala: «Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del artículo 913 del Código de Comercio, podrán abstenerse de concurrir a la Junta, pero si concurrieran quedarán obligados como los demás acreedores». El art. 913.3º incluye los privilegiados por derecho común, es decir, los créditos vinculados con aquéllos mencionados en los artículos 1922, 1923 y 1924 del Código civil. El art. 22 concede el mismo derecho de abstención a los acreedores que invoquen los derechos reconocidos en los arts. 908 a 910 del C. de C., es decir, a los mal llamados acreedores de dominio.

En la quiebra, la graduación de los créditos reconocidos tiene lugar en junta de acreedores, señalando la naturaleza y lugar que debe ocupar cada uno, para que sean pagados con la preferencia que les corresponda. El Código de Comercio vigente dedica parte de la Sección Quinta, concretamente los arts. 912 al 919, a la graduación y pago de créditos. Ante la falta de un texto refundido y único, regulador de la preferencia y prelación de créditos de todas clases, puede decirse que en el Código civil se encuentran las disposiciones generales que han de mencionarse a la hora de dar alguna luz sobre la graduación de créditos en las quiebras, para la aplicación de lo establecido en el mencionado art. 913.3º del Código mercantil. En dicho contexto, los referidos artículos 1922, 1923 y 1924 del Código Civil.

Conviene recordar, en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, que el concurso de acreedores se calificará como fortuito o como culpable, en la sección sexta del procedimiento, según dispone el art. 164, aunque el tono imperativo del art. 179.2: «La reapertura... se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad», permite interpretar que la calificación de la conducta del deudor está vedada. Sin embargo, me inclino por la procedencia de tramitar también la sección sexta, para evitar quedasen impunes (civilmente) actuaciones irregulares de los administradores sociales de la persona jurídica deudora, desde la clausura hasta la reapertura, cualquiera que hubiese sido la calificación anterior, en su caso, y aplicando los arts. 164 a 173 de la Ley concursal, en la medida que no prevalezca, en dicha materia calificadora, el aludido principio de irretroactividad de las normas legales que bien pudieran considerarse sancionadoras. Si así fuese, la calificación de la conducta del deudor, durante el periodo transcurrido desde la clausura hasta la reapertura, se hará conforme a las disposiciones citadas de la derogada legislación concursal, salvo que se valore más acertado el criterio expuesto favorable a la observancia de los preceptos vigentes, particularmente en el caso de que la conducta a calificar corresponda a un periodo posterior al uno de septiembre de dos mil cuatro.

7.1.1. Inventario y lista de acreedores

El art. 180 dispone: «1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores».

Creo que es un texto claro, para actualizar la información sobre masa activa y pasiva en la declaración de concurso de deudor persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de masa activa (art. 179.1), así como en la reapertura del concurso de persona jurídica regulado en el referido art. 179.2, aunque no encuentro aplicación a que dicha actualización, en cuanto al inventario, consista en suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor y a corregir la valoración de los subsistentes, cuando la clausura del anterior concurso fue causada por inexistencia de masa activa, es decir, desde su conclusión no han podido salir ni subsistir bienes o derechos que no existían entonces, salvo que se hubiesen ocultado.

Sin embargo, cuando se trate de la declaración de nuevo concurso de persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de quita y espera, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra, por inexistencia de masa activa (art. 179.1), o de la reapertura de concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos de persona jurídica, recuerdo que en este último procedimiento no se menciona el inventario como documento contable y deberá ponerse en relación con el activo del balance *ex* art. 8 de la Ley especial, concretamente con la masa activa determinada por el juez, en el auto de declaración de insolvencia, respecto de la verificada por la intervención. En el concurso de acreedores, la masa activa la forman los síndicos (art. 1228 de la anterior LEC), y en la quiebra la sindicatura forma el inventario del haber (bienes y derechos) *ex* art. 1355 de la anterior LEC, en relación con los arts. 1079 a 1081 del primer C. de comercio. Lo expuesto queda como derecho histórico y en el transitorio habrá de actuarse según se expone en el apartado siguiente.

Respecto de la lista de acreedores, deberán actualizarse los créditos reconocidos en la quiebra (arts. 1380 y 1381 de la misma LEC), al igual que en la suspensión de pagos (art. 12 de la Ley especial), también de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente.

«2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta Ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización».

Los capítulos citados se refieren a la determinación de las masas activa (arts. 76 a 83) y pasiva (arts. 84 a 94), que comprende la calificación de créditos, referidas a la fecha del auto de reapertura, su publicidad e impugnación (arts. 95 a 97).

El inventario de la masa activa de persona natural no casada y de persona jurídica, según el art. 82, consistirá en una relación con los siguientes datos: 1) Descripción de bienes y derechos; 2) Naturaleza; 3) Características; 4) Lugar en que se encuentran; 5) Datos de identificación registral; 6) Gravámenes, trabas y cargas; y, 7) Valoración. Cuando el deudor fuese persona casada, dicho inventario incluirá, además, la relación de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. A dicho inventario se añadirán dos relaciones, a saber: a) Una, con los litigios cuyo resultado pueda afectar a los bienes y derechos incluidos en el mismo; b) Y otra, con las acciones que debieran promoverse para la reintegración de la masa activa (art. 71). En estas dos relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales. Además, cuando la administración concursal haya acudido a expertos independientes para la valoración de los bienes y derechos inventariados, unirán al inventario los informes emitidos por tales expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa, según dispone el art. 83.2.

La lista de acreedores comprenderá dos relaciones, a saber:

A) Relación de créditos incluidos, ordenada en el apartado 2 del art. 94, se presentará con múltiples columnas, a saber: 1) identidad; 2) causa; 3) principal comunicado; 4) intereses y sanciones comunicados; 5) principal reconocido; 6) intereses y sanciones reconocidos; 7) Suma, en su caso; 8) fechas de origen; 9) fechas de vencimiento; 10) garantías personales; 11) garantías reales; 12) calificación jurídica del principal y de los intereses o sanciones; 13) carácter de litigioso del principal o de los intereses (sin cuantía); 14) condicionales; 15) pendiente de excusión; 16) falta de comunicación oportuna; u otras, si se incluye la dirección de los acreedores, aun que no se menciona, salvo que se considere implícita en la identidad, así como si se incorpora una columna final, para observaciones o para referenciar anexos, que resultarán convenientes para dejar constancia de datos complementarios de los créditos verificados. Si el deudor fuese persona casada, en régimen de gananciales o de comunidad de bienes (art. 86.3), se presentarán dos relaciones de acreedores separadas, es decir, los créditos que sólo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privado y los que puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio común.

B) Relación de créditos excluidos (apartado 3 del art. 94), que expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión, es decir, no presentará importes, al parecer, sólo la identidad del acreedor y la causa de su exclusión, aunque considero una omisión cuestionable, pues debiera figurar el importe declarado por el deudor o reclamado por el acreedor.

El apartado 4 del art. 94 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 son ajenas al proceso concursal y ostentan derecho de ejecución separada, y que resultará indispensable con vistas a la liquidación en curso.

7.2. Apertura de concurso por incumplimiento de convenio

El número 2 de la referida disposición transitoria primera dispone que la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en

cualquiera de los procedimientos concursales derogados, a los que se ha hecho mención [suspensión de pagos (art. 17 LSP) y quiebra (art. 906 C. de C.)], y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley, producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella (arts. 144 a 153 de la Ley concursal).

Según la Magistrada Hernández Rodríguez⁹⁶: «... en estos casos, en lugar de continuar con la tramitación establecida en la legislación anterior..., se abre el concurso del deudor, a los solos efectos de liquidación, es decir, con una tramitación muy limitada, sin fase común... no se trata de un concurso completo, en el sentido de la Ley concursal, sino de la integración de la legislación concursal anterior con la nueva...».

Conocerá de este concurso el mismo Juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal, es decir, se sustrae a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y mantendrá la competencia el mismo Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento anterior, cuyo convenio ha sido declarado incumplido.

Puntualiza la Magistrada Hernández Rodríguez⁹⁷: «La opción del legislador, en realidad, no supone una excepción a las normas sobre competencia objetiva, que impide el conocimiento de la materia concursal por parte de los Juzgados de Primera Instancia, sino precisamente el mantenimiento en este aspecto del principio de irretroactividad, al mantener la competencia del Juez de Primera Instancia a pesar el nuevo cauce procesal a seguir».

El auto de apertura de concurso, por incumplimiento de convenio aprobado en suspensión de pagos o quiebra, además de la apertura de la fase de liquidación, tendrá necesariamente otros pronunciamientos, además de declarar si se tramita como procedimiento ordinario o abreviado (art. 180): a) Nombramiento de administradores concursales⁹⁸; b) El requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a

⁹⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar “Algunos problemas del régimen transitorio de los procedimientos concursales iniciados al amparo de la legislación anterior”, pág. 299. Anuario de Derecho concursal, 4/2005, Editorial Aranzadi, S. A.

⁹⁷ Op. Cit., pág. 299.

⁹⁸ Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.

1. La administración concursal estará integrada por los siguientes miembros:

1º Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.

2º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.

3º Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. El juez procederá al nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurran esas condiciones. Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, designará, conforme al procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.º anterior, el cual estará sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal. En caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona natural en quien no concurra la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar en la administración concursal o designar un profesional, que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2.º anterior, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, quedando sometido el profesional así designado al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneración que los demás miembros de la administración concursal.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1:

1º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, en lugar del economista, auditor o titulado mercantil, será nombrado administrador concursal personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona

contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6; c) En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo; d) El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23; e) La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso; f) En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado a que se refiere el capítulo II del título VIII de esta ley; g) La formación de las secciones segunda, tercera⁹⁹ (indispensable, creo, para la preparación del plan de liquidación de la masa activa), cuarta¹⁰⁰ (indispensable, me parece, para el pago a los acreedores), quinta (liquidación) y sexta (calificación).

La procedencia de preparar la lista de acreedores, que incluirá como créditos concursales los devengados con anterioridad al Auto de apertura de la fase de liquidación, así como su clasificación, y la relación de créditos contra la masa, por la administración concursal, se deduce del Auto de Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Pamplona, de fecha 17 de abril de 2007: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- En fecha 7 de noviembre de 2006, por la HACIENDA TRIBUTARIA DE NAVARRA, se formuló demanda incidental contra la concursada y la Administración Concursal de la misma en la que solicitaba:..."dicte sentencia por la que se declare y

propuesta por ésta de similar cualificación, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla. El abogado y el miembro de la administración concursal representante del acreedor serán nombrados por el juez a propuesta del fondo de garantía al que esté adherida la entidad o quien haya asumido la cobertura propia del sistema de indemnización de inversores.

2º En caso de concurso de será nombrado en lugar del acreedor el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, quienes deberán comunicar al juez de inmediato la identidad de la persona natural que haya de representarlos en el ejercicio del cargo. Por lo que se refiere a la designación del administrador abogado y al auditor, economista o titulado mercantil, el juez los nombrará de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

3º Cuando se aplique el procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191, la administración concursal podrá estar integrada por un único miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reúna los requisitos previstos en el apartado 1.

3. El nombramiento de los profesionales que hayan de integrar la administración concursal conforme a lo previsto en el apartado 1 se realizará por el juez del concurso entre quienes, reuniendo las condiciones legales, hayan manifestado su disponibilidad para el desempeño de tal función al Registro oficial de auditores de cuentas o al correspondiente colegio profesional, en el caso de los profesionales cuya colegiación resulte obligatoria. A tal efecto, el referido registro y los colegios presentarán en el decanato de los juzgados competentes, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria se inscribirán en las listas que a tal efecto se elaborarán en el decanato de los juzgados competentes. La incorporación de los profesionales a las respectivas listas será gratuita. Los profesionales implicados acreditarán en todo caso su compromiso de formación en la materia concursal.

4. Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas. La intervención de estos profesionales no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso.

Artículo 191.2. 2. En el procedimiento abreviado la administración concursal estará integrada por un único miembro de entre los previstos en el punto 3.o del apartado 2 del artículo 27, salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario.

⁹⁹ La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa.

¹⁰⁰ La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos. En esta sección se incluirán también, en pieza separada los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

reconozca: 1º) Como crédito contra la masa el derivado del "Exp. 98-11723 Aplazamiento Especial", excluido el "2º Aval Sonagar". Subsidiariamente reconocer como crédito con privilegio general ex art. 91.2 de la Ley Concursal la cantidad de 90.855,97 € correspondientes a retenciones de trabajo, y como créditos con privilegio general ex art. 91.4 de la Ley Concursal, la cantidad de 167.497,22 € de IVAs; y como créditos con privilegio general ex art. 91.4 la cantidad de 335.956,51 € de la cantidad pendiente de pago del "2º Aval Sonagar". 2º) Como crédito contra la masa la cantidad de 384.489,10 € de créditos devengados con posterioridad a la aprobación del convenio de acreedores de la suspensión de pagos de OPTODISC, S.A.

3ª) Como crédito contra la masa la cantidad de 40.160,52 € devengados con posterioridad a la declaración de suspensión de pagos de OPTODISC, S.A. y condenando a las partes demandadas a estar y pasar por dicha declaración y reconocimiento, así como al pago a mi representada de las cantidades señaladas".

SEGUNDO.- Por Providencia de fecha 13 de noviembre de 2006, se acordó emplazar a las partes personadas por diez días conforme a lo previsto en el art. 194.3 de la Ley Concursal, para que contestaran la demanda en la forma prevenida en el art. 405 LEC. Este trámite fue evacuado por la Administración Concursal de DIGIPACK OPTICAL DISC, S.A.

TERCERO.- Por Providencia de fecha 8 de Marzo de 2007 se convocó a las partes a la celebración de vista oral el día 12 de Abril de 2007, habiendo tenido lugar la misma con el resultado obrante en acta y en soporte audiovisual y en la que, tras formular sus conclusiones las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- Solicita la Hacienda impugnante que una serie de créditos, con derecho de abstención reconocido en el anterior procedimiento de suspensión de pagos de la concursada DIGIPACK OPTICAL DISK SA, reciban en este posterior procedimiento concursal la calificación de créditos contra la masa, argumentando que teniendo derecho de ejecución separada en el anterior procedimiento ello no puede ser alterado como consecuencia de que se haya abierto un nuevo proceso concursal al amparo de lo que dispone la disposición transitoria Primera de la Ley Concursal. Tal pretensión debe ser desestimada, en aplicación de la propia disposición transitoria citada, pues esta sólo contempla la aplicación de la legislación anterior a los procedimientos de suspensión de pago en tramitación a la entrada en vigor de la Ley Concursal, hasta su conclusión. La conclusión del procedimiento de suspensión de pagos de la entidad DIGIPACK OPTICAL DISK SA tuvo lugar con la firmeza de la sentencia que declaró el incumplimiento del convenio alcanzado en el mismo, por lo que no cabe aplicar en este concurso de acreedores las normas de calificación de créditos propias del procedimiento de suspensión de pagos ya que no estamos ante el mismo procedimiento sino ante dos procedimientos distintos, como se extrae de la disposición transitoria citada en su segundo apartado.

