

EL CONCURSO COMO PROCESO JURISDICCIONAL: ESTRUCTURA DEL CONCURSO (*)

Jaime Vegas Torres
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. El proceso concursal y la tutela jurisdiccional concursal.- II. La pretensión de tutela concursal.- III.- La estructura del concurso: A) El proceso de declaración de concurso; B) El cumplimiento de la resolución de declaración de concurso: 1) Efectos constitutivos de la declaración de concurso; 2) Gestión del patrimonio del concursado; 3) Satisfacción de los acreedores: determinación de las masas activa y pasiva, convenio y liquidación.

I. El proceso concursal y la tutela jurisdiccional concursal

1. La mejor manera, en mi opinión, de aproximarse al proceso concursal es considerarlo como cauce a través del cual el ordenamiento dispensa, a ciertos sujetos a quienes se considera merecedores de ella, una peculiar clase de tutela jurisdiccional en casos de insolvencia de un sujeto. Este planteamiento implica que el concurso no es la respuesta jurídica a la insolvencia, sino, más exactamente, la respuesta a determinadas necesidades de tutela jurídica, de sujetos también determinados, que nacen cuando un sujeto deviene insolvente.

Los sujetos a quienes la insolvencia perjudica y a quienes el ordenamiento jurídico concede la peculiar forma de tutela que nos ocupa son, en principio, el propio insolvente y los acreedores de éste, cuando son varios. El perjuicio, en ambos casos, deriva de la aplicación a los deudores insolventes del régimen general de cumplimiento de las obligaciones, régimen general que se concreta, básicamente, en el deber de pagar las deudas en el momento en que son exigibles y en la sujeción del deudor a las reclamaciones judiciales individuales de los acreedores cuyos créditos no sean puntualmente satisfechos. En efecto, para el deudor insolvente, particularmente cuando ese deudor desarrolla una actividad económica empresarial o profesional, la sujeción al régimen general de cumplimiento de las obligaciones le aboca a una situación en que, ante la imposibilidad de pagar sus deudas a medida en que vayan siendo exigibles, tendrá que soportar las correspondientes reclamaciones judiciales individuales de sus acreedores, quienes, en último término, procederán ejecutivamente contra los bienes y

* Publicado en el volumen dirigido por I. Quintana Carlo, A. Bonet Navarro y J.A. García-Cruces, *Las Claves de la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, 2005, Capítulo IV, págs. 83-111. Para la elaboración de esta ponencia se ha contado con el apoyo del Proyecto de Investigación sobre “El nuevo proceso concursal” financiado por la Universidad Rey Juan Carlos en el marco de su Programa propio de fomento y desarrollo de la investigación, convocatoria 2004.

derechos de su deudor, sin que éste pueda hacer nada por evitar la progresiva desaparición de esos bienes y derechos de su patrimonio y, con ella, la del negocio o actividad económica a cuyo servicio hubiera puesto el deudor los activos patrimoniales trabados y realizados en las ejecuciones promovidas por los acreedores.

2. Respecto a los acreedores del insolvente, conviene advertir que la aplicación del régimen general de puntual cumplimiento de las obligaciones exigibles y de acciones individuales para la satisfacción de los créditos en vía jurisdiccional no les perjudica necesariamente. Así, si se diera el caso de que todos los acreedores del insolvente tuvieran razonablemente asegurada la satisfacción de sus créditos con garantías reales o por tener despachadas ejecuciones singulares con bienes embargados suficientes para cubrir las cantidades reclamadas en la ejecución, ninguno podría alegar que la insolvencia de su deudor realmente le cause perjuicio. El problema se plantea cuando hay acreedores que no se encuentran en esa situación puesto que, en tal caso, si se sigue aplicando el régimen general de pagos al vencimiento y reclamaciones judiciales individuales, el quebranto económico derivado de la insolvencia del deudor se repartiría desigualmente entre los acreedores: hasta la completa consunción de los activos patrimoniales del deudor algunos acreedores podrían cobrar o lograr la satisfacción de sus créditos en vía ejecutiva, en perjuicio de otros acreedores que, accediendo más tarde a la ejecución singular, no encontrarían ya bienes sobre los que proyectar la ejecución y quedarían completamente insatisfechos.

Así pues, tanto al propio insolvente como a sus acreedores, particularmente a los que no tengan asegurado su crédito con garantías reales o embargos, les perjudica el mantenimiento del régimen general de cumplimiento de las obligaciones, por lo que la tutela que les interesa -y la que el ordenamiento pone a su disposición- consiste precisamente en la suspensión inmediata de ese régimen (que se concreta en la suspensión de los pagos a los acreedores concursales y de las ejecuciones singulares promovidas por éstos) y en la sustitución del régimen general por otro especialmente concebido para asegurar la igualdad de los acreedores y facilitar, en la medida de lo posible, una solución que permita la continuidad de la actividad económica del deudor.

II. La pretensión de tutela concursal

3. La especial tutela que el ordenamiento ofrece a los sujetos perjudicados en caso de insolvencia de un deudor ha de solicitarse a los tribunales mediante la formulación de la correspondiente pretensión. Como todas las pretensiones de tutela jurisdiccional, la que ahora nos ocupa puede analizarse atendiendo a sus sujetos, su *petitum* y su causa de pedir. En este caso es conveniente comenzar con la referencia al *petitum*, para comprender mejor lo que se dirá luego acerca de los sujetos de esta pretensión.

De acuerdo con nuestra legislación concursal, lo que ha de pedir el sujeto que pretenda defender sus derechos e intereses legítimos ante una situación de insolvencia, propia o de un deudor, es la *declaración de concurso* del sujeto insolvente. Ahora bien, solicitar la declaración de concurso es tanto como pedir que se produzcan *todos los efectos* que

la Ley anuda a dicha declaración. El alcance de la solicitud de declaración de concurso es, así, de extraordinaria amplitud. Prescindiendo de los detalles, la solicitud de declaración de concurso lleva implícitas las siguientes peticiones:

1º.- Suspensión inmediata del régimen general de cumplimiento de las obligaciones a su vencimiento y de reclamaciones judiciales individuales de los acreedores a quienes el deudor insolvente no pague voluntariamente. Esta suspensión se traduce, en primer lugar, en la paralización del derecho de los acreedores del insolvente, con créditos exigibles, a reclamar y obtener la satisfacción inmediata de sus créditos; lleva consigo también la suspensión inmediata de las ejecuciones singulares pendientes contra el patrimonio del deudor insolvente, con pérdida para los acreedores ejecutantes de las posiciones de ventaja adquiridas en esos procedimientos; y supone, finalmente, la exclusión de la incoación de nuevas ejecuciones singulares contra el patrimonio del insolvente.

2º.- Sujeción de la administración del patrimonio del insolvente a un régimen especial, con un control más o menos intenso asumido por unos administradores designados por el tribunal, y

3º.- Iniciación de los procedimientos especiales previstos en la Ley con vistas a lograr la satisfacción de los acreedores en situaciones de insolvencia del deudor común, compatibilizando esa satisfacción, en la medida de lo posible, con el saneamiento de la situación patrimonial del deudor y la subsistencia de la empresa, negocio o actividad profesional que el deudor desarrolle.

4. Entrando ahora en el examen de los *sujetos de la pretensión*, las cuestiones a las que hay que dar respuesta son, en primer lugar, quiénes pueden ser sujetos activos de la pretensión, lo que nos remite a las normas legales que establecen la legitimación activa para solicitar la declaración de concurso y, en segundo término, a quiénes hay que reconocer la condición de sujetos pasivos de una pretensión cuyo *petitum* tiene el alcance que se acaba de examinar.

La respuesta a la primera cuestión no plantea especial dificultad. La propia Ley concursal identifica, con bastante claridad, quiénes pueden ser sujetos activos de una pretensión de tutela concursal. Son, en primer lugar, cualquiera de los acreedores de la persona respecto de la que se reclame la declaración (art. 3.1). Se exceptúan, sin embargo, aquellos acreedores que hubiesen adquirido sus créditos dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento (art. 3.2). En segundo término, el deudor, especificándose que cuando el deudor sea persona jurídica la decisión de solicitar la declaración de concurso corresponde al órgano de administración o de liquidación (art. 3.1). Se atribuye también legitimación activa a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica para solicitar la declaración de concurso de ésta (art. 3.3). Y, finalmente, para pedir la declaración de concurso de una herencia están legitimados, además de los acreedores, los herederos del deudor fallecido y el administrador de la herencia (art. 3.4).