En definitiva al procedimiento de suspensión de pagos ya concluido eran de aplicación las normas de su Ley reguladora; al nuevo procedimiento de concurso de acreedores, abierto de oficio por incumplimiento del convenio aprobado en la suspensión de pagos, solo le son aplicables las normas de la Ley Concursal en su integridad, incluyendo por tanto las que regulan la calificación de los créditos. Por lo demás, así se dijo ya en el auto de declaración de concurso de 19/6/2006.

La expresión de la DT Primera LC, según la cual la apertura del concurso "a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación" regulada en dicha Ley, debe ser correctamente interpretada. Esta oscura dicción legal no significa que directamente, al acordar la apertura o declaración del concurso, se deba acordar la apertura de la fase de liquidación; lo que significa es que ese concurso cuya declaración impone la Ley, sólo

puede desembocar en la liquidación del patrimonio del deudor concursado, nunca en un nuevo convenio. Previamente a abrir la liquidación se hace preciso tramitar la fase común del concurso, a fin de determinar la composición de la masa activa que debe ser objeto de la liquidación y la masa pasiva que se integra en el concurso, debiendo ser los créditos objeto de la oportuna calificación y graduación conforme a las normas de la LC. De no seguirse la fase común, la liquidación conforme a las normas de Ley Concursal sería inviable ya que en el capítulo que dicha Ley dedica a la fase de liquidación (a la que remite la DT 1ª LC), su sección 4ª contiene las normas relativas al pago de los acreedores, como consecuencia de la liquidación, referidas siempre a los créditos reconocidos y clasificados conforme a las normas correspondientes de la propia Ley Concursal (arts. 84 y ss LC), completamente diferentes a las que regían en el derogado procedimiento de suspensión de pagos. Procede en este punto desestimar la demanda incidental

SEGUNDO.- De forma subsidiaria a la pretensión anterior, solicita la incidentante que sus créditos por retenciones del IRPF por importe de 90.855,97 euros, se reconozcan con la calificación de prevista en el art. 91.2º de la LC. A tal pretensión no se opone la administración concursal, por lo que no existe obstáculo para acoger en este punto la demanda

TERCERO.- Se pide igualmente que un crédito al que se denomina "2º aval Sonagar" por importe de 335.956,51 euros, se califique como crédito con privilegio general del art. 91.4º LC en lugar de crédito ordinario como lo ha sido en la lista de acreedores, dado que, según se dice se trata de un crédito de derecho público porque se corresponde a subvenciones no reintegradas, de conformidad con el art. 21.3 de la Ley Foral de Subvenciones de 1997. La administración concursal en su contestación a la demanda no admite que dicho crédito tenga la consideración de crédito derecho público, manifestando ignorar su origen. En tal tesitura la carga de probar sus alegaciones corresponde a la entidad impugnante, de conformidad con lo que establece el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La simple afirmación del acreedor impugnante en su demanda, aunque sea una entidad pública, entorno a la condición de subvención no reintegrada de un crédito concursal, no basta para considerar acreditado este extremo, que es el que le concedería la calificación reclamada; no se ha presentado ninguna otra justificación de lo alegado ni es hecho notorio que todos los avales que pueda haber pagado Sonagar sean necesariamente créditos de derecho público. Conviene tal vez precisar que si bien en la certificación acompañada al escrito de comunicación de créditos (doc nº 2 de la contestación) se hace referencia bajo el epígrafe CRÉDITOS CONTRA LA MASA a un crédito por importe de 315.537, 24 euros bajo el título de REINTEGRO SUBVENCIÓN INVERSIÓN Y EMPLEO RESOLUCIÓN 628/2005, se trata de un crédito distinto que es objeto de impugnación separada en la demanda (englobado en la que denomina 2ª Causa de impugnación) y sobre el que se resuelve en el siguiente fundamento jurídico. Procede por ello desestimar en este punto la demanda.

CUARTO.- Se pide en la demanda que los créditos devengados por la Hacienda después de la aprobación del convenio en el precedente procedimiento de suspensión de pagos, por importe total de 384.489,10 euros, sean calificados como créditos contra la masa. Nos remitimos aquí a lo argumentado en el auto de declaración de concurso sobre la interpretación que debe darse a la disposición transitoria primera de la LC en su apartado 2.

Las reglas de calificación aplicable son las establecidas en la Ley Concursal y en ella no se contiene precepto alguno que confiera la condición de créditos contra la masa a los surgidos antes de la declaración de oficio de un concurso por incumplimiento del convenio aprobado en una suspensión de pagos. Los créditos contra la masa son

exclusivamente los designados como tales en la LC (esencialmente en el art. 84.2) y entre ellos no se cuentan los créditos a que hace referencia la demandante.

Se dice en la demanda que estos créditos fueron calificados como ordinarios en la lista de acreedores, lo que no es desmentido por la administración concursal, que propone su calificación conforme a la norma contenida en el art.91.4º LC en cuanto al principal (370.580,01 euros), como subordinado del art. 92.3º la cantidad correspondiente a intereses de demora (2.900 ,54 euros) y como subordinados del art.92.4º la cantidad correspondiente a recargos (11.008 ,55 euros). Como hemos sostenido en alguna otra resolución, esa última calificación que es la que procede hacer en esta resolución, pues en lo relativo a la calificación de créditos entendemos que no ha de jugar el principio dispositivo propio del proceso civil. Basta que se solicite el reconocimiento en trámite incidental de un determinado crédito para que pueda el tribunal otorgarle la calificación que proceda, aunque las partes erróneamente hayan perseguido otra u otras. Debemos considerar que en esta materia entra en juego un interés superior al de las partes que han tomado parte en el incidente, como es el del conjunto de la masa pasiva y, precisamente por ello, el que las normas de calificación de créditos en el concurso hayan de considerarse de derecho necesario e inderogables sin la voluntad, cuando menos mayoritaria, de la masa pasiva. En definitiva, la calificación de los créditos, una vez entablada la controversia por el trámite incidental, no entra dentro del ámbito de disposición de las partes en el incidente, sino que es materia de derecho imperativo, procediendo sancionar la calificación legalmente impuesta, sin venir el órgano judicial constreñido por los concretos pedimentos que en esta específica materia hubieran hecho los interesados comparecidos en el Incidente.

En relación a la calificación de los créditos por recargos tributarios como subordinados, procede ratificar aquí el criterio ya sostenido en diversas resoluciones previas sobre esta cuestión: Los recargos tributarios deben ser calificados en el concurso de acreedores como crédito subordinado, por aplicación del artículo 92.4º de la Ley Concursal que atribuye tal condición a "Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias"...

QUINTO.- Solicita la incidentante que sus créditos en concepto de liquidaciones de IVA correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2006, se califiquen como créditos contra la masa. Habiendo sido declarado el concurso de acreedores mediante auto de 19/6/2006, los impuestos correspondientes a hechos imposables anteriores a esa fecha no pueden recibir la consideración de créditos contra la masa. Es aplicable aquí en su integridad la argumentación contenida en el anterior fundamento jurídico.

En consecuencia, el principal (32.665,70 euros) deberá reconocerse en la forma prevista en el art. 91.4º LC en relación al 89.3; el importe correspondiente a intereses (216,83 euros) en la forma prevista en el art. 92.3º LC y el correspondiente a recargo de apremio (7.277 ,99 euros), como prescribe el art. 92.4º LC». D. Ildefonso Prieto García Nieto.

En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación procederá la formación de la sección de calificación (art. 163.1.2º), aunque se hubiese tramitado en el procedimiento anterior y que no habrá tenido lugar en la quita y espera. Sin embargo, no debo desconsiderar la prevención: «producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella», pero me inclino por considerar procedente la tramitación de la sección sexta de calificación, como he comentado en el epígrafe anterior sobre reapertura del procedimiento, para valorar la conducta del deudor durante la vigencia del convenio.

Dicha liquidación se practicará conforme a lo dispuesto en los arts. 145 a 162 de la Ley concursal y reitero algunos efectos sobre el deudor y los acreedores, que se

contemplan en el art. 145 (suspensión de las facultades de administración y, en su caso, extinción del derecho a alimentos, caso de persona natural, o disolución societaria y cese de administradores o liquidadores, si el concursado fuese persona jurídica) y 146 (vencimiento anticipado de los créditos), respectivamente, así como la publicidad correspondiente, además de la necesaria actualización de la masa activa y pasiva (arts. 76 a 94), en los términos expuestos en el epígrafe anterior.

La Magistrada Hernández Rodríguez¹⁰¹ ofrece su autorizada opinión sobre algunos de los pasajes anteriores y contempla otros escenarios posibles:

«1. El convenio incumplido con auto de declaración de incumplimiento. Este supuesto no plantea ningún problema puesto que es el específicamente referido en la Ley. Por lo tanto, si se declara el incumplimiento del convenio, el juez que dicta esta resolución, a continuación, de oficio, deberá declarar el concurso del deudor, sin necesidad de argumentar sobre su situación de insolvencia, y a los solos efectos de la tramitación de la fase de liquidación. No obstante, nada impide que algún legitimado solicite la declaración de concurso ante el juzgado de Primera Instancia competente. En cambio, si en este caso algún legitimado instase la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil, la resolución procedente sería la de inadmisión de la solicitud.

2. El convenio incumplido sin resolución que lo declare. Este problema se plantea en aquellos supuestos en que, transcurrido el plazo en que debió ser cumplido el convenio, no existe resolución judicial al respecto y es solicitada la declaración de concurso. La aplicación de la disposición transitoria analizada exige la previa resolución declarando el incumplimiento del convenio, pero se plantea la situación de que ningún acreedor haya instado tal pronunciamiento y el deudor, ante su situación de insolvencia, solicite la declaración de concurso. En este caso, como no existe resolución judicial, no es posible acudir a la vía prevista expresamente por la disposición transitoria. La referida disposición únicamente da respuesta al supuesto perfecto de que el incumplimiento del convenio sea declarado judicialmente y deja en cambio sin prever específicamente lo que sucede en aquellos casos en que se ha incumplido por no satisfacer las deudas en los términos acordados, pero no exista resolución judicial al efecto. El problema se plantea en el supuesto de que se presente una solicitud de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil. De tratarse de una solicitud de concurso voluntario y presentarse completa la documentación exigida (art. 6 LC), lo que es en todo caso preciso para la admisión a trámite de la solicitud, o con mayor precisión, para su no inadmisión, en tanto que legalmente no se prevé una resolución admitiendo a trámite, de ella se extraerá el incumplimiento del convenio, con lo que será posible traer a colación la disposición transitoria y abstenerse de conocer por falta de competencia objetiva, ante la situación de incumplimiento, debiendo las partes acudir al órgano de primera instancia competente para recabar una resolución que declare el incumplimiento. En cambio, en aquellos supuestos en que, a pesar de haberse aportado toda la documentación exigida, ésta estuviera incompleta y la contabilidad se hubiera llevado incorrectamente, de modo que no sea posible conocer en esa fase de admisión tan breve la previa existencia de un convenio incumplido, y en los supuestos de solicitud de concurso necesario en el que no existe oposición o habiéndose producido ésta, de la documentación aportada no se extrae el incumplimiento de un convenio, la solución será diferente: si se acredita la situación de insolvencia, se declarará el concurso con la consecuencia de que una vez que se tenga conocimiento en la fase común de la existencia del convenio, deberá concluirse el concurso, por aplicación de la disposición transitoria 1ª, y tendrán que

¹⁰¹ Op. cit., págs. 306-308.

acudir las partes al Juez que conoció del procedimiento anterior, o de postularse la solución antes aludida que residencia la cuestión en reglas de competencia objetiva, deberá abstenerse de conocer el juez que está tramitando el concurso apreciando de oficio su falta de competencia objetiva, indicando la competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente, con la fatal consecuencia de declaración de nulidad de todo lo actuado, que sin duda habrá representado importantes costes (art. 48 LECiv). No obstante, la problemática se mantiene en los supuestos en los que los acreedores, a pesar de que exista un incumplimiento del convenio, por diferentes motivos, no instan la declaración judicial de incumplimiento. Ha de partirse de que con carácter general únicamente se otorga la iniciativa para instar el incumplimiento a los acreedores (arts. 17-IV LSP y 906 CCom.), con lo que se plantea la situación del deudor que desea la declaración de incumplimiento para poder abrir posteriormente un concurso. En este caso la solución no puede pasar por entender que no resulta de aplicación la disposición transitoria primera por la falta de declaración de incumplimiento y el deudor puede instar la declaración de concurso ante el juzgado de lo Mercantil. Téngase en cuenta que, de declararse el concurso en este supuesto, en algún momento, siquiera tácitamente, el juez del concurso tendría que pronunciarse sobre el incumplimiento del convenio, decisión para la que no resulta competente. Por ello, la vía posible parece ser la necesidad de que sea el propio deudor el que provoque la declaración judicial de incumplimiento, cuando se dé esta situación, no se haya instado esta declaración por parte de los acreedores y al deudor le interese la liquidación, entendiendo que sí se encuentra legitimado el deudor para solicitar tal pronunciamiento.

3. El convenio en fase de cumplimiento. El problema es similar en resultados al anterior, el supuesto en que aprobado un convenio, cuando éste se encuentra aún en fase de cumplimiento, algún legitimado interesa la declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil (lo que ya ha sucedido en algunos tribunales). En este caso, si de la documentación aportada con la solicitud de concurso o en la vista tras oposición (lo que será más fácil en el supuesto de concurso voluntario), al igual que en el supuesto anterior, se extrae la vigencia de un convenio, debe inadmitirse a trámite la solicitud de concurso. En el supuesto de que no se tuviese ese conocimiento en el momento de solicitar el concurso y se declarase éste, desde que constase en autos su vigencia, deberá terminarse en ese momento el concurso por estar otro procedimiento abierto sobre la misma materia con clara litispendencia entre ambos o, según la segunda postura, dictarse un auto, absteniéndose el juez del concurso de conocer y dando lugar a la nulidad de todo lo actuado (art. 48 LECiv). Esto incluso en el supuesto de que la solicitud la hubiese presentado un acreedor no afectado por el convenio. Lo que no podrá hacerse es ampararse en esa nueva solicitud para obtener otro convenio que sustituya al anterior, bien durante su vigencia, bien ante el incumplimiento del mismo. Dejando a un lado las teorías sobre la naturaleza jurídica del convenio, la Ley Concursal opta claramente por su consideración como un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad goza de gran libertad (aunque en la práctica se encuentra sumamente limitada). Sin embargo, es un negocio jurídico en el que no existe posibilidad de novación una vez aprobado (aprobación que en todo caso es judicial). Si se produce un incumplimiento o varían las circunstancias a lo largo de su vigencia, no es posible la aprobación de un nuevo convenio que sustituya al anterior puesto que la consecuencia se encuentra legalmente establecida, sin posibilidad de excepción, la apertura de la liquidación. Esto implica, que la única posibilidad de burlar la aplicación de esta regla que impone la liquidación viene dada por la inactividad de las partes denunciando esta falta de cumplimiento (que no puede ser declarada de oficio por el juez). Esto es así, incluso en el supuesto de que sean nuevos algunos de los acreedores que no resultaron afectados por el anterior convenio o

de acreedores que según la legislación anterior quedaban fuera de él, puesto que en los convenios han de tenerse en cuenta las posibilidades de cumplimiento de las deudas no sólo de los acreedores a quienes afecten, sino también de terceros y de las futuras».

7.2.1. Retribución de los administradores concursales

El art. 9 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, sobre el arancel de derechos de los administradores concursales, establece: «2. La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al diez por ciento de la retribución aprobada para la fase común. A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al cinco por ciento de la retribución aprobada para la fase común».

Se suscita el problema de que no consta la retribución aprobada para la fase común, aunque sí se conocerá la masa activa y pasiva de la suspensión de pagos o la quiebra, causa de la apertura del concurso y de la tramitación de la fase de liquidación. Parece razonable, por tanto, que el Juez señale la retribución de los administradores concursales conforme a lo dispuesto en el art. 4¹⁰² del citado arancel, aprobado por Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que servirá de base para el cálculo del diez por ciento o del cinco por ciento, como retribución durante la fase de liquidación.

8. Rendición de cuentas

Dispone el artículo 181. *«1. Se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas».*

Conviene recordar el art. 38.4 de la Ley concursal: *«En caso de cesar cualquiera de los administradores concursales antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación en las competencias que le hubieran sido atribuidas individualmente, en su caso. Cuando el cese afecte a todos los miembros de la administración concursal, el juez ordenará a ésta que rinda cuentas de su entera actuación colegiada hasta ese momento, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a cada uno de los administradores conforme a las reglas del artículo 36. Estas rendiciones de cuentas se presentarán por los citados administradores dentro del plazo de un mes, contado desde que les sea notificada la orden judicial, y serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso».*

La inclusión de una completa rendición de cuentas por la administración concursal, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las

¹⁰² 1. Si el concursado tuviera intervenido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, la retribución de cada uno de los administradores concursales en la fase común será la suma que resulte de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los porcentajes correspondientes establecidos en el anexo de este Real Decreto... 4. El valor de la masa activa será el que resulte del inventario definitivo, y el valor de la masa pasiva, el que resulte de la lista de acreedores definitiva...

facultades de administración conferidas, será exigible en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso, tanto cuando se le hayan atribuido facultades de intervención como en el caso que se le hayan concedido facultades de administración, es decir, cuando el juez haya acordado la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, decisión explícita en la fase de liquidación y en el concurso de la herencia (art. 40). La cumplida justificación requerida, además de documental, exige explicación, justificación y motivación.

La inclusión de una completa rendición de cuentas por la administración concursal, en todos los informes previos al auto de conclusión del concurso, aconseja identificar los citados informes previos, al parecer relacionados con la conclusión del concurso, regulado en los arts. 176 a 178 de la Ley concursal. Efectivamente, el art. 176 establece que procederá la conclusión y el archivo de las actuaciones, entre otros, en los siguientes casos:

«3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio».

Supuesto extraordinario e infrecuente, en la práctica concursal reciente, pero que parece sugiere la posibilidad de que el deudor o un tercero (acreedor u órgano auxiliar) pueda acreditar ante el juzgado que los acreedores concurrentes han sido totalmente satisfechos en sus derechos de crédito, v. gr., cuando con el producto de la liquidación se hayan pagado a todos los acreedores concursales y contra la masa, aunque puede tener lugar durante la fase común y de convenio. Habiéndose especificado el pago¹⁰³ y la consignación¹⁰⁴, como causa de la referida clausura, la mención a la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio puede relacionarse con otras formas de extinción de las obligaciones¹⁰⁵.

El auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 Vitoria-Gasteiz, de fecha dos de junio de dos mil seis, declara concluso el procedimiento concursal por haberse acreditado el pago realizado a la totalidad de acreedores de la concursada, incluidos en el informe de la Administración concursal, así como el de los créditos contra la masa devengados: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- Con fecha 23 de Febrero de 2006 la concursada presentó escrito interesando se dictara auto acordando la conclusión del concurso, el archivo de las actuaciones y el alzamiento de la intervención de los administradores concursales, con base en las manifestaciones contenidas en el mismo y que se dan por reproducidas

SEGUNDO.- De tal pretensión se dio traslado a la Administración concursal, a los efectos oportunos. Con fecha 20 de Marzo de 2006 dicha administración presentó escrito en el que entre otras alegaciones, manifestaba no oponerse a la terminación del concurso, por los motivos que constan en dicho escrito y que se dan igualmente por reproducidos.

TERCERO.- Por resolución de 20 de Marzo de 2006 se requirió a la administración concursal para que en el plazo de 15 días presentara la rendición de cuentas que debe acompañarse al informe favorable de conclusión y para que indicara si a la fecha de su presentación se encontraban satisfechos los créditos contra la masa vencidos.

¹⁰³ Arts. 1157 a 1175 C. civil.

¹⁰⁴ Arts. 1176 a 1181 C. civil.

¹⁰⁵ Arts. 1187 a 1202 C. civil.

CUARTO.- Con fecha 19 de Abril de 2006 se evacuó dicho traslado en los términos que obran en el escrito presentado a tal fin y que se da por reproducido.

QUINTO.- Por resolución de fecha 21 de Abril de 2006 se dio a las partes personadas el traslado previsto en el artículo 176.2 LC por plazo de quince días, a los fines establecidos en el mismo.

SEXTO.- Con fecha 25 de Abril de 2006 se presentó escrito por D... realizando una serie de manifestaciones, sin que en el plazo anteriormente mencionado ninguna de las partes personadas se opusiera a la terminación del concurso interesada.

SEPTIMO.- Dado traslado de tal escrito a la administración concursal, ésta evacuó el mismo en el sentido de exponer que el citado Sr... es deudor y no acreedor de la concursada y que la reclamación efectuada al mismo por el Letrado de ésta ha contado con el consentimiento de dicha administración, siendo correcta conforme se deduce de la documentación que se aporta.

OCTAVO.- Por resolución de 1 de Junio de 2006 quedaron los autos en poder de SSª a fin de dictar la resolución que proceda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- El artículo 176.1.3 LC establece que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. Por otro lado, cabe mencionar que contra el auto que declare la conclusión del concurso no cabe recurso alguno (art. 177.1 LC); llevando implícita tal declaración los pronunciamientos contenidos en el artículo 178.1 del citado texto legal, sin olvidar asimismo lo dispuesto en el artículo 181.3 LC.

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, ha quedado acreditado el pago realizado a la totalidad de acreedores de la concursada incluidos en el informe de la Administración concursal, así como el de los créditos contra la masa devengados y no susceptibles de generación sucesiva como consecuencia necesaria de la continuidad del expediente (arrendamientos de locales y retribuciones de administradores), los cuales se encuentran garantizados por la tesorería existente en la empresa. Dicho pago ha sido efectuado por la mercantil ECLAIR PRYM BELGIUM S.A., único accionista de la concursada, durante la fase común del presente procedimiento, desapareciendo en consecuencia la pluralidad de acreedores exigida para la tramitación del mismo. Por todo ello, una vez cumplimentados los trámites que exige el artículo 176.2 LC y no existiendo oposición alguna legítimamente articulada para no acordar la conclusión del concurso interesada, concurriendo los presupuestos establecidos en los citados preceptos para declarar la misma en relación con la mercantil concursada ECLAIR PRYM ESPAÑA S.A., ha lugar a dictar resolución acordando tal conclusión y el archivo de las actuaciones, con los pronunciamientos vinculados a la misma que correspondan y la publicidad establecida en el artículo 177.3 LC. Asimismo, y no habiéndose efectuado en tiempo legal oposición alguna a la rendición de cuentas presentada por la administración concursal, procede aprobar las mismas conforme previene el artículo 181.3 LC.

PARTE DISPOSITIVA: 1.- Se declara concluso el presente procedimiento concursal número 109/05, referente al deudor ECLAIR PRYM ESPAÑA S.A., con aprobación de las cuentas presentadas por la Administración concursal. 2.- Se acuerda el archivo de las actuaciones. 3.- Se acuerda el cese de las limitaciones a las facultades de administración y disposición del deudor que estuvieren subsistentes. 4.- Líbrense mandamientos de cancelación de la inscripción de declaración de concurso a los Registros en los que se inscribió la citada declaración. 5.- Anúnciese la resolución en el Boletín Oficial del Estado y en el periódico DEIA. Contra este auto no cabe recurso alguno (artículo 177.1 de la LC)» Doña Blanca Idoia Martínez de Luna Loza.

Por Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Madrid, de fecha veintidós de diciembre de dos mil seis, se acuerda la conclusión del concurso necesario por haberse acreditado por la administración concursal que han sido completa y absolutamente satisfechos todos los créditos concursales y todas los créditos contra la masa, según previene el art. 176.1.3º de la Ley concursal: «I.- ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- En fecha 4 de noviembre de 2005 se dictó Auto por el que se declaraba en concurso necesario al deudor Sieberdeen. A.I.E., a instancia de la Procuradora..., en nombre y representación de D. Ángel.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado en fecha 14 de marzo de 2006 la Administración concursal presentó informe del inventario de bienes y derechos de la entidad concursada Sieberdeen, A.I.E., quedando unido a los autos mediante providencia de fecha 3 de abril de 2006.

TERCERO.- Mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2006 la Administración concursal presentó escrito informando sobre los pagos efectuados a los acreedores en cumplimiento del acuerdo alcanzado entre la concursada Sieberdeen, A.I.E., las mercantiles Siemens, S.A. y Tecnología de Hidrocarburos e Infraestructuras Energéticas, S.A.(en adelante TEHISA), y D. Ángel, en orden a la conclusión del concurso.

CUARTO.- Mediante escrito de fecha 24 de julio, completado mediante escrito de 21 de septiembre de 2006, las entidades Siemens, S.A., Tecnología de Hidrocarburos e Infraestructuras Energéticas, S.A. (TEHISA), y D. Ángel y Dª Mª Luisa solicitaron la conclusión del concurso, en base a las circunstancias expuestas en los citados escritos y que aquí se dan por reproducidas.

QUINTO.- Por providencia de fecha 25 de septiembre de 2006, se acordó dar traslado de la citada solicitud de la conclusión del concurso a la Administración concursal, para que en el término de un mes procediera a la emisión del correspondiente informe sobre la conclusión, así como sobre la rendición de cuentas, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado en fecha 26 de octubre de 2006, cuyo contenido se da aquí íntegramente por reproducido, informe que fue puesto de manifiesto en Secretaría del Juzgado por el plazo de quince días, según consta acordado en providencia de fecha 30 de octubre de 2006.

SEXTO.- En fecha 23 de noviembre de 2006 el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, presentó escrito relativo al aludido informe, formulando oposición a la conclusión del concurso aludiendo a la falta de reconocimiento., pago de la liquidación num., en concepto de IRPF por trabajo persona 2T-2003 (sanción) anunciando que se había presentado demanda incidental contra la Administración concursal solicitando el reconocimiento y pago del referido crédito por importe total de... euros.

SÉPTIMO.- En la misma fecha aludida, el Abogado del Estado actuando en representación y defensa de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria presentó demanda incidental impugnando la lista de acreedores confeccionada por la Administración concursal, si bien mediante escrito presentado en fecha 13 de diciembre de 2006 solicitó el archivo de la referida demanda por satisfacción extraprocésal, acordándose de conformidad con tal solicitud mediante Auto de fecha 21 de noviembre de 2006.

OCTAVO.- Mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2006, la Administración concursal presentó adición al informe sobre la rendición de cuentas, en el que ponía de manifiesto el pago del crédito contra la masa efectuado a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por importe de..., acordándose mediante providencia de

fecha 29 de noviembre de 2006 su puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el plazo de tres días, con el resultado que consta en autos.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- Puesta de manifiesto por las entidades Siemens, S.A., Tecnología de Hidrocarburos e Infraestructuras Energéticas, S.A.(TEHISA), y por D. Ángel y D^a M^a Luisa la causa de conclusión del concurso de la entidad Sieberdeen A.I.E. recogida en el artículo 176.1.3º LC, el Juez del concurso debe analizar si concurren los presupuestos legales para pronunciarse de conformidad con lo interesado. Según el aludido artículo procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: “(...)3º, En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio”. La claridad del texto legal, en orden al momento en que cabe presentar la solicitud de conclusión del concurso por causa de pago de todos los créditos reconocidos o por satisfacción íntegra de todos los acreedores, despeja cualquier duda que pudiera plantearse sobre este punto. Procederá solicitar la conclusión del concurso - si se constata la realidad de aquella causa- desde el mismo momento de la declaración del concurso hasta que finalice la fase de liquidación. Nos referimos sólo a la fase de liquidación porque no parece que pueda ser procedente el pronunciarse sobre la conclusión del concurso por esta causa cuando el concurso haya entrado en el periodo de cumplimiento del convenio, puesto que incluso en los excepcionadísimos casos en que no se haya pactado quita alguna -lo cual permitiría hablar de íntegra satisfacción de los acreedores- debería reconducirse la conclusión del concurso a la específica causa prevista en el artículo 176.1.2º LC -que se reproduce en el artículo 141-.

SEGUNDO.- 1. La segunda cuestión que nos debemos plantear es la de los acreedores que deben verse satisfechos como condición para acordar la conclusión del concurso. El artículo 176.1.3º LC se refiere al pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. La diferenciación hecha por el precepto parece girar en torno al medio de cumplimiento de la obligación: en el primer caso, pago o consignación; en el segundo, cualquier otro medio. En ambos casos, todos los acreedores del concursado deben haber visto satisfecho su crédito. A tal fin puede acarrear problemas el supuesto -como el presente- en que, por el momento en que se formula la solicitud de conclusión, todavía no se ha procedido a la confección de la lista definitiva de acreedores por parte de la Administración concursal. Sin embargo, la circunstancia de que la autorización concedida mediante Auto de fecha 14 de julio de 2006 permitiera alcanzar un acuerdo entre Siemens, S.A. y D. Ángel, que se refleja también en los créditos que como subordinados tenían reconocidos, así como el que todos los impugnantes de la lista provisional de acreedores renunciaran a sus respectivas pretensiones, ha permitido confeccionar a la Administración concursal a modo de "lista definitiva" una relación de todos los acreedores que pudieran considerarse concursales de la entidad Sieberdeen, A.I.E., a la que se ha adicionado la relación de créditos contra la masa. Es a tales acreedores a los que debe satisfacerse íntegramente sus respectivos créditos como condicio *sine qua non* para la conclusión del concurso.

2. Llegados a este punto debe resaltarse que la Administración concursal, en su informe, ha hecho constar que, a día de emisión de éste informe, están completa y absolutamente satisfechos por ésta administración concursal todos los créditos concursales por importe de... euros, tal y como consta en la lista definitiva de acreedores, y todas los créditos contra la masa por importe de... euros". Debe entenderse confirmado dicho extremo por la circunstancia de que, habiéndose dado traslado de la solicitud de conclusión del

concurso a todos los personados en el presente procedimiento concursal, ninguno de ellos haya manifestado objeción a que se acuerde en tal sentido.