En cuanto a los sujetos pasivos de la pretensión, la Ley parece partir de la base de que tal consideración la merece exclusivamente el sujeto cuya declaración de concurso se pretende. Así podría deducirse de la regulación de la tramitación de las solicitudes de declaración de concurso necesario, en cuanto prevé que se traslade la solicitud al deudor para que pueda formular oposición; o de la regulación de la tramitación de las solicitudes de concurso voluntario, en la que, al ser el propio deudor el solicitante, no se contempla la audiencia de ningún otro sujeto antes de la decisión judicial sobre la solicitud. El mismo planteamiento parece inspirar las previsiones sobre los efectos del allanamiento o la inactividad del deudor ante la solicitud de declaración de concurso necesario, puesto que si se hubiera considerado que la declaración de concurso afecta de manera directa a la esfera jurídica de sujetos distintos del deudor seguramente el legislador no habría dispuesto que el allanamiento o la inactividad de este último lleve aparejada la automática declaración del concurso, sin previa comprobación del hecho indicio de la insolvencia en que se base la solicitud.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el alcance real de la pretensión de declaración de concurso, en los términos que han quedado explicados más arriba, se comprueba inmediatamente que el pronunciamiento judicial estimatorio de dicha pretensión afecta de manera directa no sólo al deudor, sino también a todos sus acreedores. La declaración de concurso lleva aparejado un cambio que afecta a todas las relaciones jurídico-patrimoniales del deudor y, por tanto, desde el punto de vista subjetivo, no sólo al deudor, sino a todos los sujetos vinculados al deudor por esas relaciones jurídico-patrimoniales que, tras el concurso, cambian de régimen jurídico. El cambio se proyecta con particular intensidad sobre las relaciones del concursado con sus acreedores por créditos anteriores a la declaración de concurso. En este caso, el cambio que opera la declaración de concurso es, en principio, favorable al deudor y perjudicial para los acreedores puesto que los créditos de éstos que fueran inmediatamente exigibles antes de la declaración de concurso dejan de ser exigibles y, respecto de esos créditos, los acreedores pierden las acciones ejecutivas que pudieran tener, incluso las que ya hubieran ejercitado, con pérdida de los derechos que ya hubiesen adquirido sobre activos concretos del patrimonio del deudor en virtud de los correspondientes embargos. Sólo por esto entiendo que hay que considerar también a los acreedores del sujeto cuya declaración de concurso se pretenda como sujetos pasivos de la pretensión. Y tanto cuando la pretensión de declaración de concurso se formula por el propio deudor como cuando se formula por alguno de los acreedores.

A la misma conclusión se llega si se analiza el conflicto de intereses que late tras una solicitud de declaración de concurso. El conflicto se plantea de diferente manera según que la solicitud la formule el deudor o la formule un acreedor, pero, en ambos casos, en el lado pasivo del conflicto nos encontramos con acreedores. Cuando solicita el concurso el deudor, lo que pretende -y lo que realmente conseguirá si su pretensión prospera- es frenar la presión de sus acreedores, especialmente de aquellos cuyos créditos son exigibles y, muy particularmente, de los que ya tengan ejecuciones despachadas con bienes embargados en trance de realización. La pretensión del deudor va dirigida a que a esos acreedores se les prive de la inmediata exigibilidad de sus

créditos y de las acciones ejecutivas individuales que tengan para hacerlos efectivos, sustituyendo esa posición por la de acreedores sujetos a un régimen de satisfacción que comporta inevitables retrasos, que puede conducir a que se les impongan quitas o esperas aprobadas por una mayoría de acreedores de la que ellos no hayan formado parte, o a que, tras la liquidación concursal, la aplicación de las reglas sobre preferencias en el pago conduzca a una satisfacción parcial de sus créditos o, incluso, a que no puedan cobrar nada cuando, quizá, antes de la declaración de concurso, tenían razonablemente asegurada la satisfacción de su derecho con los embargos trabados en una ejecución singular. No hay duda, en mi opinión, de que cuando un deudor solicita su propia declaración de concurso, lo hace frente a todos sus acreedores, para obtener una tutela jurisdiccional que comporta sacrificios para éstos mediante una resolución judicial que les imponga unos cambios que debilitan su posición frente al deudor y que quizá no estarían dispuestos a aceptar voluntariamente.

Pero también cuando la declaración de concurso se solicita por un acreedor, el conflicto de intereses subyacente tiene como sujetos pasivos a otros acreedores. Es obvio que, cuando la pretensión de declaración de concurso se formula por un acreedor hay que considerar sujeto pasivo de dicha pretensión al deudor, teniendo en cuenta los efectos que la declaración de concurso lleva aparejados para éste. Pero en realidad, cuando un acreedor pretende que se declare el concurso de su deudor, trata de defender sus intereses no tanto frente al deudor, sino frente a otros acreedores, ante el riesgo de que, de no declararse el concurso, los pagos que el deudor realice a *otros acreedores* y las ejecuciones singulares promovidas por *otros acreedores* consuman por completo los activos patrimoniales del deudor insolvente de manera que, llegado el momento en que el solicitante pueda exigir el pago de su crédito o acceder a la ejecución singular para lograr su satisfacción, ésta resulte imposible por no existir ya bienes suficientes en el patrimonio del deudor. Y de aquí cabe deducir que cuando un acreedor solicita la declaración de concurso no puede presumirse que lo hace en “representación” o “en beneficio” del conjunto de los acreedores, sino más bien al contrario, lo que ha de presumirse es que el acreedor solicitante pretende la declaración de concurso porque sabe -o al menos intuye- que, si no se declara el concurso, otros acreedores podrían resultar beneficiados a costa suya, lo que objetivamente sitúa a estos otros acreedores en el lado pasivo de la pretensión.

Creo que los razonamientos anteriores justifican sobradamente la afirmación de que el deudor no es el único sujeto pasivo de la pretensión de declaración de concurso y que hay que incluir necesariamente entre los sujetos pasivos de esa pretensión a todos los acreedores del sujeto cuyo concurso se pretende excepto, en su caso, a aquel o a aquellos que hayan solicitado la declaración. Y no se diga que, ante una solicitud de declaración de concurso, los acreedores no necesariamente estarán interesados en oponerse. Basta con que puedan estar interesados -con interés jurídico legítimo- en formular oposición a que el concurso se declare para que merezcan la consideración de sujetos pasivos y para que se les dispense el tratamiento procesal que éstos merecen. Tampoco, por ejemplo, cuando un coheredero pide en juicio la nulidad de un testamento se sabe con certeza si el resto de los herederos y legatarios se opondrán o se allanarán a la pretensión y, sin embargo, no se discute que todos ellos han de ser llamados al

proceso como sujetos pasivos dándoles la oportunidad de oponerse a la demanda si la consideran infundada.

5. Para completar la caracterización de la pretensión de tutela concursal resta la referencia a la causa de pedir. Este elemento de la pretensión coincide con lo que la Ley concursal designa como presupuesto objetivo del concurso, esto es, la insolvencia del sujeto cuya declaración de concurso se solicita. La Ley define la insolvencia como el estado en que se encuentra el deudor “que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” y, en consecuencia, la pretensión de declaración de concurso debería basarse precisamente en que el sujeto cuyo concurso se pretende se halla en tal estado. Conviene hacer, sin embargo, algunas matizaciones.

En primer lugar hay que precisar que la Ley distingue entre insolvencia “actual” e insolvencia “inminente”, caracterizando esta última como la situación en que se encuentra el sujeto que prevé que “no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”. Partiendo de esta distinción, se admite que la causa de pedir de la pretensión de declaración de concurso formulada por el propio deudor sea tanto la insolvencia actual como la insolvencia inminente, mientras que cuando la pretensión la formula un acreedor sólo podrá fundarse en la insolvencia actual del deudor.

Por otro lado, el art. 2.4 de la Ley concursal relaciona una serie de hechos que son presentados como posible fundamento de la pretensión de declaración de concurso formulada por un acreedor. Se trata, en resumen, del embargo generalizado de los bienes del deudor, la cesación, por parte del deudor, en el pago de todas sus obligaciones o, cuando menos, de determinadas clases de ellas (las tributarias, las salariales y las de seguridad social) y, en fin, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. La Ley no pretende que estos hechos constituyan presupuestos objetivos o causas de pedir distintas, que operen de manera autónoma e independiente del presupuesto general de la insolvencia del deudor. Lo que se busca, sencillamente, es facilitar a los acreedores que pretendan obtener la tutela concursal la acreditación de la insolvencia del deudor mediante la selección de una serie de hechos que la Ley considera indicios suficientes del estado de insolvencia, de modo que alegados y acreditados esos hechos -o cualquiera de ellos- por el acreedor solicitante del concurso, quede expedito el camino a que éste obtenga la tutela que solicita, salvo que el deudor demuestre que no se encuentra en estado de insolvencia. A este esquema responden, en efecto, las previsiones del art. 18.2 de la Ley sobre las causas de oposición del deudor a la declaración de concurso solicitada por un acreedor.