3. Debe ponerse asimismo de relieve que, por la propia esencia de la causa de conclusión que estamos examinando, constituiría obstáculo para la terminación del concurso el que se encontrase pendiente contienda sobre la cuantía o calificación de algún crédito concursal. Viene a colación esta reflexión porque la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que -como se plasma en el séptimo antecedente de hecho de esta resolución- había formulado demanda incidental contra la Administración concursal de la entidad Sieberdeen, A.I.E. cuestionando la falta de reconocimiento y pago de la liquidación núm... en concepto de IRPP por trabajo personal 2T-2003 (sanción), solicitó el archivo de la referida demanda habiéndose acordado mediante Auto de fecha 21 de diciembre de 2006 de conformidad con lo solicitado, por lo que ningún obstáculo de los que se acaban de aludir existe a fecha de hoy a fin de poder acordar la conclusión del concurso.

TERCERO.- Presentada por la Administración concursal la rendición de cuentas de su actuación en el concurso de la entidad Sieberdeen, A.I.E., y no habiéndose producido oposición frente a la misma por ninguno de los interesados, debe procederse a su aprobación de acuerdo con lo previsto en el artículo 181.3 LC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, DISPONGO: Se acuerda, con los efectos previstos en la Ley, la conclusión del concurso necesario de la entidad Sieberdeen, A.I.E.

Se acuerda el cese de los efectos de la declaración del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor, así como los efectos que tal declaración produce en los contratos en los que es parte la entidad declarada en concursado y sobre los acreedores de la concursada.

Se acuerda el cese de los miembros de la Administración concursal.

Se aprueba la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal de la entidad Sieberdeen, A.I.E.

La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un periodo que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años.

Notifíquese esta resolución al concursado, a la Administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

Publíquese este Auto en el Portal de Internet del Registro Mercantil y librese mandamiento al Registro Mercantil de Madrid para su inscripción y a todos los demás en los que se inscribió o anotó la declaración de concurso. Contra esta resolución no cabe recurso (artículo 177.1 LC). Llévase la presente resolución al libro de Autos del Juzgado quedando testimoniado en las presentes actuaciones y tómese oportuna nota en los libros de este Juzgado. Así por este mi Auto, lo acuerdo, mando y firmo» D. Antoni Frigola i Riera.

«4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores».

A pesar de referirse literalmente *«en cualquier estado del procedimiento»*, no parece que pueda tener lugar la conclusión del concurso durante la fase común, pues deberá esperarse a la tramitación de la sección sexta, que sólo puede ser abierta finalizada la fase común y, necesariamente, cuando se abra la fase de liquidación. El

requisito de inexistencia de bienes y derechos del concursado (finalización de las operaciones de liquidación) se completa con el de inexistencia de terceros responsables para satisfacer a los acreedores, lo que entraña el agotamiento del ejercicio de acciones de responsabilidad frente a terceros, por parte de la administración concursal, o por otros medios procesales previstos en los arts. 71 a 73, así como la espera a la sentencia de calificación, como luego se concreta.

Conviene estudiar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de fecha veintiocho de marzo de dos mil seis, que resuelve sobre la conclusión del concurso instada por la administración concursal por falta de bienes y derechos, en fase común, es decir, sin esperar al resultado de la sección de la calificación, con los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO: «PRIMERO: Mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2005 la administración concursal presentó informe favorable a la conclusión del concurso de conformidad al artículo 176.4º de la Ley Concursal. Dado traslado a las partes se presentó escrito de oposición por la solicitante del concurso, la procuradora Sra..., en nombre y representación de D..., defendido por el abogado Sr... En dicha demanda se señalaba diferentes incidencias ocurridas en la tramitación del procedimiento y en el acto de la vista el letrado director de la parte señalaba que ya se había subsanado el defecto de falta de publicación y que por lo tanto procedía la continuación del procedimiento. A dichas alegaciones se opusieron las partes contrarias y la administración concursal.

SEGUNDO: Las incidencias sufridas en el presente procedimiento respecto de la nulidad declarada nada tienen que ver ni resultan afectadas a los efectos de la aplicación del artículo 176.1.4º LC, en donde exclusivamente la cuestión debe centrarse en la posibilidad de conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores". Dicho apartado debe completarse con lo dispuesto en el 176.3 en cuanto señala que "no podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión". Además, señala el 176.4 Lc que "el informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas". Lo anterior conlleva varios elementos a tener en cuenta:

1. Que según el 176.1.40 LC la conclusión del concurso podrá realizarse en cualquier momento del procedimiento, tanto en fase común, como en cualquier otra fase.
2. Que hemos de partir de la inexistencia de bienes y derechos del concursado, lo que aquí se ha realizado a la vista del informe de la administración concursal, no impugnado en su momento y que determina que no existen.
3. Que la referencia a terceros responsables que hace el artículo 176.1.4º LC debe conectarse con el 176.4 LC y por tanto se refiere a acciones de responsabilidad de terceros diferentes a las que derivan del proceso concursal pues necesitan ser ejercitadas por la administración concursal o cualquier otro legitimado derivadas del artículo 48. 4 ó 5 de la LC o cualquier otra que pudiera derivar de la norma concursal, pero no la que se determina a partir de los artículos 172 o 166 LC pues es evidente que las mismas sólo parten de la necesidad de un convenio que supere determinados límites o de liquidación y que ello circunscribiría la posibilidad de conclusión a la terminación por convenio o a

la terminación por liquidación con apertura de la sección de calificación, lo que contradice el tenor literal del artículo 176.1.4º LC.

4. Que no se esté tramitando la sección de calificación, lo que evidencia que para que proceda la conclusión por este motivo hemos de distinguir dos momentos: uno es aquel que se produce en cualquier estado del procedimiento, antes de la apertura de la pieza de calificación (163 LC) y otro posterior a la apertura de dicha sección. Es en este segundo caso en el que cabría esperar a que terminara dicha sección para poder concluir dicho concurso pues es evidente que será entonces, con las responsabilidades que pudieran declararse cuando habría que valorarse la existencia de bienes y derechos propios o de los declarados responsables, afectados o cómplices. En los presentes autos no se está tramitando la sección de calificación pues nos encontramos, a la fecha en que se inicia este incidente, en fase de informe de la administración concursal pendiente de las publicaciones que voluntariamente no realizó, hasta un momento posterior, la solicitante (23 y 24 LC).

5. Que no existan acciones viables de reintegración de la masa activa. En el presente procedimiento ni se ha interesado por la administración concursal ni se ha interesado por ningún otro interesado, ni el solicitante, el ejercicio de este tipo de acciones.

TERCERO: A partir de las anteriores manifestaciones lo cierto es que tampoco la demanda de oposición se manifiesta sobre ninguno de los elementos necesarios a tener en cuenta a los efectos de la conclusión del concurso. El alegato de la demandante pasa por hacer un análisis, ya resuelto, sobre los trámites procesales y las diferentes incidencias del concurso al respecto de la falta de publicación de la declaración del concurso y de las medidas cautelares en su día adoptadas. Cuestiones estas que tampoco incidirían en el resultado del presente procedimiento pues en realidad el análisis pasaría precisamente por la consideración de la situación patrimonial y de viabilidad patrimonial de la concursada en el momento en que nos encontramos. Y este momento es precisamente el de informe de la administración concursal a cuyos efectos ni existen bienes y derechos, ni se plantean ejercicio de ningún tipo de acción, ni está abierta en este momento, la sección de calificación. Por todo ello procede la conclusión del concurso.

CUARTO: La conclusión del concurso no empece, no obstante a las obligaciones derivadas de la ley concursal y conforme al artículo 178 LC, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del mismo o se declare nuevo concurso, pero si procede la extinción y cierre de la hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, librando mandamiento.

QUINTO: No habiéndose formulado oposición sobre la rendición de cuentas del administrador concursal procede, de conformidad al artículo 181 LC, declarar aprobadas las mismas». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

«5º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos».

Respecto al desistimiento o la renuncia de todos los acreedores reconocidos, podrá acreditarse en documento notarial o por comparecencia judicial y puede traer causa en un convenio extrajudicial.

«2. En los tres últimos casos del apartado anterior, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas».

A este informe previo de la administración concursal, regulado en el apartado 4 del mismo artículo 176, dedicaré posterior comentario.

«3. No podrá dictarse auto de conclusión por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión».

Coherente con las posibilidades resarcitorias e indemnizatorias que puede proporcionar la sentencia de calificación, si fuese culpable (art. 172). Ahora bien, este precepto matiza *«salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión»*, que faculta a la administración concursal para la negociación con terceros de cesión de las acciones de reintegración, así como de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, de derecho o de hecho, socios personalmente responsables de las deudas concursales, cómplices, etc., cuya contraprestación se incorporará a la masa activa.

«4. El informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos afirmará y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas. Las demás partes personadas se pronunciarán necesariamente sobre tal extremo en el trámite de audiencia y el juez, a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda...».

Solamente si la administración concursal comprueba el hecho de inexistencia de masa activa, así como cuando alcance evidencia sobre la inviabilidad de acciones de reintegración de bienes y de responsabilidad contra terceros, y así lo haga constar en su informe, podrá proseguirse la tramitación de la clausura del procedimiento concursal.

Sigue el art. 181: *«Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas».*

En el comentario del primer inciso del apartado 1 del art. 181, intentaba destacar el alcance de la rendición de cuentas en él ordenado, que consistirá en una memoria de actuaciones, caso de intervención, que en el supuesto de sustitución incorporará estado de ingresos y gastos, cobros y pagos, en todo caso, y estados financieros, cuando el concursado fuese sujeto contable.

En este último inciso, se pretende mayor concreción, es decir, dispone que se informe del resultado y saldo final de las operaciones realizadas ¿operación por operación? Así parece desprenderse de la literalidad del precepto, pero ¿se imaginan el número de operaciones (actos de administración ordinaria o extraordinaria) que puede realizar la administración concursal, cuando de una mediana o gran empresa se tratase, con continuidad de actividades (art. 44)? Quizá pueda ayudar la llevanza del libro diario (art. 25 del C. de comercio), para no omitir operación alguna. No obstante, la mayor dificultad que observo es adivinar el sentido y finalidad de informar sobre el resultado y saldo final ¿Qué pretende el legislador? Si de una operación de venta se tratase, el resultado puede identificarse con el beneficio o la pérdida. Pero si la operación es de compra ¿Cuál es el resultado? Solo se producirá resultado, desde el punto de vista económico, si después se vende ¿Y si se tratase de un arrendamiento? Igual desconcierto me produce determinar el saldo final ¿Qué querrá decir? Desde luego, desde la óptica contable y financiera, saldo es la diferencia positiva o negativa de la comparación de dos magnitudes, v. gr., entre los cobros y los pagos; entre los ingresos y

los gastos; en la comparación de obligaciones recíprocas con terceros; etc., aunque también puede relacionarse las gestiones realizadas y ofrecerse un saldo favorable o desfavorable.

Por ello, echo en falta rigor contable, pues quien administra bienes ajenos, y este es el caso de la administración concursal, cuando el deudor fuese empresario y hubiese sido suspendido, *ex art. 40*, debe rendir cuentas de forma profesional, es decir, previa llevanza de una ordenada contabilidad para la presentación de documentos contables (cuentas anuales o estados financieros intermedios), a la que vienen obligados cuando el concursado fuese sujeto contable, según los arts. 45 y 46, y en ellos se informa de la situación patrimonial, financiera y de los resultados de las operaciones realizadas por la administración concursal, sin buscarle tres pies al gato.

Art. 181: «2. *Tanto el deudor como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de quince días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176*».

Efectivamente, el art. 176.2 previene el traslado a las partes personadas, por quince días, del informe de la administración concursal sobre los casos de conclusión 3º, 4º y 5º del art. 176.1, que incluirá la completa rendición de cuentas, permitiéndoles una doble oposición: a) a la conclusión del concurso; y, b) a la rendición de cuentas.

Art. 181: «3. *Si no se formulase oposición, el Juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas. Si hubiese oposición, la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la Sección segunda*».

Precepto claro, en principio.

En un supuesto de no oposición a la rendición de cuentas de la administración concursal, con causa en la aprobación del convenio, resuelve el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, de fecha veintiuno de marzo de dos mil siete: « I.- ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- En fecha 7 de junio de 2006 se dictó Sentencia aprobando el convenio de la entidad Alim Alta Limpieza S.L., en la cual se acordó además el cese de la Administración concursal y la concesión a ésta del plazo de un mes a fin de que procediese a la rendición de cuentas de su gestión. SEGUNDO.- Dicha Sentencia fue notificada en fecha 9 de enero de 2007 a la Administración concursal, que el 9 de febrero siguiente presentó el informe de rendición de cuentas, el cual fue unido a los autos mediante resolución de fecha 15 de febrero de 2007. TERCERO.- Del referido informe se dio traslado a la concursada y demás acreedores para que pudiesen efectuar, en su caso, oposición razonada en el plazo de quince días, a cuyo efecto se acordó la publicación de los correspondientes edictos en el tablón de anuncios del Juzgado y en el Registro Público de Resoluciones Concursales; transcurriendo dicho plazo sin que se presentaran escritos de oposición al informe de rendición de cuentas.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- Son varios los preceptos de la Ley Concursal (en adelante LC) que se refieren a la rendición de cuentas que debe llevar la Administración concursal. Los artículos 26 y 183 determinan la ubicación procedimental que dicho acto debe tener. El artículo 38.4 -que se remite a los trámites

del artículo 181- se refiere al deber de rendición de cuentas para el caso en que uno de los miembros de la Administración concursal sea cesado por cualquier causa. El artículo 133.1 impone la obligación de rendir cuentas a la Administración concursal en el supuesto de cese consecuencia de la Sentencia de aprobación del convenio. Por último, el artículo 181 es el destinado a reglar con carácter general el régimen de rendición de cuentas de la Administración concursal. Como acabamos de advertir, es el artículo 181 el destinado a la regulación del régimen general de rendición de cuentas. Dicho artículo se ubica en el Capítulo Único del Título VII de la Ley que trata de la "*De la conclusión y de la reapertura del concurso*". De la regulación que en dicho precepto se hace se puede deducir que la rendición de cuentas se contempla desde una doble perspectiva: a) periódica, cuando se dice que "*se incluirá una completa, rendición de cuentas (...) en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso*"; y b) final, para el caso de conclusión del concurso. Específicamente se refiere a dicho supuesto el apartado 3 del artículo 181 LC cuando prevé que a falta de oposición "*el juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas*", o para el caso de oposición, que el Juez "*resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso*".