Desde esta perspectiva, los hechos indicio de la insolvencia relacionados en el art. 2.4 de la Ley concursal no deberían desempeñar papel alguno relevante cuando la solicitud de declaración de concurso la formula el propio deudor. A éste se le puede exigir que acredite cumplidamente que se encuentra en estado de insolvencia y, por tanto, no debería bastar con que alegara y acreditara alguno de los hechos indicio a que se refiere el art. 2.4. El art. 2.3 de la Ley parece asumir este planteamiento, al disponer que “si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia”. Por otro lado, el art. 2.4 limita a las

solicitudes formuladas por un acreedor la posibilidad de fundarlas en alguno de los hechos indicio de insolvencia que dicho precepto relaciona.

El problema es que el art. 14.1, al regular la decisión judicial sobre la declaración de concurso solicitada por el deudor, dispone que “el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor”. Este precepto, en mi opinión, desvirtúa el planteamiento que resulta de la distinción que establecen los apartados 3 y 4 del artículo 2 sobre el fundamento de las pretensiones formuladas por el deudor y las formuladas por un acreedor puesto que si, a la postre, solicitado el concurso por el propio deudor basta para que proceda su declaración que el juez considere acreditado alguno de los hechos del art. 2.4, estos hechos, y no propiamente el estado de insolvencia del deudor, se convierten en el presupuesto objetivo de la declaración de concurso y en la causa eficiente de la estimación de la pretensión, por mucho que formalmente se exija al deudor que justifique “su endeudamiento y su estado de insolvencia”. Nótese, en este sentido, que podrían darse casos en que, concurriendo alguno de los hechos previstos en el art. 2.4 (v. gr., que el deudor llevara más de dos meses sin cumplir sus obligaciones tributarias), la situación patrimonial reflejada por la documentación aportada por el deudor no encajara en la definición legal de insolvencia -ni actual, ni inminente- porque, sencillamente, de la referida documentación se desprendera que los impagos a la hacienda pública obedecen, sencillamente, a que el deudor no ha querido pagar y no a que se encuentre en un estado en que no pueda hacerlo. En tales casos, la estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 14.1 debería conducir al juez a declarar el concurso lo que, aparte de resultar a todas luces inconveniente y absurdo, pondría de manifiesto que el concurso se habría declarado sobre la exclusiva base de concurrir uno de los hechos del art. 2.4 sin conexión alguna con una -inexistente, por hipótesis, en los casos que consideramos- situación de insolvencia actual o inminente del deudor.

III. La estructura del concurso

6. Observando el concurso como sucesión de actuaciones, lo primero que aparece a la vista son las encaminadas a dar respuesta a la pretensión de declaración de concurso formulada por un sujeto legitimado. Estas actuaciones se inician con la solicitud de declaración de concurso y finalizan con la resolución judicial (según la Ley, en forma de auto) que decide sobre la procedencia o improcedencia de formular tal declaración. Se trata de actuaciones que encajan sin esfuerzo en el esquema conceptual del proceso civil de declaración, pues tienen por objeto una pretensión de tutela jurisdiccional, entre sujetos en posiciones contrapuestas respecto de dicha pretensión, sobre la que ha de decidir un tribunal independiente e imparcial atendiendo a las alegaciones y las pruebas suministradas por las partes.

Declarado el concurso o, lo que es lo mismo, estimada la pretensión de tutela jurisdiccional concursal, esa tutela que el tribunal ha considerado procedente conceder

al solicitante ha de materializarse, lo que requiere hacer efectivos en la práctica los que la Ley llama efectos de la declaración de concurso y que, según se ha razonado más arriba, constituyen realmente el contenido material de la pretensión de declaración de concurso y, por ende, el contenido de la resolución judicial estimatoria de dicha pretensión.

La estructura del concurso puede así reducirse a esquemas que a cualquier jurista han de resultarle familiares: proceso de declaración en que un sujeto pretende frente a otro u otros una decisión judicial con un determinado contenido, seguido, en caso de que el proceso culmine con un pronunciamiento favorable a la pretensión, de las actuaciones -no necesariamente judiciales- que sean necesarias para el cumplimiento de la decisión judicial.

Es preciso reconocer, no obstante, que la tutela jurisdiccional que la Ley contempla para los casos de insolvencia de un deudor presenta importantes particularidades, tanto en lo que se refiere a la amplitud y complejidad de su contenido, como en lo que atañe al sujeto pasivo de dicha tutela, potencialmente muy numeroso e incierto, en su composición, al menos en los primeros momentos del proceso. Estas peculiaridades de la especial clase de tutela jurisdiccional que nos ocupa condicionan tanto la configuración del proceso de declaración encaminado a decidir sobre su procedencia en cada caso concreto, como la articulación del cumplimiento de la resolución favorable a la pretensión, imponiendo un tratamiento legal de una y otra fase -declaración y cumplimiento- que presenta, a su vez, notables peculiaridades.

A) El proceso de declaración de concurso

7. Si, como hemos apuntado, la pretensión de declaración de concurso enfrenta a quien la formula con un grupo más o menos numeroso de sujetos en el que estarán el deudor, siempre que no sea el solicitante, y todos los acreedores de éste, salvo, en su caso, el que haya presentado la solicitud, las actuaciones encaminadas obtener una decisión judicial sobre dicha pretensión han de configurarse necesariamente como un verdadero y propio proceso civil de declaración, de jurisdicción contenciosa, en el que los sujetos pasivos de la pretensión han de tener la oportunidad de defenderse frente a ella.

La construcción legal de este proceso, sin embargo, tropieza con la dificultad de identificar, en el momento inicial del proceso, a todos y cada uno de los sujetos pasivos de la pretensión. Aunque en diferente medida y por diferentes razones, esta dificultad está presente tanto cuando la pretensión la formula el deudor, solicitando su propia declaración de concurso, como cuando es un acreedor quien solicita que se declare el concurso de su deudor.

En los casos de concurso voluntario, podría ciertamente exigirse al deudor -y así lo hace la Ley concursal en su art. 6.2.4º- que, al formular su pretensión, identifique a todos sus acreedores. Ahora bien, por esta vía sólo quedarían identificados los acreedores reconocidos como tales por el deudor. Y el problema es que la declaración de concurso

no afecta únicamente a los acreedores a quienes el deudor reconozca como tales, sino también a otros sujetos que, con mayor o menor fundamento, se consideren acreedores de quien solicita su propio concurso, aunque sólo sea porque estos -reales o supuestos- acreedores no reconocidos por el deudor, de no declararse el concurso, podrían defender su derecho mediante el ejercicio de las correspondientes acciones, declarativas y, en su caso, ejecutivas, en procesos singulares, mientras que, si el concurso se declara, la defensa de los derechos que crean tener frente al concursado quedará sujeta a los cauces procedimentales especiales del concurso: quedarán sujetos a la carga de comunicar a la administración concursal, en breve plazo, los derechos que crean tener frente al concursado, y, aunque podrán defender, ciertamente, su derecho ante el tribunal, si la administración concursal no lo reconoce, mediante un proceso singular de declaración, de ese proceso conocerá un tribunal distinto (el Juzgado de lo Mercantil que se ocupe del concurso) al que hubiera correspondido si no se hubiera declarado el concurso y los trámites que se seguirán (los del incidente concursal) serán también diferentes a los ordinarios de la LEC, y, en último término, en cuanto a las eventuales acciones ejecutivas que pudieran pretender hacer valer, tendrán, sencillamente, que olvidarse de ellas. La declaración de concurso afecta, por tanto, no sólo a los acreedores que el deudor reconozca, sino a todos los sujetos que se consideren acreedores del deudor y, en consecuencia, una lista de acreedores presentada por el deudor no asegura la identificación de todos los sujetos pasivos de la pretensión de declaración de concurso que el deudor formule.

Más clara es la dificultad de identificar a todos los sujetos pasivos de la pretensión de declaración de concurso cuando ésta se formula por un acreedor ya que, en este caso, es obvio que no se puede exigir al solicitante que identifique al resto de los acreedores del deudor. Lo único que se le puede -y debe- exigir es que identifique al deudor, es decir, al sujeto cuya declaración de concurso se solicita. Aunque conviene insistir en que la elemental exigencia de que el acreedor que solicite el concurso identifique al deudor no implica que sólo éste sea el sujeto pasivo de la pretensión, sino que obedece, sencillamente, a que sin la identificación del deudor la pretensión de declaración de concurso no quedaría suficientemente precisada.

8. Las dificultades para la identificación inicial de los sujetos pasivos de la pretensión de declaración de concurso plantean problemas a la hora de articular la obligada audiencia que ha de concederse a esos sujetos para que puedan defenderse frente a la pretensión. El sistema normal, que consiste en arrojar sobre el demandante la carga de identificar a los sujetos pasivos de su pretensión, de manera que el Juzgado pueda limitarse a dar traslado de la demanda a esos sujetos, no puede aplicarse en este caso, por las razones que se acaban de apuntar. Habría, sin embargo, una posible solución, a saber, dar publicidad -una publicidad efectiva- a la solicitud y abrir un plazo razonablemente amplio durante el cual todos los sujetos que merezcan la consideración de sujetos pasivos de la pretensión de declaración concurso pudieran personarse en el procedimiento como demandados. Esta solución, sin embargo, no parece razonable precisamente cuando se trata de pretensiones de declaración de concurso que, por su propia naturaleza, requieren una rápida respuesta del tribunal.

Cabría, ciertamente, combinar el sistema de publicidad de la solicitud con la adopción de medidas cautelares que neutralizaran los eventuales efectos negativos de la demora en la decisión. Pero también cabe otra técnica, que la ley procesal emplea en ciertos casos en que la decisión judicial sobre la pretensión es tan urgente que no admite la demora derivada de la previa audiencia del sujeto pasivo. Se trata, sencillamente, de que el tribunal decida a la vista de las alegaciones y pruebas que aporte el sujeto que formula la pretensión y que la audiencia a los sujetos pasivos se produzca posteriormente, dando a estos sujetos la oportunidad de formular oposición a la decisión judicial ya adoptada. Aplicando esta técnica al caso que nos ocupa habría que recurrir también a la publicidad, pero no de la solicitud, sino de la decisión judicial estimatoria, para permitir que cualquier sujeto afectado por esa decisión tenga la oportunidad de oponerse a ella. En cierto modo, este ha sido el sistema que, con base en la legislación anterior -convenientemente corregida jurisprudencialmente- se aplicaba en el procedimiento de declaración de quiebra.

9. La Ley vigente contempla dos tramitaciones distintas para la declaración del concurso, según la pretensión haya sido formulada por el deudor (concurso voluntario, en la terminología legal) o por un acreedor (concurso necesario, según la Ley). Ambas tramitaciones, como ya se ha indicado, parecen descansar en el presupuesto implícito de que sólo el deudor cuya declaración de concurso se solicita es el sujeto pasivo de la pretensión. Sobre esta base, cuando la pretensión de declaración de concurso la formula un acreedor, la Ley prevé el traslado de la solicitud al deudor, a quien se concede un breve plazo (cinco días) durante el cual puede oponerse a la pretensión; si así lo hace, el juez convoca una vista en la que las partes tienen la oportunidad de formular alegaciones orales y proponer pruebas; tras la práctica de las pruebas admitidas -que puede producirse, si fuera necesario, después de la vista durante un plazo que no puede exceder de 20 días- el juez decide sobre la solicitud de declaración de concurso. Con no ser excesivamente dilatado, el trámite es lo suficientemente largo como para que la espera entre la solicitud y la decisión judicial pueda llegar a entrañar riesgos de que se produzcan hechos que resulten perjudiciales para los intereses del concurso, riesgos que la Ley intenta conjurar mediante la previsión de que a petición del solicitante el juez pueda acordar medidas cautelares al admitir a trámite la solicitud (art. 17).

Esta tramitación no considera la posibilidad de que otros acreedores, distintos del solicitante, puedan tener interés -interés jurídico legítimo- en oponerse a una declaración de concurso que quizá les perjudique, alegando e intentando probar que la pretensión de declaración de concurso es infundada por no ser el deudor insolvente. Pero -afortunadamente, en mi opinión- la Ley concursal no es del todo consecuente con este planteamiento, porque el art. 20.3 concede legitimación para interponer recurso de apelación contra el pronunciamiento judicial de declaración de concurso a “cualquier persona que acredite interés legítimo, aunque no hubiera comparecido con anterioridad”. No me parece dudoso que cualquier acreedor que alegue que la declaración de concurso le perjudica y que la considera improcedente por no concurrir el presupuesto legal de la insolvencia del deudor queda comprendido en la amplia legitimación para recurrir que contempla este precepto.

Resulta así que, con referencia a los casos en que la pretensión de declaración de concurso se formula por un acreedor, el procedimiento previsto en la Ley, si bien de manera notablemente tortuosa, termina por reconocer la posibilidad de que, no sólo el deudor, sino también cualquier acreedor distinto del solicitante se defiendan frente a la pretensión, lo que es tanto como reconocer la condición de sujetos pasivos de la pretensión a los acreedores puesto que en otro caso no tendría ningún sentido que se les atribuyera legitimación para impugnar en apelación el pronunciamiento de declaración de concurso. El resultado final no es precisamente armonioso, con un procedimiento en el que, frente a la pretensión que constituye su objeto, sólo se concede audiencia, al principio, a uno de los sujetos pasivos, remediándose *in extremis* el olvido de oír al resto concediéndoles la posibilidad de apelar la decisión que se ha tomado sin tenerlos en absoluto en cuenta. Pero, aun así, creo que hay que felicitarse de que, aunque sea de una extraña manera, la Ley posibilite que los acreedores del concursado se defiendan frente a un pronunciamiento judicial que priva a sus créditos de la inmediata exigibilidad, les impide ejercitar o sostener acciones ejecutivas frente a su deudor, deja sin efecto los embargos que pudieran tener trabados para la satisfacción en ejecución singular de sus créditos o, por poner un último ejemplo, entorpece seriamente el ejercicio de las acciones que pudieran tener para hacer efectivas las garantías reales de sus créditos.

10. El procedimiento para la tramitación de la declaración de concurso instada por el propio deudor tampoco tiene presente el interés que pueden tener los acreedores en oponerse a una declaración de concurso improcedente. En este caso, la tramitación es tan extraordinariamente simple que se limita a la solicitud del deudor, seguida inmediatamente de la resolución judicial acordando o denegando la declaración de concurso; las únicas actuaciones que pueden interponerse entre solicitud y decisión judicial son las de un sencillo trámite de subsanación previsto en la Ley para los casos en que el tribunal aprecie defectos formales en la solicitud o en la documentación que debe acompañarla. Es significativo que aunque la Ley exige al deudor que acompañe a su solicitud, entre otros documentos, una relación de sus acreedores, no se plantee siquiera la posibilidad de que estos acreedores puedan tener algo que decir, ni antes ni después de la decisión judicial sobre la solicitud de declaración de concurso.

El problema de la falta de previsión legal de audiencia a los acreedores frente a la pretensión del deudor de declaración de su propio concurso -que es un problema que compromete, a mi juicio, la prohibición constitucional de la indefensión- puede remediarse, de nuevo, mediante el reconocimiento de legitimación a los acreedores para apelar la declaración de concurso voluntario.

No seré yo quien niegue esa legitimación, que ya he defendido por escrito en otro lugar y que cuenta también con el apoyo de otros autores. Ahora bien, sí creo conveniente subrayar que la Ley no pone nada fácil la interpretación que conduce, no ya a afirmar la legitimación de los acreedores para recurrir en apelación la declaración del concurso voluntario, sino ni siquiera la procedencia del recurso de apelación contra dicha resolución. El artículo 14 de la Ley, que es el que se ocupa específicamente de la declaración del concurso voluntario sólo dispone, en materia de recursos, que “contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición”.

Respecto a los recursos contra el auto estimatorio de la solicitud guarda silencio, lo que remite a las reglas generales del art. 197 de cuya aplicación al caso resulta que sólo sería posible el recurso de reposición. Esta reposición, sin embargo, a falta de norma especial sobre legitimación, sólo podría utilizarse por sujetos que hubieran tenido la condición de parte en las actuaciones previas y, como en el caso que nos ocupa el único sujeto que ha intervenido como parte es el deudor, solicitante del concurso, para quien la resolución que lo declara no le supone gravamen, no existirían, en rigor, sujetos legitimados para pedir la reposición del auto de declaración de concurso necesario al amparo de las normas generales del art. 197. Quizá esto explica el silencio de la Ley sobre los recursos contra el auto de declaración de concurso voluntario.

Pero, si nos quedamos aquí, en caso de concurso voluntario los acreedores del concursado a quienes pueda perjudicar la declaración de concurso no tendrían oportunidad alguna de defenderse frente ella lo que, a mi juicio, teñiría de inconstitucionalidad el procedimiento. La única vía para salvar el problema, bastante forzada, en mi opinión, es entender que las previsiones del artículo 20 en materia de recursos y de legitimación para recurrir, aunque el precepto se refiera de manera exclusiva al pronunciamiento de declaración de concurso necesario, han de aplicarse también por analogía -la identidad de razón es, en mi opinión, bastante clara- a la declaración de concurso voluntario.