SEGUNDO.- 1. De lo que acabamos de ver se desprende que el artículo 181 LC, que es el que contempla el trámite de la rendición de cuentas cuando se produce la finalización de las funciones de la Administración concursal, adecua su previsión procedimental únicamente a aquellos supuestos en que el deber de rendir cuentas se solapa con la conclusión del concurso (artículo 176.1 núms. 3º, 4º y 5º LC). Así se puede observar en la redacción del artículo 181.3 LC parcialmente transcrito más arriba. Sin embargo, queda huérfano de regulación el caso en que la rendición de cuentas final deba llevarla a cabo la Administración concursal de manera autónoma a la conclusión del concurso. Esto ocurre en los casos de cese de uno de los miembros de la Administración concursal (artículo 38 LC) y en los de cese del órgano como efecto de la Sentencia de aprobación del convenio (artículo 133 LC). Para tales casos la estricta aplicación del régimen del artículo 181 LC podría suponer que se demorase la aprobación de la rendición de cuentas largo tiempo después de haber sido rendidas. Además, ni siquiera contempla el artículo 133 LC el plazo en que la Administración concursal deberá cumplir con esta obligación -a diferencia del artículo 38 LC en cuyo número 4 otorga el plazo de un mes "*desde la notificación de la orden judicial*". El artículo 133.2 segundo párrafo LC se limita a decir que el plazo para rendir cuentas será el que el Juez señale, lo que relacionando tal precepto con el momento de la aprobación de cuentas previsto en el artículo 181.3 LC ha llevado a alguna doctrina a preguntar si sería posible demorar la rendición de cuentas hasta el momento inmediatamente anterior a la conclusión del concurso, también para el caso de cese de la Administración concursal por aprobación del convenio.

2. La cuestión del plazo de rendición de cuentas quedó resuelta en este concurso a raíz de la Sentencia de fecha 7 de junio de 2006, aprobando el convenio, por la que se concedió a la Administración concursal el término de un mes para rendir cuentas. La única cuestión que ahora nos planteamos es si las cuentas rendidas por la Administración concursal deben quedar a expensas de la conclusión del concurso para su aprobación en aplicación de lo previsto en el artículo 181,3 LC. Tal previsión -aprobación de la rendición de cuentas al mismo tiempo de la conclusión del concurso- no se manifiesta adecuada en los aludidos casos de cese de los miembros de la Administración concursal no simultaneada con la conclusión del concurso, puesto que en tales hipótesis el cese de los miembros de la Administración concursal -con el correlativo nacimiento del deber de rendir cuentas-puede distanciarse de manera

importante en el tiempo en relación con la conclusión del concurso (artículo 176.1.2º LC), y singularmente cuando el cese de la administración concursal proviene de la Sentencia de aprobación del convenio puesto que la conclusión por cumplimiento del convenio precisará en primer lugar, de la justificación adecuada de tal extremo {artículo 139.1 LC}; en segundo lugar, del Auto de cumplimiento del convenio (artículo 139.2 LC) ; en tercer lugar, que el Auto de cumplimiento del convenio sea firme; y por último, que se dicte Auto de conclusión del concurso (artículo 176.1.2º LC). Y no podemos olvidar que desde la aprobación del convenio hasta la justificación de su cumplimiento debe transcurrir el periodo de espera aprobado en el mismo que puede ser de hasta cinco años (artículo 100.1 primer párrafo LC) y, excepcionalmente, superior (artículo 100.1 segundo párrafo, y 104.2, ambos de la LC). Si la Ley no regula en estas situaciones el momento en que las cuentas rendidas por la Administración concursal deben ser aprobadas, no podemos considerar aplicables al presente caso -por las razones ya aducidas-las previsiones del artículo 181.3 LC. No parece adecuado dilatar en demasía el momento del cese de la Administración concursal con el momento de rendición de cuentas, ni éste del de su aprobación- De ahí que debamos considerar que el extremo de la aprobación de la rendición de cuentas, en el supuesto de cese de la Administración concursal por aprobación de convenio, deberá realizarse "*sin dilación*" (artículo 186.3 LC).

TERCERO.- Presentada por la Administración concursal la rendición de cuentas de su actuación en el concurso de la entidad Alim Alta Limpieza S.L., y no habiéndose producido oposición frente a las mismas por ninguno de los interesados, debe procederse a su aprobación de acuerdo con lo previsto en el artículo 181.3 LC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO.- Se aprueba la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal de la entidad Alim Alta Limpieza S.L. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad del administrador concursal, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años». D. Antoni Frigola i Riera

Sobre la oposición a la rendición de cuentas de la administración concursal, aunque tras haberse aprobado un convenio, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de fecha 2 de julio de 2007: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO: La primera cuestión que hemos de tratar es precisamente el trámite procesal que la ley concursal, con escaso rigor, recoge para la aprobación de la rendición de cuentas de la administración concursal, de tal forma que el artículo 133 de la LC recoge en su apartado segundo, párrafo segundo que “ producido el cese los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale” previsto para los supuestos de aprobación del convenio con eficacia total y en donde se produce el cese de todos los efectos de la declaración de concurso y de los administradores; este último es un cese en sus funciones de intervención o sustitución (40 LC) aunque continúa a efectos procesales en las piezas que pudieran quedar pendientes como la de calificación , recursos pendientes, acciones ejercitadas anteriormente e incluso en los supuestos de incumplimiento de convenio o cumplimiento y conclusión del concurso.

Producido el cese tras un convenio con eficacia total la administración concursal debe rendir cuentas en el plazo que el juzgador señale, de tal forma que una vez formuladas procede dar traslado a las demás partes para oposición a las mismas. El régimen de

rendición de cuentas se recoge más detenidamente, aunque tampoco particularmente detallado, en el artículo 181 de la Ley Concursal, dentro del Título VII referido a la conclusión y reapertura del concurso. El citado precepto señala, en el ámbito procesal, que el deudor y los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de cuentas en el plazo de quince días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176.2 de la Ley Concursal. Parece remitirnos no sólo a un plazo (15 días) sino también a la referencia de dicho precepto; es decir a los supuestos de conclusión por pago o consignación de la totalidad de los créditos, la inexistencia de bienes y derechos o desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos. Sin embargo la referencia al precepto debe entenderse sólo al plazo porque de otra forma quedaría vacío de contenido tanto el artículo 133 de la LC como el apartado primero del artículo 181 LC, en cuanto exige rendición de cuentas sin distinguir supuestos.

A partir de ahí la complicación es mayor puesto que el párrafo tercero del artículo 181 LC recoge los supuestos de oposición o no oposición a la rendición de cuentas conjugándolo con la oposición o no oposición a la conclusión del concurso, capítulo en el que hemos visto se encuadra.

Los supuestos serían varios entendiendo el tenor literal de la norma:

1. Si no se formula oposición a la rendición de cuentas, el juez las declarará aprobadas en el auto de conclusión del concurso. Por lo tanto supone estar a la espera de la conclusión del concurso, por cualquiera de las causas, para ello.
2. Si se formula oposición a la rendición de cuentas se sustanciará por incidente concursal y se resolverá con carácter previo en la sentencia que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Este precepto debe ser interpretado a tenor del párrafo siguiente entendiendo que no ha habido oposición a la conclusión del concurso.
3. Si hubiese oposición a la rendición de cuentas y a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de esta a la sección segunda. La referencia a “la misma sentencia” parece diferir del contenido del anterior apartado que señala “con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso”. Ello puede ser interpretado como error de redacción entendiendo que en el supuesto de oposición a la rendición de cuentas y a la conclusión del concurso deberá existir un solo incidente y una sola sentencia mientras que para el caso de oposición a la rendición de cuentas sin oposición a la conclusión del concurso el primero motivará incidente concursal que terminará por sentencia (196 LC) mientras que el segundo, respecto del que no hay oposición terminará necesariamente mediante auto (177 LC) por lo que deviene imposible entender que la citada sentencia deba resolver también sobre la conclusión del concurso sino que deberá ser previa al auto de conclusión del concurso.

A partir de lo anterior también cabe poner de manifiesto que el régimen de cumplimiento del convenio tiene un trámite específico (artículos 137 y ss LC) diferente a la conclusión del concurso que es posterior. Según el artículo 139 de la Ley Concursal el deudor puede presentar informe solicitando la declaración judicial de cumplimiento del convenio que se pone de manifiesto en secretaría por quince días y que se declara mediante auto. Antes de ello o desde dicho auto de declaración de cumplimiento del convenio los acreedores podrán solicitar la declaración de incumplimiento y ello motivará el trámite de incidente concursal (140 LC) que termina mediante sentencia que resuelve sobre el incumplimiento del convenio. Una vez firme el auto de declaración de cumplimiento del convenio, transcurrido el plazo de caducidad (dos meses) de las acciones que se puedan ejercitar para la declaración de incumplimiento o desde la sentencia firme que rechaza dicha declaración de incumplimiento será procedente (141 LC) auto de conclusión del concurso. Esto nos llevaría al artículo 176 de la LC de tal

forma que frente a este sólo caben los recursos ordinarios (197 LC) pues el apartado segundo del artículo 176 solo es aplicable a los ordinales 3º, 4º y 5º de la LC.

Por todo lo anterior entendemos que el régimen previsto para la rendición de cuentas del artículo 133 de la LC tiene sustantividad propia y que es posible interpretarlo conjugando analógicamente (y sólo así) con el artículo 181 de la LC de tal forma que será posible la oposición a la rendición de cuentas y su resolución independientemente del auto de cumplimiento del convenio o de la conclusión del concurso puesto que se ha producido el cese en la intervención o sustitución de la administración concursal y que por ello no es similar a los supuestos de liquidación u otros excepcionales en los que la rendición de cuentas debe coincidir con la conclusión del concurso puesto que todavía mantienen funciones vivas del artículo 40 LC. Ahora bien el régimen de rendición de cuentas también debe partir de que la sentencia que aprueba el convenio ha sido apelada por la hoy demandante incidental y que si esta obtiene, hipotéticamente, una sentencia favorable que motive el rechazo del convenio por parte de la segunda instancia, también ello motivaría la apertura de la sección de liquidación y reestablecería a los administradores concursales en su posición. Pero hemos de partir de que el artículo 133 LC habla de eficacia del convenio desde la fecha de la sentencia de su aprobación salvo que recurrida esta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197 de la LC. En el presente supuesto no ha existido limitación parcial del mismo que conllevaría también la no aplicación de dicho cese por virtud del artículo 133.3 de la LC, lo que conlleva que la sentencia que aprueba el convenio, aunque no firme, es plenamente eficaz de conformidad al artículo 133.1 LC y que por ello se produce el cese de los administradores y por ello la obligación de rendir cuentas de su actuación de conformidad al 133.2.2º LC. De esta forma la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones contrarias a la aprobación del convenio no afectaría para nada a ese cese o a esa eficacia inicialmente.

Lo anterior motiva también entender si contra la rendición de cuentas ante el juez del concurso por haber aprobado un convenio y respecto de dicha rendición ante el juez del concurso es posible una oposición en los términos del 181 LC y el marco de un régimen incidental previo al que se puede entender se da tras la firmeza del auto de declaración de cumplimiento del convenio (176.1.2º LC) que motiva- este sí claramente- la aplicación del artículo 181 de la LC y por tanto una rendición de cuentas en los términos previstos en su apartado primero y la posible oposición en quince días . Ello derivaría a que la rendición de cuentas del artículo 133.2 LC no sería oponible y deberíamos estar al cumplimiento o incumplimiento del convenio para, en el primer caso, declarar cumplido el convenio y proceder al auto de conclusión y la posible oposición y su tramitación conjunta con el incidente de oposición a la rendición de cuentas; y en el segundo caso estar a la espera de cualquiera de los supuestos diferentes de conclusión del artículo 176 LC para declarar la conclusión del concurso y su tramitación conjunta con la rendición de cuentas que se extenderá más allá del convenio por la actuación que posteriormente hiciere la administración concursal.

La lógica nos dice que si existe una rendición de cuentas por ante el juez del concurso es posible plantear oposición bien teniendo en cuenta analógicamente el artículo 181 LC, bien teniendo en cuenta el artículo 192.1 LC. En los supuestos de cese anticipado de uno, varios o todos los administradores (Art. 38 LC) la obligación de rendir cuentas por sus actuaciones, cuando afecta a todos, se somete al régimen general del artículo 181 Lc recogiendo expresamente que “serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso”. Este cese al que se refiere el artículo 38.4 LC se refiere a una

rendición de cuentas hasta ese momento (el del cese) por parte de la administración concursal. El citado precepto se recoge dentro del capítulo II referido al Estatuto jurídico de los administradores concursales y por ello es plenamente aplicable al cese del artículo 133.2 de la LC por lo que nos llevaría también al régimen del artículo 181 LC por aplicación directa de aquel precepto.

Lo anterior se ve igualmente válido si tenemos en cuenta el artículo 176 Lc en relación a la posible continuación por revocación de la aprobación del convenio o incumplimiento del mismo en cuanto a que se abriría la liquidación y que esta no está prevista en el precepto citado sino que tiene su propio régimen en el artículo 152 de la LC. La liquidación podría dar lugar a que se produzca el efecto del apartado cuarto del artículo 176.1 LC y por ello deberá rendirse cuentas en los términos señalados pero no para el supuesto de completa liquidación y pago. Y esto motivaría la necesidad de una nueva rendición de cuentas, por reviviscencia de las funciones de la administración concursal, cuando dicho efecto se produzca. Por tanto entendemos aplicable el régimen de rendición de cuentas y de oposición a las mismas y su tramitación específica para el caso de convenio sin perjuicio de lo reseñado más arriba y por ello la posibilidad de utilizar analógicamente las normas reseñadas y directamente el artículo 38 LC de tal forma que es posible resolverlo en sentencia previa al auto de conclusión del concurso.

Convendría señalar además que de cumplirse el convenio y declararse así por auto el cese de la administración concursal al tiempo de la aprobación del Convenio supone que esta no tiene más intervención en las facultades de administración y disposición del deudor-concurrido por lo que , entendiendo los plazos legales que marca la norma (artículo 100 LC) es evidente que no se puede someter a dicha espera a la administración concursal puesto que es ahora cuando tiene pleno conocimiento de lo acontecido.

De no cumplirse el convenio, ser declarado así y abierta la fase de liquidación las operaciones de liquidación conllevan un régimen propio de información y rendición de cuentas, en este supuesto, por lo que la aprobación o no de las cuentas de la primera fase puede realizarse de forma independiente a esta última fase que aparece como condicionada.

SEGUNDO: Aclarados los apartados anteriores todavía es necesario partir, antes de entrar en el fondo del asunto de las normas de necesario cumplimiento en la rendición de cuentas al objeto de analizar la oposición formulada. El artículo 133.2.º de la LC nos señala que “producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale”. El artículo 38.4 nos dice que, en los supuestos de cese, “estas rendiciones de cuentas se presentarán por los citados administradores dentro del plazo de un mes, contado desde que les sea notificada la orden judicial y serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el artículo 181 para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso”.

El contenido del artículo 181 Lc es esencial para determinar también el contenido de esa rendición de cuentas:

1. Se incluirá una completa rendición de cuentas que justificará:
 - a. La utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas.
 - b. Informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso.
 - c. Resultado y saldo final de las operaciones realizadas (como información a suministrar).
2. El régimen de aprobación o desaprobación no afecta ni prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales. Lo que nos remite a lo previsto en el artículo 36 LC y que se refiere a:

- a. Actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.
- b. Actos y omisiones lesivos realizados por los auxiliares.
- c. Actos y omisiones de los administradores que lesionen directamente los intereses de los acreedores, deudor o terceros.