B) El cumplimiento de la resolución de declaración de concurso

11. La declaración de concurso, por sí sola, no satisface el interés del solicitante, sea éste un acreedor o el propio concursado. Para que el interés del solicitante quede satisfecho es preciso que se materialicen los efectos que la Ley vincula a la declaración de concurso o, dicho en otros términos, que se cumpla lo que el auto de declaración de concurso manda, en la medida en que cabe entender, como más arriba se razonó, que los efectos que la Ley vincula a la declaración de concurso constituyen el contenido material de la pretensión de tutela jurisdiccional que el auto de declaración de concurso estima y que, por tanto, esta última resolución no se limita a constatar y declarar oficialmente el estado de insolvencia del concursado, sino que constituye una respuesta afirmativa a una pretensión de que se ordene por el tribunal la producción de determinados efectos.

1) Efectos constitutivos de la declaración de concurso

12. El cumplimiento del auto de declaración de concurso reviste especial complejidad debido a la extraordinaria amplitud y variedad de los efectos vinculados a dicha resolución. Cabe distinguir, no obstante dos grandes grupos de efectos de la declaración de concurso, que plantean problemas diferentes desde la perspectiva de su materialización o cumplimiento. En el primer grupo se incluirían ciertos cambios

jurídicos que el auto de declaración de concurso produce de inmediato y que, en general, no necesitan de ninguna actividad posterior para su efectividad, con la salvedad, en algunos casos, de ciertos actos de ejecución impropia. Se trata de efectos constitutivos de la declaración de concurso entre los que se encontrarían, a mi modo de ver, todos los que tienden a poner fin, de inmediato, al régimen normal de cumplimiento de las obligaciones exigibles y de acciones individuales de los acreedores.

En este ámbito habría que incluir la integración en la masa pasiva del concurso de todos los acreedores concursales, en la medida en que dicha “integración” implica que los acreedores quedan privados de sus derechos a ser pagados al margen de los mecanismos concursales y a obtener la satisfacción de sus créditos en vía jurisdiccional mediante procesos singulares, cambios jurídicos sobre cuya trascendencia no me parece que sea necesario insistir. Las suspensiones de las ejecuciones singulares pendientes tienen también alcance constitutivo, así como los cambios que la declaración de concurso provoca en la posición jurídica de los acreedores con garantía real. El cumplimiento de estas consecuencias de la declaración de concurso, dado su carácter constitutivo, no requerirá, normalmente, actuaciones especiales, si bien en algunos casos será necesaria cierta ejecución impropia para garantizar la efectividad de los cambios jurídicos operados por la resolución judicial (v.gr., comunicaciones a los tribunales en que se sigan ejecuciones singulares frente al concursado, para asegurar la efectividad de la suspensión de dichos procedimientos, o anotación de la declaración de concurso en los registros de bienes en que el deudor tuviera inscrito alguno de su propiedad, lo que garantiza la efectividad de las limitaciones que el concurso impone a los acreedores con garantía real sobre dichos bienes).

Pero la declaración de concurso no se limita a producir, de inmediato, ciertos cambios jurídicos importantes, sino que exige también una actividad ulterior para lograr la máxima satisfacción posible, según las reglas del concurso, de los derechos de los acreedores. Por otro lado, en tanto en cuanto se materializa esa satisfacción de los acreedores por las vías previstas en la legislación concursal, es preciso mantener una actividad de gestión del patrimonio del deudor. En este último ámbito, la declaración de concurso, más que imponer actividades en un determinado sentido o en otro, lo que hace es establecer reglas que limitan y orientan el ejercicio de las facultades ordinarias de gestión patrimonial (disposición y administración).

Es preciso contemplar también, por tanto, la actividad que ha de desarrollarse tras la declaración de concurso, en esa doble vertiente de actividad de gestión patrimonial limitada y condicionada por la propia situación concursal, por un lado, y de actuaciones concretas impuestas por la Ley y directamente encaminadas a satisfacer el derecho de los acreedores según las reglas concursales, por otro.

2) Gestión del patrimonio del concursado

13. Siendo inevitable que se produzca una actividad de gestión patrimonial tras la declaración de concurso -más aún cuando la Ley contempla, como regla general, la

continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado (cfr. art. 44)-, lo que ha de procurar la legislación concursal es que esa actividad se desarrolle, en lo posible, sin perjudicar la situación de los acreedores, no sólo evitando los actos de gestión que puedan deteriorar aún más la situación patrimonial del concursado, sino procurando incluso agotar las posibilidades para mejorar las expectativas de satisfacción del Derecho de los acreedores.

A estos efectos, la Ley establece, con carácter general, que “en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso” (art. 43.1), norma que condiciona y limita la actividad de gestión del patrimonio del concursado, en el sentido de que excluye actos dispositivos o de administración (v.gr., disposiciones a título gratuito, inversiones en valores de alto riesgo) que fuera del contexto concursal serían, en general, jurídicamente admisibles (con independencia de su mayor o menor racionalidad económica), y en el sentido también de que impone una especial diligencia para la conservación e, incluso, mejora de la situación patrimonial, diligencia que va mucho más lejos de la que jurídicamente sería exigible a un deudor no insolvente.

Es más, la declaración de concurso amplía el abanico de facultades de la gestión patrimonial, incorporando a él facultades especiales que no se reconocen, en general, fuera de un contexto concursal (por ejemplo, la facultad de pedir la resolución de contratos bilaterales, simplemente por razones de conveniencia a los intereses del concurso y sin que haya producido incumplimiento de la otra parte, prevista en el art. 61.2; o la de, en sentido contrario, hacer “revivir” contratos ya resueltos por incumplimiento del concursado, que resulta de los arts. 68, 69 y 70; o, en fin, la de lograr la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor antes de la declaración de concurso con sujeción al régimen especial de los arts. 71 y siguientes, mucho menos exigente, en cuanto a requisitos, que el de las acciones ordinarias de rescisión por fraude de acreedores previsto en el Código civil). Y estas facultades especiales no se contemplan para que sean utilizadas a su conveniencia por el deudor (o por quien gestione su patrimonio), sino que su ejercicio constituye un poder-deber, en el sentido de que, en situaciones en que sea previsible que la utilización de dichas facultades favorecerá los intereses del concurso, deberán ser utilizadas.

14. Sin profundizar en las reglas especiales a que está sujeta la gestión del patrimonio del concursado, ni entrar a analizar detalladamente su contenido, nos limitaremos a reflexionar sobre el modo en que la Ley asegura que esas reglas sean respetadas cuando un concurso se declara. En este contexto, a mi juicio, hay que contemplar la cuestión de los efectos del concurso sobre las facultades de disposición y administración del deudor. Las legislaciones modernas no consideran imprescindible vincular a la declaración de concurso, de manera incondicionada, la privación de las facultades de gestión patrimonial del deudor. Por el contrario, como hace nuestra reciente Ley, contemplan el mantenimiento de las facultades patrimoniales del deudor en determinadas circunstancias (en caso de concurso voluntario, al menos en principio, sin excluir radicalmente tampoco que pueda optarse por la misma solución en concursos

necesarios cuando concurren circunstancias que lo aconsejen en interés del concurso: cfr. art. 40.3).

Pero no se confía tampoco de manera plena en que dejando en manos del concursado la gestión de su patrimonio, éste vaya a desarrollarla de la manera más conveniente a los intereses del concurso. Por eso se prevé la designación de otros sujetos, los administradores concursales, a quienes se confía la vigilancia de la gestión patrimonial que lleve a cabo el concursado, y se contempla también la aplicación, en función de las circunstancias, del régimen más radical de sustitución del deudor por los administradores concursales, asumiendo éstos directamente la gestión del patrimonio de aquél. Se abren, por tanto, distintas posibilidades, y el criterio para optar por una u otra solución no ha de ser si el deudor merece más o menos “castigo”, en función de un juicio sobre su conducta anterior a la declaración de concurso, sino más bien el de los riesgos que comportaría, en el caso concreto, dejar en manos del concursado la gestión de su patrimonio, desde la perspectiva de asegurar que esa gestión sirva realmente a los intereses del concurso.

Ciertamente, un concursado que haya sido poco escrupuloso, desde el punto de vista ético, en la conducción de sus negocios merecerá, en general, escasa confianza como futuro gestor entregado diligentemente a conservar y mejorar su situación patrimonial en beneficio de sus acreedores; y, a la inversa, sí puede merecer esa confianza, en general, el concursado de irreprochable honradez, cuya insolvencia se deba, por ejemplo, a desleales maniobras de los competidores. Pero, atendidas las circunstancias, podría ser mejor opción dejar la gestión patrimonial en manos del deudor éticamente laxo -con una vigilancia especialmente estrecha, eso sí, por parte de los administradores- cuando, por ejemplo, se dedique a una actividad muy especializada, cuyo desenvolvimiento exitoso requiera conocimientos, relaciones y aptitudes especiales que él tenga y no los profesionales a quienes se haya nombrado administradores del concurso. Y, a la inversa, también podría ser mejor opción, atendiendo a los intereses del concurso, privar de la gestión patrimonial a un deudor éticamente irreprochable, cuando haya datos que revelen que, en ese caso, la acrisolada honradez viaja acompañada de una no menos patente falta de sagacidad o de prudencia en la conducción de los negocios.