Las funciones de los administradores concursales se recogen a lo largo del texto de la norma concursal pero se concretan, en la rendición de cuentas en:

1º. Actuaciones referidas a las facultades de administración conferidas en el concurso bien en el auto o con posterioridad por que hubiere algún cambio de situación. Ello nos lleva al artículo 40 LC y aunque la norma se refiere a administración deberá entenderse que también se refiere a las facultades de disposición que hubieren tenido, entendiendo la administración en sentido amplio y no restringida a esta exclusiva facultad. Por tanto el análisis a realizar lo será partiendo de la intervención o de la suspensión de esas facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor entendidas en los términos del apartado sexto del artículo 40 como “facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor de la sociedad o comunidad conyugal.”

2º. Informes previos al auto de conclusión del concurso que haya realizado la administración concursal y que se refieren a todas aquellas actuaciones procesales realizadas en el concurso que se identifican en la norma conforme.

3º. Saldo final de las operaciones realizadas e informe sobre el resultado de las mismas. El artículo 35 de la LC recoge parte del estatuto de los Administradores concursales concretado en sus funciones que se completan con otras normas a lo largo del texto entre las que cabe destacar la prevista en el artículo 46 en cuanto a la obligación de formular cuentas anuales en caso de suspensión y de supervisar las formuladas en caso de intervención y el artículo 75.1.2º.2º LC en cuanto nos dice que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que este le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días si el deudor no hubiese presentado dichas cuentas.

La ley impone la obligación de formular cuentas anuales de conformidad a la normativa societaria y mercantil pero debiendo ser sometidas al régimen normal de aprobación y depósito conforme a la normativa societaria y , por tanto, sujetándose al régimen de impugnaciones que la propia normativa societaria establece, sin que el régimen de rendición de cuentas que prevé el artículo 181 LC y concordantes abarque a dicha formulación de cuentas anuales que tiene un régimen propio y concurrente de impugnación.

TERCERO: Vistos los anteriores el escrito de 10 de abril de 2007 de oposición a la rendición de cuentas debe depurarse correctamente:

a) La primera causa de oposición se centra (folio 2) en que se han incurrido en gastos no necesarios y se han hecho pagos que nunca debieron efectuarse. Se mezcla dicha oposición con otra cuestión consistente en no perseguirse el patrimonio del deudor vinculado a otras sociedades que analizaremos posteriormente. Para referirse a la primera causa de oposición se señala que en las cuentas del año 2005 aparece la cuenta 227000002 donde consta que se han comprado los ordenadores para Casa Grande por importe de 6.710 euros sin más referencia. También se señala que tanto Michael Müller como su esposa cobran un sueldo de Müller Consult, SL. Se nos dice (folio 3) que los gastos de informática han sido cuantiosísimos, que hay gastos en construcciones y en reformas y gastos de mobiliario. Pero todo ello se refiere a la necesidad de impugnar los

contratos con sociedades que se dice vinculadas a la concursada. La citada oposición debe decaer por diferentes razones:

a. Por un lado la imprecisión de la demanda de oposición falta de toda prueba y de todo soporte documental que venga a permitir el análisis de las alegaciones realizadas.

b. Por otro lado porque si se refiere a las cuentas anuales debió impugnar las mismas conforme a la normativa mercantil.

c. En tercer lugar porque ni se dice ni se acredita que dichos gastos hayan sido realizados por la Administración concursal o con su intervención.

d. Y en último lugar porque hemos de partir de una empresa en funcionamiento y que por ello conlleva gastos de mantenimiento cuya prueba de ser onerosos para el concurso corresponde a quien se opone.

b) Se establece también como causa de oposición a la rendición de cuentas la actuación de la administración por no ejercitar acciones de rescisión que en líneas genéricas se plantea también de forma abstracta y mezclada en un *totum revolutum* de difícil delimitación. Pero en cualquier caso procede señalar que el régimen de ejercicio de estas acciones (71 y ss) permite que la propia interesada, tercera o acreedora inste de la administración concursal su ejercicio y por ello el análisis de viabilidad de la acción por parte de la administración no puede considerarse, salvo dolo, coacción o abuso de derecho, como sujeta a esta impugnación y aún así sería necesario haber obtenido el preceptivo informe de viabilidad para que este pudiera ser analizado en función del artículo 181 LC. Por otro lado y conforme a lo determinado más arriba conviene señalar que dicha manifestación no se sujeta al régimen de rendición de cuentas sino que puede recogerse a partir de lo previsto en el artículo 36 antes referido.

c) La campaña de publicidad que se impugna adolece de la más mínima información y prueba que permita al juzgador el análisis de lo alegado que se limita a señalar que “no ha servido de nada”. Ni se dice qué actuación ha tenido la administración concursal, en qué momento se ha realizado, cuando y como y tampoco se presenta ningún documento que acredite que la misma es gravosa con dolo, abuso de derecho o cualquier otra circunstancia que nos permita analizar la misma.

d) Las afirmaciones realizadas respecto de la investigación de determinadas sociedades se encuadraría igualmente en el marco del artículo 36 LC y no en cuanto a la rendición de cuentas referida.

e) El informe pericial aportado respecto de la contabilidad de la concursada queda fuera de toda relación con la rendición de cuentas puesto que si lo que se impugnan son las cuentas estas deben serlo por el trámite societario y mercantil oportuno. Si lo que se pretende es determinar la actuación de la administración nada prueban en cuanto a su intervención o sustitución, al margen de resultar sorprendente que las mismas determinen un descuadre de 258,62 euros y que el informe, en el que la perito señala no haber tenido en cuenta ninguna norma de contabilidad para empresas insolventes, venga a magnificarse en la forma en que así se realiza por la citada economista.

CUARTO: De conformidad a lo previsto en el artículo 196 LC en relación al artículo 394 de la LEC procede la imposición de costas a la parte opuesta a la rendición de cuentas». D. Enrique Sanjuán y Muñoz.

La Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente, la Ilma. Sra. Magistrado Ponente Doña Rosa María Andrés Cuenca, estima el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en representación de FOGASA contra la Sentencia dictada en fecha 26 de Septiembre de 2.006 por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia,... que se deja sin efecto, y en su lugar, se declara no haber lugar a la aprobación de cuentas presentada por la administración

concursal, debiendo reintegrar los administradores las sumas percibidas por honorarios, presentando nueva rendición de cuentas, en que las cantidades existentes se destinen al pago de créditos contra la masa, incluyendo FOGASA,... teniendo en cuenta sus propios vencimientos, tal y como se establece en las normas de aplicación, o, en su caso, a prorrata entre ellos, sin preferencia de los administradores concursales en su percepción: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA en fecha 26/09/06 , contiene el siguiente FALLO: ".Que DESESTIMANDO la demanda de OPOSICIÓN promovida por el letrado D. RAFAEL MARCO CARDA en representación de LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DEL PAIS VALENCIA, y DESESTIMANDO igualmente la demanda de OPOSICIÓN promovida por el ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), DEBO DECLARAR Y DECLARO HABER LUGAR A LA APROBACIÓN DE CUENTAS PRESENTADA POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, y en su consecuencia: HA LUGAR A LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO VOLUNTARIO, tramitado en este Juzgado bajo el número de nº 167/05 , de la deudora EMELSYS, S.L., procediendo en su caso al cierre de la hoja de inscripción en los registros Públicos que corresponda, a cuyo efecto expídase mandamiento de esta resolución una vez gane firmeza. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes personadas, costeando cada una las de su instancia y las comunes por mitad". SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por FOGASA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia dictó sentencia, con fecha 26 de Septiembre de 2.006 , que desestimaba la demanda de oposición promovida por la representación de la Confederación General del Trabajo del País Valencia, desestimando igualmente la demanda de oposición planteada por el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, declarando haber lugar a la aprobación de cuentas presentada por la Administración Concursal y, en su consecuencia, haber lugar a la conclusión del concurso voluntario, de la deudora Emelsys S.L. procediendo el archivo de las actuaciones, declarando la extinción de la mercantil y el cierre de la hoja de inscripción en los Registros Públicos que corresponda, sin expresa imposición de las costas causadas, y frente a dicha resolución recurrió en apelación el Abogado del Estado, en representación de FOGASA, frente al pronunciamiento de la sentencia recurrida que entendía que los honorarios correspondientes a la administración concursal constituyen un crédito contra la masa con un régimen distinto al resto de los créditos de esta misma naturaleza, que permite que su devengo y exigibilidad coincidan en el tiempo, por lo que deben abonarse con preferencia a cualquier otro crédito contra la masa, diferenciación que, en opinión del recurrente, carece de fundamento, por cuanto, partiendo de la calificación del crédito de la administración concursal por sus honorarios como de crédito contra la masa, condición que no se discute en el procedimiento, está sometido al mismo régimen que los demás, por cuanto el artículo 154,2 LC sólo establece el criterio único, en tal caso, de que se paguen por orden de vencimiento, cualquiera que sea su naturaleza, criterio de trato igualitario que viene enunciado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, que no exceptúa los honorarios de los administradores y si los salarios de los trabajadores de los treinta últimos días, prevista en el artículo 84,2,1 LC , como traslación del superprivilegio establecido en el artículo 32,1, del Estatuto de los Trabajadores a dicha Ley Concursal, con la única excepción que establece el apartado

tercero del artículo 154 de la Ley citada, respecto de los bienes afectos al pago de créditos que tengan la calificación de privilegio especial, de donde se infiere que la administración concursal ha alterado el orden de pago de los créditos, al pagar, en primer lugar el crédito por sus honorarios, lo que causa un perjuicio claro a los titulares del crédito que se debería haber pagado primero, es decir, los trabajadores y el FOGASA, en virtud de la subrogación en la posición de aquellos por el pago efectuado, puntualizando que lo solicitado no era la devolución de las sumas percibidas por los trabajadores, sino que la administración concursal reintegre las cantidades que indebidamente había percibido en pago de sus honorarios, que deberían distribuirse entre los trabajadores y el FOGASA en los términos legalmente establecidos, es decir, a prorrata, pero teniendo en cuenta las cantidades ya percibidas por los trabajadores, sin perjuicio de otras acciones, en su caso, solicitando, en suma, que no se apruebe la rendición de cuentas presentada por la administración concursal, que se reintegren las cantidades pagadas y percibidas por los administradores concursales, que deberán destinarse al pago de los créditos contra la masa, incluyendo el Fondo de Garantía Salarial por sus propios vencimientos, que es el orden legalmente establecido. A dicho recurso se opusieron los administradores concursales y la representación de la entidad concursada, haciendo suyas las manifestaciones de la parte recurrente la representación de la CGT P.V., y quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- La Sala no comparte la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, salvo en cuanto no se oponga a lo que seguidamente pasamos a exponer. Hay que precisar, en primer lugar, que a los efectos del recurso de apelación interpuesto sólo puede considerarse parte apelante al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) ya que, propiamente, el escrito de "adhesión" al recurso de la CGT P.V., tal y como expresa la propia parte, no se ajusta a las prescripciones de la normas jurídicas de aplicación (artículos 457 y siguientes) limitándose a dar por reproducidos los argumentos de la otra parte, sin recurrir directamente (previa preparación) ni impugnar tampoco, propiamente, la resolución recaída en primera instancia, que sería la segunda vía posible de ataque contra la sentencia dictada en primera Instancia. En segundo lugar, cabe precisar que la presente resolución se limitará a no aprobar la rendición de cuentas sometida a valoración, ordenándose, en su caso, el reintegro por parte de la administración concursal de lo percibido previamente, de considerarse que ello no es ajustado, quedando la cuestión planteada conforme lo expresado.

Entrando ya, propiamente, en cuanto constituye la cuestión controvertida, y tal y como establece algún sector doctrinal, los créditos contra la masa, condición que es indiscutible que concurre, en este caso, entre ambos tipos de créditos objeto de confrontación -honorarios de la administración concursal y créditos correspondientes al FOGASA y a los trabajadores por los salarios de los treinta últimos días trabajados de la plantilla de EMELSYS S.L. - tienen la particularidad de que, al no concurrir con los concursales son créditos que han de ser satisfechos a sus respectivos vencimientos, o como dice algún autor, respecto de los cuales es como si no hubiera concurso. Ahora bien, puesto que algunos créditos contra la masa ya han vencido en el momento de declararse el concurso, el artículo 154,2 LC da dos reglas sobre el tiempo en que han de pagarse los créditos contra la masa, estableciendo específicamente que los créditos salariales del 84,2,1º LC , esto es, los correspondientes a los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso, se "pagarán de forma inmediata", mientras que el resto de créditos contra la masa se pagarán "a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso". Esto significa, que se les ha seguido concediendo una preferencia absoluta frente al resto de acreedores contra la

masa, y los acreedores con privilegio general, pero han dejado de concurrir con acreedores con privilegio especial, que mantendrán este; ahora bien, consideramos que la contraposición entre la expresión de "forma inmediata" que contiene la regulación legal del artículo 154,2 L.C. al referirse a los créditos a satisfacer "a sus respectivos vencimientos" ya denota que el régimen no es idéntico, sino que existen dos formas de pago, en primer lugar, de pago inmediato, los salarios de los treinta últimos días y hasta el límite del S.M.I., y para el resto de créditos contra la masa, las acciones relativas a la calificación y pago se someten al incidente concursal, y, si el concurso no tiene dinero en efectivo, la Ley establece que no pueden iniciarse ejecuciones para hacer efectivos estos créditos hasta que se den las premisas que el texto legal establece. Así la cuestión, entiende la Sala que la rendición de cuentas no resulta ajustada, sin que los argumentos expresados por el Juzgador "a quo", aunque fundados en la interpretación de las normas jurídicas de aplicación, consideremos que puedan ser acogidos, puesto que, con ello, se atribuye una prioridad que la Ley en ningún caso reconoce a los administradores del concurso, colocándolos, por mor de la aplicación de una disposición genérica referida al momento y proporción de pago de los honorarios en una situación de privilegio superior, incluso, al reconocido a los trabajadores -y al FOGASA por subrogación- al considerar que el momento de pago y exigibilidad de los honorarios de los administradores del concurso debe ser observado, en cualquier caso, aún si ello determina, en supuestos de limitada liquidez, como aquí se produce, la alteración, de hecho, de la preferencia en el cobro, estableciéndose, en este caso, a favor de los administradores, lo que vulneraría el espíritu de la norma cuando distingue aquella, con claridad, el momento de pago -inmediato- a favor de los trabajadores en supuesto que contempla, frente al relativo a los demás.

Tal interpretación no puede ser mantenida, además, por las siguientes razones:

a) Porque la norma contemplada en el artículo 8 del R.D. 1860/2004 de 6 de Septiembre, en que se apoya el Juzgador "a quo" no se dicta sino en ejecución de un mandato contenido en la disposición final trigésima cuarta de la Ley Concursal de 9 de Julio de 2.003, siendo por ello norma de desarrollo de aquella e inferior rango, lo que comporta que en ningún caso pueda interpretarse una disposición de dicho Reglamento de modo que, de hecho, deje sin valor ni efecto la norma legal, introduciendo una preferencia que la Ley no atribuye.

b) La citada norma, además, no establece, en sentido estricto, una "absoluta" obligación de retribución de los honorarios a los administradores del concurso en el momento que expresa la sentencia recurrida, sino que, tanto el artículo 8 ya citado como el artículo 10 para las fases sucesivas del concurso viene precedido de la expresión "salvo que el Juez del concurso establezca otros plazos" por lo que la regulación será aplicable como supletoria de otra fijada por el Juez o en defecto de fijación de aquella, y, en ningún caso, ello implica, por tanto, sino una norma de orientación susceptible de modificación, como ya se ha dicho.