15. Conviene subrayar, en cualquier caso, que la actividad de gestión del patrimonio del concursado no se configura en nuestra Ley como actividad judicial, ni directa, ni indirectamente. Se trata, más bien, de una actividad que se desarrolla extrajudicialmente, respecto de la cual, la intervención de los tribunales se produce, en general, sólo en casos en que surjan conflictos entre los sujetos de dicha actividad (el gestor, sea el deudor o los administradores concursales, y los sujetos con que éstos se relacionan) y previa formulación de una concreta pretensión de tutela jurisdiccional ante el tribunal. La única diferencia con las situaciones no concursales es que los conflictos que puedan derivar de la actividad de gestión patrimonial se dirimirán ante el juez del concurso y por un cauce procesal especial (el del incidente concursal).

Y es así tanto en el caso de que la gestión patrimonial se mantenga en manos del deudor

como en el de que esa gestión se lleve a cabo por los administradores concursales. Porque los administradores concursales, pese a que son nombrados por el Juez, y a que en la Ley vigente adquieren un carácter predominantemente profesional que les aleja del papel de representantes de los acreedores, no son, sin embargo, sujetos que actúen revestidos de autoridad, por delegación del Juez, sino que, por el contrario, la Ley los sitúa claramente en el nivel de los sujetos particulares, atribuyéndoles la condición de parte en todas las actuaciones del concurso que requieran la intervención del tribunal, en plena igualdad, ante el Juez, con el deudor, los acreedores y los demás sujetos particulares que puedan verse afectados por la actuación de aquéllos. Así, por ejemplo, si en el ámbito de sus funciones de gestión patrimonial, los administradores consideran procedente reclamar el pago de una cantidad que estimen debida al concursado, y ese pago no se efectúa, los administradores no pueden actuar directamente sobre el moroso, sino que han de demandarle ante los tribunales y, en este caso, probablemente, ni siquiera ante el juez del concurso, sino ante el Juzgado de Primera instancia que sea competente según las reglas generales. O si, por el contrario, la actividad de gestión patrimonial de los administradores perjudica a algún sujeto y éste reclama la tutela de los tribunales, los administradores tendrán que defenderse en el proceso como demandados, en igualdad de condiciones con respecto al sujeto que haya presentado la demanda.

Cabe concluir, en resumen, que la actividad de gestión patrimonial posterior a la declaración de concurso se confía a sujetos particulares y se desarrolla, por tanto, extrajudicialmente, asumiendo los tribunales -en este caso el juez del concurso-, respecto de esa actividad, el mismo papel que, en general, corresponde a los tribunales en situaciones extraconcursoales, es decir, decidir sobre pretensiones de tutela jurisdiccional que se formulen como consecuencia de los conflictos surgidos en las relaciones entre los sujetos jurídicos.

16. Hasta tal punto se asimila el papel del juez ante la actividad de gestión patrimonial en contextos concursales y no concursales, que ni siquiera se atribuye al juez del concurso un papel verdaderamente relevante en el control de que la gestión del patrimonio del concursado respeta la exigencia, específica de las situaciones concursales, de atender a la conservación de la masa activa “del modo más conveniente para los intereses del concurso” (art. 43.1). La única garantía de que se cumple esa exigencia está constituida por el criterio de los administradores que, en este aspecto, como regla general, no puede ser sometido a revisión judicial. Así se deduce, a mi juicio, de lo dispuesto en el art. 192.3, que impide plantear incidentes concursales “que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad”. Esto implica que, como regla, la omisión de actos de gestión por los administradores, no podrá ser revisada por el juez a instancia de acreedores que consideren esos actos convenientes para los intereses del concurso; y que, también en general, los actos de gestión de los administradores (o los deudor autorizados por éstos) no podrán ser impugnados sobre la exclusiva base de resultar perjudiciales para los intereses del concurso, sin alegar ninguna infracción legal.

Incluso cuando la gestión patrimonial sigue confiada al concursado, el control de que

dicha gestión se produce del modo más conveniente a los intereses del concurso se confía a los administradores concursales y no al juez. El control de los administradores sobre la gestión que realiza el concursado se materializa en la intervención, que según la Ley consiste en la exigencia de autorización o conformidad de los administradores para todos los actos de gestión patrimonial que realice el concursado (art. 40.1). Los actos que el concursado lleve a cabo sin la autorización o conformidad de los administradores pueden ser anulados por el juez del concurso, pero sólo si lo piden los administradores. Y se excluye expresamente que los acreedores u otros sujetos impugnén ante el Juez los actos del deudor por la sola circunstancia de que se hayan realizado sin autorización o conformidad de la administración concursal; lo más que pueden hacer acreedores y otros sujetos ante actos del concursado no intervenidos por la administración concursal es requerir a ésta para que “se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción [de anulación] o de la convalidación o confirmación del acto”; transcurrido un mes desde tal requerimiento sin que la administración concursal se pronuncie no nace -a diferencia de otros supuestos previstos en la Ley- una legitimación subsidiaria de los acreedores para ejercitar la acción omitida por los administradores, sino que el efecto de la falta de respuesta al requerimiento es la caducidad de la acción de los administradores para ejercitar la acción de anulación, lo que es tanto como una confirmación tácita, por parte de los administradores, del acto realizado por el concursado sin su consentimiento o conformidad (cfr. art. 40.7). No hay vías, pues, para que sujetos distintos de los administradores planteen ante el Juez pretensiones de anulación de actos de gestión del deudor que consideren lesivos de los intereses del concurso; sólo los administradores pueden ejercitar la acción de anulación y, si no lo hacen, los actos de concursado surtirán plenos efectos, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que el deudor o los acreedores puedan ejercitar contra los administradores conforme al art. 36 de la Ley.

La exclusiva atribución a los administradores, sin posibilidad de control judicial, del juicio de oportunidad sobre la adecuación a los fines del concurso de los actos de gestión patrimonial posterior a la declaración de concurso sólo cede en determinados casos en que, por excepción, la Ley exige autorización judicial para ciertos actos (art. 43: enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa, salvo los actos de disposición inherentes a la continuidad de la actividad empresarial o profesional; art. 44.4: cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta; art. 47: pago de pensiones de alimentos establecidas en procesos matrimoniales; art. 51: desistimiento, allanamiento o transacción en procesos en que la administración concursal defienda el patrimonio del concursado). En otros casos, también excepcionales, se legitima a los acreedores para realizar actos que estimen convenientes a los intereses del concurso si la administración concursal, previamente requerida al efecto, no los lleva a cabo (ejercicio de acciones en beneficio de la masa, conforme a lo dispuesto en el art. 54.4 y, en particular, ejercicio de las acciones de reintegración, con arreglo a lo previsto en el art. 72.1).

3) Satisfacción de los acreedores: determinación de las masas activa y pasiva, convenio y liquidación

17. Tras la declaración de concurso han de iniciarse inmediatamente las actuaciones encaminadas a satisfacer, en la medida de lo posible, al conjunto de los acreedores del concursado. La Ley contempla dos grandes vías para lograr ese objetivo: el *convenio* y la *liquidación*. Cualquiera de estas dos vías requiere una previa determinación de cuáles son los bienes y derechos con los que se cuenta para dar satisfacción a los acreedores (la llamada *masa activa* del concurso) y de cuáles son -y por qué importes- los créditos cuya satisfacción hay que intentar lograr en el concurso (la llamada *masa pasiva*). Las actuaciones para la satisfacción de los acreedores se estructuran así, en dos grandes fases: en la primera, que la Ley designa como fase común del concurso, se determina el activo y el pasivo del patrimonio del concursado y, en la segunda, se lleva a cabo la satisfacción del derecho de los acreedores mediante la aprobación y cumplimiento de un convenio o bien mediante la liquidación de los activos del deudor y pago a los acreedores según el orden de preferencias legalmente establecido.

3.a) La fase común del concurso

18. Tanto la identificación de los bienes y derechos que forman la masa activa, como la determinación de los créditos que forman la masa pasiva se atribuyen por la Ley a la administración concursal. Las decisiones de la administración concursal sobre inclusión o exclusión de bienes y derechos en la masa activa, así como las que se refieren a la inclusión o exclusión de créditos, con fijación de sus importes y clasificación, se plasman, respectivamente, en un *inventario* y una *lista de acreedores* que la administración concursal ha de presentar en el Juzgado junto con su informe sobre la situación patrimonial del concursado.