Por ello, partiendo de todas estas consideraciones entiende la Sala que no es correcto ni ponderado establecer la percepción de honorarios recogida en la rendición de cuentas, en detrimento de lo reclamado por los trabajadores y por FOGASA, por vía de subrogación, que gozan de la preferencia antes ya indicada. Deberá, en consecuencia, tal y como pretendía la parte oponente, reintegrar la administración concursal lo percibido y repartirse posteriormente en la forma o preferencia establecidas legalmente, teniendo en cuenta la prioridad reseñada, respecto de los salarios de los trabajadores del período expresado, y, en los demás casos, a prorrata, en su caso, entre los titulares de créditos contra la masa, al no establecerse preferencia, una vez detraídos los que gozan de prioridad, que son los del artículo 84,2,1 LC .

TERCERO.- No procede expresa imposición de las costas de la alzada, al acogerse el recurso, sin interesarse, tampoco, modificación del pronunciamiento contenido en la primera instancia, que, en cualquier caso, se entiende procedente mantener, dadas las dudas que tal situación suscita, dada la escasa vigencia temporal de la norma, y la existencia de posiciones discrepantes en la materia, no resuelta en apelación por esta Sala hasta la fecha de la presente (conforme artículo 394 y 398, 2 LEC).

VISTOS los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación, FALLO: SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en representación de FOGASA contra la sentencia dictada en fecha 26 de Septiembre de 2.006 por el Juzgado de lo mercantil 2 de Valencia, en incidente concursal 389/06 que se deja sin efecto, y en su lugar, se declara no haber lugar a la aprobación de cuentas presentada por la administración concursal, debiendo reintegrar los administradores las sumas percibidas por honorarios, presentando nueva rendición de cuentas, en que las cantidades existentes se destinen al pago de créditos contra la masa, incluyendo FOGASA, en la forma que se expresa en la presente (Fundamento Jurídico Segundo, final), teniendo en cuenta sus propios vencimientos, tal y como se establece en las normas de aplicación, o, en su caso, a prorrata entre ellos, sin preferencia de los administradores concursales en su percepción; todo ello sin expresa imposición de costas».

El Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao, en la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2008, resuelve sobre oposición a la rendición de cuentas presentada por la administración concursal tras finalizar la liquidación, con una interpretación más flexible y ajustada, en mi modesta opinión, al interés del concurso, al tratar de compatibilizar las necesidades de funcionamiento del procedimiento con la literalidad del art. 154.2, es decir, el pago de los créditos contra la masa por el orden de vencimiento: «ANTECEDENTES DE HECHO. Primero.- En el presente procedimiento de concurso voluntario de la deudora Modas Borpa S.L., se formuló el 18 de diciembre de 2007 por la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la administración concursal, demanda de incidente concursal para la desaprobación de la cuenta final rendida por aquélla. Segundo.- En providencia de 3 de enero de 2008 se admitió a trámite la demanda incidental, emplazando a la administración concursal y a fin de que en el plazo común de diez días contestara, como efectivamente contestó el día 18 de enero siguiente, resistiendo a la desaprobación. Tercero.- Por providencia de 25 de enero pasado se decretó abierto, desde la firmeza de aquél, el plazo para dictar sentencia, resultando los siguientes:

HECHOS PROBADOS. 1.- La administradora concursal única del concurso voluntario de Modas Borpa S.L., Isabel A. B., presentó rendición final de cuentas en el presente procedimiento, abierto por auto de 1 de septiembre de 2006, habiendo solicitado la conclusión por ausencia de masa activa. 2.- La rendición de cuentas contempla como operaciones de activo, la obtención de ingresos de caja por ventas de 20.715,67 euros, con detalle de sus movimientos en septiembre, octubre y noviembre de 2006, y de venta de las instalaciones del local a nuevo arrendatario de 27.886 euros, con copia del pacto resolutorio de 4 de diciembre de 2006, y como operaciones de pasivo, el pago de créditos contra la masa por rentas y suministros del local arrendado, salarios de los últimos treinta días de los trabajadores, derechos y gastos del procurador de la concursada, retribución de la administradora concursal, honorarios del contable de la concursada, retenciones del impuesto sobre la renta de trabajo, y de cotizaciones obreras a la Seguridad Social. 3.- La Tesorería General de la Seguridad Social, TGSS, ha embargado por apremio preconcursal en diligencia de 6 de noviembre de 2007, el saldo

de la cuenta en el Banco de Santander, «Modas Borpa S.L. en concurso» n° 182216085913, reteniendo la cantidad de 22.448,49 euros. 4.- La Unidad de Recaudación Ejecutiva 08/48 no comunicó el embargo al Juzgado durante el procedimiento, ni solicitó opinión sobre lo necesario de los bienes de la masa trabados, por lo que, previo dictamen del Ministerio Fiscal, se requirió de inhibición a la Tesorería por auto de 20 de diciembre de 2007, y resistiendo dicho Servicio Común, en providencia de 4 de febrero de 2008 se ha tenido por formalmente planteado conflicto de jurisdicción, remitiendo actuaciones al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, del que pende. 5.- No consta incidente concursal de reconocimiento o debate de naturaleza de créditos contra la masa de Seguridad Social en el presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- La versión judicial de los hechos no resulta controvertida entre las partes, ni pudiera serlo, habida cuenta que son datos que se revelan directa e inmediatamente de lo documentado en el concurso, y la TGSS discrepa de lo que la administradora concursal considera debida rendición de cuentas, sin introducir aspectos de discrepancia de hechos en relación con los cobros y pagos vertidos en dicha rendición.

SEGUNDO.- La entidad promotora del incidente postula «que no se aprueben las cuentas, mandando rehacer y retribuir conforme a la legislación específica», en demanda que se enfrenta a la rendición final de cuentas de la administración concursal única. El art. 181.1 LECO, al establecer que so incluya en todo informe de la administración concursal previo al auto de conclusión una «completa» rendición de cuentas, se está refiriendo al informe que prevé el art. 176.2 LECO. No hay una previsión en este precepto de la rendición de cuentas independiente de una conclusión que no venga precedida de informe, esto es, para cuando concluye el procedimiento por revocación o nulidad del auto de declaración del concurso decretadas en segunda instancia (art. 176.1.1° LECO), o para cuando se tiene en resolución firme por cumplido el convenio (art. 176.1.2° LECO). Esta rendición de cuentas de art. 181 LECO es la final o definitiva, puesto que cuando no concluye el concurso hay supuestos específicos, según son la aprobación del convenio (art. 133.2, pfo.2° LECO) o el caso del cese de alguno de los miembros de la administración concursal (art. 38.4 LECO). Concluido el concurso, no hay duda que procede la rendición de cuentas del uso de las facultades conferidas a los administradores concursales que cesan, y del resultado de las operaciones, para su aprobación judicial, sin perjuicio de esos supuestos previos en que debe concederse un plazo por el Juez del concurso para no dirimir a futuro lejano la rendición de quienes ya han cesado en sus funciones

Desde la regulación legal conocemos cuál es el procedimiento a seguir, el objeto de la rendición de cuentas, y las resultancias jurídicas de la desaprobación, si bien no está definido un método o fórmula para efectuar dicho acto de cierre, esto es, cuál es exactamente el contenido indispensable.

a) En cuanto al procedimiento, tanto el deudor como los acreedores pueden formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de puesta de manifiesto de quince días del art. 176.2 LECO (art. 181.2 LECO), y como aquí se ha formulado oposición por la TGSS, aunque sólo se dirige frente a la aprobación de las cuentas rendidas, y no frente a la conclusión misma, se resolverá con carácter previo sobre las cuentas (art. 181.3 LECO), pronunciando de seguido la conclusión.

b) El pronunciamiento firme de desaprobación de las cuentas comporta la inhabilitación temporal para ser nombrado administrador concursal en otros concursos durante un periodo que se determinará en sentencia, y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, causa de inhabilitación prevista en art. 28.2.pfo.2° LECO, la cual deberá publicarse en el Registro de Resoluciones Concursales del art. 198 LECO (art.

181.4 LECO), explicitándose que la aprobación o desaprobación de las cuentas rendidas no prejuzga la responsabilidad de los administradores concursales -ésta se regula en art. 36 LECO y que dará, en su caso, lugar a un juicio declarativo ordinario-.

c) En fin, la función de la rendición de cuentas consiste, por la descripción legal, de un lado, en justificar cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración, y de otro lado, exponer el resultado y saldo final de las operaciones.

Quedan claros, pues, el objeto y consecuencias de la rendición de cuentas, ésta que es un proceso integrado en el concurso y antecedente a la conclusión, definitiva o no, y otra que es la exigencia de responsabilidades de los administradores concursales, la cual pertenece a un proceso al margen del «iter» regular del concurso concluido, aunque sea de la competencia del Juez del concurso, y es en este segundo en que puede repararse el perjuicio derivado del destino de cobros y pagos a cargo de aquellos administradores. En el viejo sistema de la quiebra era una cuestión dudosa, dado que para el k.o. 1829, la rendición y aprobación de cuentas se sometía a junta de acreedores, y para resolver los reparos se preveía juicio ordinario ante el Juez concursal contra los síndicos (art. 1.134 k.o. 1829), y era a lo que remitía el art. 1.364 LECiv 1881, mientras que en este texto legal procesal derogado la reclamación se conocía también en juicio ordinario, pero una vez terminado el juicio de quiebra, fuera de éste (arts. 1.242 y ss. LECiv 1881). Así las cosas, a la luz de los parámetros de la Ley ya formalmente se advierte que sería inviable siempre conceder a la TGSS lo que pretende, puesto que verificadas las operaciones de activo y pasivo en la liquidación, o producida una liquidación anticipada -dejamos al margen la cuestión con el convenio propio-, podrá haber pretensiones incidentales antecedentes ejecutables, pero no se pueden revocar dichas operaciones en el estudio de la rendición de cuentas. En LECO, una cosa es la aprobación de las cuentas dentro del concurso, y otra, la responsabilidad de los administradores concursales, al margen de éste y derivada del mismo, y ninguna de ambas rehace la liquidación, salvo equivocaciones, reservas expresas, o las indicadas ejecuciones de condenas incidentales previas. Las cuentas pueden ser correctas, fiel el resultado de las operaciones de deducción o liquidación, y formalmente un correcto ejercicio de facultades de administración concursal, con lo que deberán ser aprobadas, pero nada excluye existir responsabilidad en la gestión, por dolo o culpa. Y en sentido contrario, las cuentas pueden revelar ejercicio indebido de las potestades de la administración concursal o no conformarse los datos propuestos y la realidad de cobros y pagos, sin que existan ilegalidades o negligencias profesionales causantes de un perjuicio evaluable. Por consiguiente, el objeto de análisis de la aprobación se endereza a depurar para el futuro inmediato a la administradora concursal como tal, y no a canjear el destino de cierto resultado de monetizar la masa activa de Modas Borpa S.L, sin que la desaprobación de cuentas determine, ni la condena pecuniaria, ni la obligación de rehacer pagos.

TERCERO.- Los argumentos, un tanto desordenados, de la TGSS, se resumen en los siguientes:

1) No contemplar todas y cada una de las partidas de débito, lo cual debe hacerse equivalente a no. mostrar los saldos acreedores; 2) No incluir el importe del crédito contra la masa de la TGSS de 11.427,47 euros; 3) Pagos a «particulares» sin privilegio; 4) Pagos, sin contrapartida de débito, que deben haber sido efectuados a sus respectivos vencimientos.

Pues bien, como se repite, la norma no indica cuál es el contenido necesario de la rendición final de cuentas, y entre un máximo de información y detalle, y el mínimo que llenaría el objetivo legal, es claro que el ejemplo de autos se encuentra mucho más cerca de lo segundo. Debe tenerse en cuenta que en este procedimiento no ha habido una continuidad de actividad empresarial o profesional, más que al efecto de vender las

últimas existencias durante tres meses, y como expresa la administradora concursal, Modas Borpa S.L. no tenía dinero alguno a la declaración de concurso, siendo su situación de puras posiciones de pasivo. Así, las medidas de administración se han reducido a la conversión en dinero de artículos que quedaban en almacén, y en conservar el patrimonio para su liquidación, únicamente constituido por el derecho arrendaticio -con las instalaciones- sobre el local que disfrutaba la sociedad. Ante este panorama, tampoco es dable exigir una rendición de cuentas florida. En concreto, la única función real de administración ha consistido en mantener vivo el contrato de arrendamiento, mediante el pago de rentas y suministros, con el objeto de lograr un precio aceptable por traspaso, y recibir los estados de caja y bancos de la venta de liquidación. Si no queda claramente explicado en la rendición, ahora se explica. El mecanismo ha sido diligente, de disponer antes de un plan de liquidación formal, sin necesidad de autorización ex art. 43.2 LECO, en tanto que el giro propio del negocio de la concursada era dicha venta, y en tanto que en este Juzgado se estima inconducente homologar acuerdos resolutorios en interés del concurso entre administración concursal y tercero «in bonis».

El otro bloque temático mínimo es el saldo de operaciones. Pudiera requerirse un mayor desarrollo del documento de la administradora concursal, pero a los efectos de su aprobación, por congruencia, debemos atender a las tachas vertidas por la actora incidental. Y aquí la TGSS se equivoca completamente en lo que, como queda dicho, consiste la rendición de cuentas. Y a la luz de lo probado, puesto que nada específico prueba en contra la TGSS, lógicamente no puede admitirse la incorrección esencial de la rendición de cuentas, por cuanto no se muestren saldos acreedores o partidas de débito, ni en particular la deuda de Seguridad Social. De una parte, ya se manifiesta por la administradora concursal que todas eran posiciones pasivas desde un principio, y éstas figuran en el texto definitivo de la lista de acreedores del Informe, sin que, por la ausencia de actividad, relaciones jurídicas duraderas, o circunstancias especiales, hayan existido modificaciones en el «interim». Por consiguiente, los saldos acreedores son los que ya se conocen desde la decantación de la masa pasiva. La deuda de Seguridad Social de que se habla es contra la masa, y los créditos contra la masa no se catalogan en una lista con vocación de estabilidad, sino que únicamente se prevé una relación de los pendientes de satisfacción a la fecha de emisión del Informe (art. 94.4 LECO). Tal lista separada consta en autos, y no tiene el derecho de la TGSS el importe de que alardea ésta en su demanda incidental. La administración concursal manifiesta desconocer certificación con la cifra que baraja la TGSS de 11.427,47 euros, y no consta que se haya producido demanda incidental ex art. 154 LECO para determinar este débito.

La rendición de cuentas tiene que expresar las operaciones realizadas y no resumir los créditos concursales o contra la masa respecto de los que no caben operaciones, de prededucción o pago graduado. Desde luego, no puede ser reprochable en orden a una desaprobación el que no se consignen créditos contra la masa, ya se ignoren, ya sean conocidos, si no han sido satisfechos ni van a poder serlo. Como evidente, el saldo de operaciones se refiere a las efectuadas, y no a las que por hipótesis no van a efectuarse, y en cuanto a créditos contra la masa, el criterio legal es siempre de su satisfacción, que consiste en lo único importante, ya que no se gradúan. Su insatisfacción únicamente se prevé como determinante del listado anexo al Informe, con el sentido de ofrecer una imagen de las posibilidades patrimoniales y financieras de cualquiera de las soluciones del procedimiento, convenio o liquidación, puesto que dependerá no sólo de la capacidad para llenar las expectativas de algún crédito concursal, sino que antes debe

llenar las de los créditos contra la masa. Se trata de una relación prospectiva, sin otro valor.

Por lo que toca a pagos a particulares sin que ostenten privilegio, ninguno de los pagos ha sido a créditos concursales, por lo que la referencia a lo privilegiado carece de significado. La mención del «particular» tiene que obedecer a una especial visión de las instituciones concursales conforme a la que los poderes públicos son más dignos de cobrar en el concurso, o con mayor aproximación a una realidad como la del caso, mejor exceptuados de compartir la completa comunidad de pérdidas provocada por la insolvencia. En el Derecho comparado vecino se entiende todo lo contrario, y aunque en LECO la conclusión sería matizada, la prelación concursal no se define por ser administrado o Administración Pública, mientras que entre los créditos contra la masa no hay prelación.

CUARTO.- A la postre, todo se reduce al principio, de notable fascinación para la TGSS, por ostentar un crédito periódico e instrumental a cualquier relación laboral hasta su formal desaparición, del pago de los créditos contra la masa con arreglo a sus respectivos vencimientos de art. 154.2, inciso primero, y 3 «in fine» LECO. Y aunque tampoco se esclarece debidamente, la censura tiene que reducirse a los pagos de rentas o suministros del arriendo, que se produce el 4 de diciembre de 2006, el 50% de la remuneración de la administradora concursal que no pudo cobrarse antes del auto que la fijó, o de la «iguala» del contable de Modas Borpa S.L., cuyo cheque lleva fecha de 20 de marzo de 2007, por cuanto todos o algunos sean posteriores en cuanto a su exigibilidad en el tiempo, a alguno de los créditos contra la masa de la TGSS, devengados en septiembre, octubre o noviembre de 2006. Lógicamente, no parece que pueda detentarse crédito de Seguridad Social contra la masa anterior al del Procurador del concurso por derechos y gastos de la solicitud, ni puede anteponerse al crédito salarial de art. 84.2.1º LECO. Una censura de este tipo, en el concreto caso, debe rechazarse por tres razones entrelazadas:

1) La TGSS no puede conducir sus pretensiones acerca de la cuantificación y naturaleza de sus créditos contra la masa a la oposición a la aprobación de las cuentas rendidas, sino que debe obtener la aquiescencia de la administración concursal, o procurar incidentalmente, y sólo luego, en esa eventual oposición, precisar las respectivas fechas de vencimientos de los créditos contra la masa insatisfechos por relación con las fechas de vencimiento de otros satisfechos. Es el presupuesto de una posible desaprobación.

2) Se combate por el Juzgador, en una línea auspiciada por la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, una lectura formalista, rígida, e incondicionada de art. 154 LECO en punto a la rendición de cuentas. En otros Derechos concursales se jerarquizan los créditos contra la masa, aunque no ha sido así en el primer intento de positivizar este concepto en LECO, manifiestamente mejorable en cuanto al régimen de la prededucción en dicho precepto.

En la hipótesis de que existan cosas y derechos para pagar todos los créditos contra la masa resulta indiferente que el orden cronológico no haya sido exactamente el de vencimiento, puesto que, incluso con sus intereses moratorios, a la hora de aprobar la rendición de cuentas, ningún acreedor contra la masa habrá sido agraviado. Pero no puede descartarse que en concursos con masa exigua no alcancen los bienes en la masa para satisfacer a todos los acreedores contra la masa, y ello a pesar de los esfuerzos de la administración concursal por no generarlos. 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 se encuentra 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, más abundante en el segundo caso. Y debe admitirse una triple catalogación de créditos contra la masa, en una imprescindible línea de conexión funcional con el procedimiento, al margen de lo temporal, que se ha resaltado en otras resoluciones de este órgano: 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).

Tiene que entenderse que el crédito contra la masa está conectado al interés del concurso y normalmente surgirá 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, existen créditos contra la masa que carecen de una conexión funcional con el concurso «per se», según son ejemplos las cargas tributarias o pseudotributarias de Seguridad Social, las cuales obedecen a unos determinados signos de capacidad patrimonial del empresario que, en realidad, en un concurso para la más rápida liquidación no se tienen. Por ello, cuando la norma que se enfrenta a la insuficiencia de la masa activa para haber prededucido en favor de todos los acreedores contra la masa, mantiene que todos deben recibir con arreglo a su vencimiento, por encima del absurdo lógico-semántico (art. 154.3 «in fine»: o reciben todos a prorrata, o reciben por vencimiento, pero necesariamente no todos todo), la idea a que obedece es la misma que la regla primera, para los pagos en el devenir del procedimiento (art. 154.2., inciso primero): corresponde a los créditos contra la masa el pago ordinario por oposición al pago según convenio o liquidación, conforme a la prelación, lo que es igual al pago de la empresa en funcionamiento, en términos contables, o lo que es igual, de hecho, al pago como si la empresa no se hallara en concurso. Por consiguiente, si lo normal es que las empresas paguen según van venciendo sus compromisos, aplazados o no, aunque no siempre se respeta un orden cronológico estricto, en pro de la liquidez o la operativa, lo mismo debe exigirse a la administración concursal que interviene al concursado

Cuando habiendo secundado un régimen de pago ordinario, que es la prededucción, en fase de liquidación, ya no pueda deducirse de la masa para pagar a todos los acreedores contra la masa, el «statu quo» jurídico exclusivamente merecerá desaprobación de cuentas si la alteración cronológica de pagos resulta indefendible desde el prisma del interés del concurso, ya en el plano de los gastos del procedimiento, ya en el de las obligaciones de continuidad. Y en el caso presente, los tres pagos supuestamente sospechosos de haberse anticipado a algún crédito contra la masa de Seguridad Social responden a vencimientos tempranos, y los tres se consideran vinculados no ya al interés del concurso, sino a que el procedimiento haya podido cumplir siquiera un mínimo de su finalidad liquidatoria. Desde luego, sin pago de rentas y suministros del arriendo, ni habría base física para vender existencias durante tres meses, ni pudiera haberse traspasado un local de negocio en funcionamiento con sus instalaciones, operaciones ambas de donde ha surgido la masa activa neta. Y desde luego, sin la diligencia profesional de la administradora concursal, y del contable de la empresa, ambos que sólo han percibido una porción de su remuneración reconocida contra la masa, hubieran carecido de base intelectual las operaciones de activo. Por otro lado, la

TGSS también ha percibido créditos contra la masa por cotizaciones obreras de Seguridad Social de los tres meses de actividad liquidatoria.

3) Pero es que en el caso presente resulta rayano en lo escandaloso que la TGSS pretenda exigir, sin ninguna cifra acrisolada de su crédito contra la masa, ni precisión de su vencimiento, el respeto escrupuloso por la administración concursal de un criterio mero-temporal para las operaciones de pasivo, cuando ha procedido a embargar casi la mitad del total activo líquido de la concursada en una cuenta bancaria con fundamento en una providencia de apremio por créditos concursales «dormida» durante año y medio. No sólo es ello contrario a la doctrina de conflictos que debe conocer perfectamente la TGSS, sino que representa un ejemplo magnífico de extralimitación, cuando no de desviación de poder, ya que se ha esperado a que la administración concursal gestione la monetización de existencias y del traspaso del local de Modas Borpa S.L., para que, sin haberse podido siquiera prededucir todos los créditos contra la masa generados, el dinero remanente y cuyo reparto ordenado consistía en la última operación previa a la conclusión del concurso, de la que podría cobrar la TGSS todos sus eventuales créditos posteriores a agosto de 2006, se retenga por diligencia de embargo en favor de créditos anteriores a agosto de 2006.

El Recaudador Ejecutivo no es dependiente del Juzgado del concurso, ni tampoco de la Jurisdicción, pero ante ésta, que tiene siempre la última palabra, promovido en su caso por el Ministerio Público, deberá responder en su día por no atenerse a la interpretación jurisdiccional de la Ley, en tanto que no podrá dudarse que es conducta consciente, una vez que sean, aparte de la doctrina en general, más de tres sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, las que particularmente van enseñando cuál es la situación de los apremios administrativos declarado el concurso, y cuál es la actuación que se espera del mismo.

QUINTO.- Según queda indicado, no ha habido oposición a la conclusión del concurso en el traslado conferido, sino sólo a la rendición de cuentas. De conformidad con lo que previene art. 176.1.4º LECO, es causa de conclusión del concurso la comprobación, en cualquier estado del procedimiento, de la inexistencia de bienes o derechos del deudor, o de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. El procedimiento en este caso consiste en previo informe de la administración concursal, que se ponga de manifiesto, a las partes personadas por plazo de quince días, salvo que se esté tramitando la Sección de calificación, o queden pendientes acciones de reintegración que no hayan sido objeto de cesión, por lo que se exige un pronunciamiento expreso de la administración concursal y de las partes personadas acerca de la viabilidad de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros. Puesto se ha abierto la Sección de calificación, resolviéndose en firme el carácter fortuito de la insolvencia, y no se ha indicado por nadie la viabilidad de acciones de reintegración, en tanto que como hecho negativo la ausencia de bienes en un patrimonio, no puede sujetarse más que a la prueba del hecho positivo contrario, que no se alega, procediendo la conclusión del concurso y el archivo de actuaciones, y concediendo la publicidad equivalente al auto de declaración y la aprobación del convenio cumplido (art. 177.1 y 3 LECO). No obsta para ello que penda apelación de TGSS sobre clasificación de crédito concursal, o el conflicto de jurisdicción ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, puesto que son competencias ya ajenas al Juzgado, quien tiene ejecutivo todo lo que ha resuelto, sin haber nada más que resolver. De conformidad con art. 178.1 LECO, cesan la suspensión de las facultades de disposición y administración de los administradores sociales de la deudora, y «a contrario» de art. 38.4 en relación con art. 181 LECO igualmente cesan los administradores concursales.

Para esta específica causa de conclusión del concurso por ausencia de masa activa, han de señalarse efectos añadidos:

En el plano material, los acreedores conservan individualmente sus acciones contra el concursado por los créditos sin cubrir, y así, art. 178.2 LECO afirma que el deudor queda responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo iniciar ejecución singular los acreedores, salvo reapertura o declaración de nuevo concurso.

En el plano procesal, se decretará la extinción de la mercantil Modas Borpa S.L, y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en el Registro Mercantil, expidiéndose mandamiento con testimonio de este auto (art. 178.3 LECO), y cabrá la posibilidad de reapertura del concurso, si aparecen bienes patrimoniales de la sociedad extinta, para tramitar una fase de liquidación, como pueden aparecer si se desbloquea el dinero embargado por la TGSS.

SEXTO.- Con arreglo al art. 196.2 LECO y 394.2 LEC, no cabe imponen las costas del incidente a ninguna de las partes, por tratarse de un asunto novedoso, con dudas de Derecho importantes, no esclarecido hasta la fecha por la jurisprudencia.

Vistos las normas y jurisprudencia citadas y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana de la soberanía popular, FALLO: Con desestimación de la demanda formulada por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE MODAS BORPA S.L.:

- 1.- Se aprueba la rendición final de cuentas de la administradora concursal única, I.A.B.
- 2.- Se declara concluso el concurso de MODAS BORPA S.L., con archivo de las actuaciones.
- 3.- Cesa la administración concursal.
- 4.- Se decreta la extinción de la personalidad jurídica de MODAS BORPA S.L, y se dispone el cierre de su hoja de inscripción en el Registro Mercantil.
- 5.- Queda el patrimonio que pueda surgir para MODAS BORPA S.L. responsable de los créditos restantes de satisfacción, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso.
- 6.- Cabe la posibilidad de reapertura del concurso, si aparecen bienes o derechos libres dentro del plazo de cinco años, ante este Juzgado, en el mismo procedimiento, y al solo objeto de la liquidación concursal.
- 7.- Expídase mandamiento de cancelación de la inscripción de la declaración del concurso en el Registro Mercantil de Bizkaia, entregándose al Procurador del solicitante, Sr.Ors, así como testimonio de la presente resolución, a fin del cierre de la hoja de inscripción de la sociedad.
- 8.- Anúnciense por edictos en el Boletín Oficial del Estado, y en el Diario DEIA, así como en el tablón de anuncios del Juzgado, entregándose los respectivos oficios al Procurador del solicitante, Sr. Ors.
- 9.- No hay pronunciamiento sobre reembolso de las costas causadas». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera

Art. 181: «4. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el Juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años».

Queda abierta la puerta del art. 36, pero no me parece muy seguro que sea automática la sanción a los administradores concursales, si no se aprueban las cuentas

rendidas, de inhabilitación para ser nombrados durante un periodo no inferior a seis meses ni superior a dos años, pues del mi modesto punto de vista el Juez podrá graduar la sanción en función de las causas desaprobatorias.

Burgos, 16 de abril de 2008

Revisado en julio de 2008

Fernando Gómez Martín¹⁰⁶

Auditor y Censor Jurado de Cuentas

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

¹⁰⁶ fgm@fgm.net y <http://www.fgm.net>

8. Bibliografía

ASENSIO MELLADO, José M^a, Ley concursal, Coordinadora Esperanza Gallego Sánchez, La Ley, Madrid, 2005, págs. 455-476.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., “*La liquidación*”, Revista del Poder Judicial, La Ley concursal, Consejo General del Poder judicial, XVIII, Número especial, Madrid, 2004, págs. 409-481.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., MARTÍNEZ FERRER, Aurora, TOMILLO, Jorge, GONZALO, Vicente, MERCADER, Jesús, TIRADO, Ignacio, GARRIDO, José M^a, BELEN CAMPUZANO, Ana, Comentario de la Ley concursal, Directores Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Civitas Ediciones, S. L., Tomo II, págs. 2296-2509.

BERCIBAR MUTIOZABAL, José Ramón, PRIOR GARCÍA. Iker, FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, David, Comentarios a la Ley concursal, Grupo Editorial Quantor, S. A., Madrid, págs. 215-237.

GUILLEN SORIA, José Miguel, La liquidación en el concurso, Revista del Registro de Economistas Forenses (REFOR), N^o 8 OCTUBRE-DICIEMBRE 2003, págs. 72-81.

HUALDE LÓPEZ, Ibon, La fase de liquidación en el proceso concursal, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2008.

SANJUÁN MUÑOZ, Enrique, Funciones de la administración concursal, Ediciones Jurídicas DIJUSA, Madrid, págs. 147-167.