La intervención del juez del concurso en estas actuaciones se limita, en principio, a la vigilancia de que el informe de la administración concursal, con el inventario y la lista de acreedores, se presente dentro del plazo de dos meses que establece el art. 74, decidiendo, en su caso sobre la prórroga que soliciten los administradores y sobre la adopción de las medidas que el citado precepto prevé para el caso de que el informe no se presente dentro del plazo. Una vez presentado el informe, se debe ordenar su publicación en el tablón de anuncios del Juzgado, pudiendo el tribunal acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados (art. 95). Y, si no hubiera impugnaciones, el juez resolverá sin más sobre la apertura de la fase de convenio o de liquidación.

Ahora bien, durante la fase del concurso que nos ocupa pueden ocurrir incidencias de muy diversa índole, relacionadas con la formación de las masas activa y pasiva, que reclamen la intervención del juez del concurso (o de jueces distintos al del concurso).

Con referencia a la *formación de la masa activa* hay que mencionar, en primer término, los *procesos de declaración* con incidencia en el patrimonio del deudor, tanto los que están pendientes al declararse el concurso como los que se incoen con posterioridad. Entre estos procesos se incluyen los que tienen por objeto las acciones rescisorias y de impugnación reguladas bajo la rúbrica de “acciones de reintegración de la masa” en los

arts. 71 a 73. Estas acciones se ejercitan ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 72.3).

Pero, con independencia de las “acciones de reintegración”, conviene no olvidar que la defensa de la masa activa puede requerir que la administración concursal -o el propio concursado, cuando conserva la gestión de su patrimonio- defiendan sus intereses, como actores o demandados, en procesos de declaración incoados antes o promovidos después de la declaración de concurso. Respecto de estos procesos -que pueden corresponder o no al juez del concurso- hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 50, 51 y 54.

En el inventario que debe presentar la administración concursal ha de incluirse 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 (art. 82.4).

20. Más específicamente, la intervención del juez del concurso se hace necesaria cuando se impugnan las decisiones de la administración concursal relativas a la formación de la masa activa. El cauce general es la impugnación del inventario, conforme a lo dispuesto en el art. 96; pero también cabe la impugnación independiente de ciertas decisiones de los administradores del concurso: así, por ejemplo, la decisión de los administradores de incluir en la masa activa los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, o la decisión denegatoria de solicitudes de separación de bienes, decisiones que la Ley declara expresamente impugnables mediante incidente concursal (arts. 79 y 80).

La articulación del cauce general de impugnación del inventario con las impugnaciones independientes previstas en la Ley suscita algunas dudas. En general, las decisiones de la administración del concurso sobre inclusión o exclusión de bienes -entre las que se encuentran la inclusión de saldos de cuentas y la de bienes cuya titularidad es reclamada por terceros- se exteriorizan en el inventario y, por tanto, tales decisiones pueden ser impugnadas a través del cauce general del art. 96. La impugnación independiente, en consecuencia, debería quedar limitada a los casos en que el reclamante justifique que no ha podido impugnar el inventario, pues otra solución sería contraria a las exigencias de la buena fe procesal.

21. También corresponde a los administradores la *formación de la masa pasiva*. En materia de reconocimiento de créditos por parte de la administración concursal, la Ley obliga a distinguir: 1) por un lado, los créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso; 2) por otro lado, los créditos no comprendidos en la relación anterior.

Respecto de estos últimos los administradores del concurso deciden con libertad de criterio, atendidos los términos de la comunicación y la documentación presentada con ella, o la que obre en los libros y documentos del deudor o en las actuaciones del concurso (art. 86.1). Si la administración concursal llegara a la conclusión de que un crédito no existe o no es válido, lo incluirá, sin más, en la relación de excluidos de la lista de acreedores, arrojando sobre el titular del crédito en cuestión la carga de impugnar la exclusión ante el juez del concurso aprovechando el trámite previsto en el art. 96.

En cuanto a los créditos relacionados en primer lugar, constatada la existencia de la sentencia, laudo, documento con fuerza ejecutiva, certificación administrativa, garantía real inscrita o tratarse de créditos de trabajadores, si la administración concursal considera que no existen o no son válidos no puede dejar de reconocerlos e incorporarlos, sin más, a la relación de excluidos. Tratándose de créditos reconocidos en laudo, consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, la única vía para excluirlos del concurso es la impugnación de esos créditos por la administración concursal en juicio ordinario, que deberá promoverse dentro del plazo para emitir el informe; cuando se trate de créditos que deriven de actos administrativos, la administración concursal podrá también impugnarlos promoviendo el correspondiente proceso contencioso-administrativo (cfr. art. 86.2). Promovidas estas impugnaciones, los créditos impugnados deberían incluirse en la relación de incluidos de la lista de acreedores en concepto de litigiosos, con los efectos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 87.

Si respecto de un crédito que se encuentre en alguno de los casos del art. 86.2 la administración concursal se limitara a incorporarlo a la relación de excluidos sin haberlo impugnado en juicio ordinario, el titular del crédito en cuestión podría reclamar su inclusión mediante la impugnación de la lista de acreedores por el cauce genérico del art. 96. En tal caso, entiendo que el juez del concurso debería limitarse a verificar que el crédito se encuentra en alguno de los casos previstos en el art. 86.2, acordando en tal caso su inclusión, sin entrar a juzgar sobre otras posibles circunstancias de las que pudiera depender la existencia o validez del crédito de que se trate, ya que este último enjuiciamiento ha querido reservarlo la ley a un “juicio ordinario” independiente que, en el caso que nos ocupa, la administración concursal no habría promovido en tiempo y forma.

Nuevamente, junto al cauce general de impugnación de la lista de acreedores, una vez presentado en el Juzgado el informe de la administración concursal, la Ley contempla la posibilidad de que “todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos” puedan dar lugar a un incidente concursal (art. 86.1, segundo párrafo). Y nuevamente es preciso apuntar que la admisión de impugnaciones independientes, por medio de incidentes concursales promovidos después del trámite general de impugnación del art. 96, debería ser muy excepcional, no concediéndose en ningún caso ni como segunda oportunidad para volver a plantear cuestiones que ya se hubiesen resuelto en citado trámite general, ni como vía para plantear impugnaciones tardías que hubieran debido suscitarse dentro de plazo establecido en el art. 96.1 (los diez días

siguientes a la comunicación de la presentación en el Juzgado del informe de los administradores).

22. Presentado el informe de la administración concursal y resueltas, en su caso, las impugnaciones formuladas al inventario y/o a la lista de acreedores, el juez del concurso debe decidir sobre la continuación del procedimiento. Las alternativas son la apertura de la fase de convenio o la apertura de la fase de liquidación. A esta resolución se refiere el art. 98, pero sin expresar los criterios que han de guiarla, criterios que el legislador presenta caprichosamente dispersos en diversos artículos, de los que se deduce, no sin cierta dificultad, que se debe acordar la apertura de la fase de liquidación si el deudor ha formulado, en tiempo y forma, petición de liquidación; y que en otro caso, se ha de acordar la apertura de la fase de convenio.

3.b) Aprobación y cumplimiento de un convenio

23. La Ley atribuye al juez del concurso un papel más activo en la fase de convenio que en la de formación de las masas activa y pasiva. En las actuaciones encaminadas a lograr un convenio el juez ha de intervenir necesariamente a los siguientes efectos:

1º) Admitir a trámite las propuestas de convenio (art. 106, para las propuestas anticipadas, y art. 114, para las propuestas “ordinarias”).

Antes de acordar la admisión a trámite el juez ha de realizar un control de legalidad de las propuestas, referido a las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la Ley. Es especialmente importante el control del contenido de la propuesta, que debería conducir, en este trámite de admisión, al rechazo de aquellas que incluyan proposiciones no permitidas por la Ley: quitas o esperas superiores a los límites fijados en el art. 100.1; cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos; propuestas condicionadas, salvo que la condición sea la aprobación de un convenio en otros concursos que se tramiten conjuntamente o acumulados (art. 101).

Tratándose de propuestas anticipadas, el control judicial ha de extenderse también a la verificación de las adhesiones que la Ley exige para la admisibilidad de este tipo de propuestas (de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor: art. 106.1) y a la verificación de que el deudor no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones que establece el art. 105 (cfr. art. 106.3).

Antes de rechazar la admisión a trámite de una propuesta de convenio el juez debe dar al proponente oportunidad de subsanación, que deberá efectuarse en un plazo de tres días (arts. 106.2 y 114.1).

2º) Presidir la junta de acreedores, aunque “excepcionalmente” puede designar para tal cometido a un miembro de la administración concursal (art. 116.2).

3º) Decidir la aprobación o rechazo del convenio que haya sido aceptado en la junta de acreedores, resolviendo sobre la oposición al convenio, si se hubiera formulado (arts. 127-132).

Si en la junta de acreedores no se acepta ninguna propuesta de convenio, el juez debe acordar, sin más, la apertura de la fase de liquidación (art. 143.2º). Aceptada una propuesta (no cabe que se acepte más de una: cfr. art. 121.5), se abre un plazo de diez días para la formulación de oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 128.1). Transcurrido el plazo sin que se formule oposición, el juez ha de comprobar de nuevo el cumplimiento de los requisitos legales de la propuesta, así como de los que se refieren a la forma y el contenido de las adhesiones, a la constitución de la junta y a su celebración. Si no apreciase ningún defecto, dictará sentencia aprobando el convenio. En caso de apreciar defectos relacionados con las adhesiones, concederá a los interesados la oportunidad de subsanarlos y, si los defectos se refieren a la constitución o celebración de la junta, acordará una nueva convocatoria (cfr. arts. 130 y 131). En caso de rechazo definitivo porque la propuesta aceptada no cumpla los requisitos legales -lo que debería ser raro, habida cuenta del control que ha de efectuarse en el trámite de admisión- o porque no se subsanen los defectos relativos a las adhesiones, el juez debe acordar la apertura de la fase de liquidación (art. 143.3º).

Están legitimados para formular oposición a la aprobación judicial del convenio la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría (art. 128.1, II). En principio, la oposición sólo puede tener por objeto una pretensión de rechazo del convenio conducente a la apertura de la liquidación (art. 143.3º). No caben pretensiones de modificación del convenio aceptado y, aunque el juez puede fijar la correcta interpretación del convenio impugnado cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada entiendo que no deberían admitirse “oposiciones” con una pretensión meramente “interpretativa” (cfr. art. 129.1). Para reclamar la subsanación de errores materiales o de cálculo -que el juez puede efectuar según el inciso final del primer párrafo del art. 129.1- no debería exigirse, en mi opinión, la formalización de una oposición al convenio.

La oposición a la aprobación judicial del convenio sólo puede fundarse en la infracción de las normas sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, la constitución de la junta o su celebración (art. 128.1.III). Se trata de las mismas causas que permiten al juez rechazar de oficio el convenio aunque no se haya formulado oposición (cfr. arts. 130 y 131). Ahora bien, el párrafo cuarto del art. 128.1 precisa que se consideran incluidos entre los motivos de infracción legal aquellos supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. Entiendo que estas “infracciones legales” sólo pueden dar lugar al rechazo del convenio cuando hayan sido alegadas mediante la

correspondiente oposición, sin que el juez pueda apreciarlas de oficio. Del mismo modo que únicamente en caso de oposición formulada por la administración concursal o (aunque la Ley dice “y”) acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios podrá rechazarse la aprobación judicial del convenio por ser éste objetivamente inviable (causa de oposición a que se refiere el art. 128.3).

La oposición se sustancia por los trámites del incidente concursal y se decide mediante sentencia. Si se estima la oposición por defectos en la junta de acreedores ha de ordenarse nueva convocatoria; en otro caso, se rechaza la aprobación del convenio. Este último pronunciamiento es apelable y, una vez firme, conduce a la apertura de la fase de liquidación (arts. 129 y 143.3°).

El concursado que no hubiere formulado la propuesta de convenio aceptada por la junta ni le hubiere prestado conformidad también está legitimado para formular oposición a la aprobación del convenio (art. 128.3); si lo que pretende mediante la oposición es el rechazo del convenio y, en consecuencia, la apertura de la fase de liquidación, es muy dudoso que le interese promover el correspondiente incidente concursal ya que, para conseguir ese resultado, la propia Ley -en el mismo artículo- le provee de un instrumento mucho más contundente: pedir la liquidación, lo que debería conducir a que el juez la acordara sin más trámites.

4º) Recibir semestralmente la información que el deudor debe aportar al Juzgado sobre el cumplimiento del convenio (art. 138).

Más allá de la presión psicológica que pueda producir en el deudor en orden a un actitud diligente en el cumplimiento del convenio, no parece que este deber de informar periódicamente al juez tenga excesiva eficacia, ya que no se prevé ninguna consecuencia para el caso de incumplimiento, ni ninguna reacción posible del juez ante el contenido de los informes (ni siquiera cuando de los informes se pudiera deducir un clamoroso incumplimiento del convenio).

5º) Resolver las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio formuladas por los acreedores (art. 140).

Los acreedores pueden solicitar al juez que declare el incumplimiento del convenio en cualquier momento durante su vigencia y, una vez que, a instancia del deudor, el juez haya declarado cumplido el convenio, hasta dos meses después de la última publicación de la resolución en que así se declare. Este plazo de dos meses es de caducidad (art. 140.1).

Las pretensiones de declaración de incumplimiento del convenio se sustancian por los trámites del incidente concursal y, estimadas, dan lugar a la rescisión del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 (cfr. art. 140.2 y 4). La sentencia que declara el incumplimiento del convenio es apelable y, una vez firme, determina la apertura de la fase de liquidación (arts. 140.3 y 143.1.5°).

6º) Declarar cumplido el convenio a solicitud del deudor, que habrá de presentar un informe y justificación adecuada del cumplimiento (art. 139).

El deudor puede solicitar al juez en cualquier momento que declare cumplido el convenio, aportando, eso sí, un “informe con la justificación adecuada”. La solicitud y el informe se “ponen de manifiesto en la Secretaría” durante quince días. Pasados los quince días, el juez, si estimare cumplido el convenio, lo declarará mediante auto. Ahora bien, esta declaración de cumplimiento no es definitiva. Ha de dársele la misma publicidad que a la aprobación judicial del convenio y, tras la última publicación, los acreedores disponen aún de dos meses, no para impugnar la declaración de cumplimiento, sino para pedir declaración de incumplimiento (art. 140.1).

Dejando de lado lo extraordinaria e innecesariamente enrevesado de esta regulación, conviene advertir que no es lo mismo alegar un concreto incumplimiento del convenio que alegar que, sin haberse producido ningún incumplimiento por parte del deudor, el convenio no se encuentra cumplido en su totalidad. Si se toma literalmente lo que dice la Ley, ante un auto de declaración de cumplimiento del convenio dictado por el juez sin audiencia de los acreedores (la “puesta de manifiesto” en Secretaría es manifiestamente insuficiente para entender cumplido un trámite de audiencia en asunto de tanta importancia), éstos sólo podrían oponerse a que se dé por cumplido el convenio si alegan y prueban un concreto incumplimiento, pero no aduciendo simplemente que el deudor, quizá rigurosamente cumplidor hasta ese momento, no ha terminado de cumplir todo aquello a que el convenio le obligaba.

5º) Dictar auto de conclusión de concurso por cumplimiento del convenio, una vez caducadas o rechazadas las acciones de declaración de incumplimiento que se hubieran formulado (art. 141).

El auto de conclusión del concurso requiere la *firmeza* del auto de declaración de cumplimiento y que hayan transcurrido los dos meses para presentar solicitudes de declaración de incumplimiento o se hayan rechazado por resolución judicial firme las que se hubiesen formulado.

3.c) Satisfacción de los acreedores mediante liquidación y pago

24. La solución liquidatoria del concurso se contempla únicamente para los casos en que no se haya podido lograr la satisfacción de los acreedores mediante convenio, porque no se hayan presentado propuestas, porque ninguna de las presentadas haya sido admitida a trámite, porque ninguna de las admitidas obtenga la mayoría requerida en la junta, porque la aceptada en junta no sea aprobada o, en fin, porque un convenio aprobado no se cumpla. En cualquiera de estos casos, el juez debe acordar la apertura de la fase de liquidación. Abierta esta fase, recupera el protagonismo la administración concursal. El juez del concurso interviene en un primer momento para decidir sobre el plan de liquidación que presenten los administradores y, a partir de ahí, se limita

prácticamente a recibir informes sobre el estado de la liquidación (art.152) y a decidir, si se plantean, sobre determinadas iniciativas de la administración concursal que legalmente requieren autorización judicial. La Ley, que con referencia a otras fases del procedimiento se muestra pródiga en referencias expresas a posibles impugnaciones de los actos de los administradores, no contempla en la regulación de la fase que nos ocupa ningún trámite de impugnación. De los arts. 192.1 (ámbito del incidente concursal) y 197.4 (en sede de regulación general de los recursos) se deduce, en cualquier caso, que caben incidentes concursales durante la fase de liquidación.

25. En un plazo de 15 días -que se puede prorrogar hasta los 30- desde que se les notifique la apertura de la fase de liquidación los administradores del concurso han de presentar al juez un plan de liquidación. El plan se “pone de manifiesto” en la Secretaría y en los lugares que a este efecto designe el juez y que se anunciarán en la forma que estime conveniente. Se abre entonces otro plazo de quince días en el que el deudor, los acreedores y los representantes de los trabajadores pueden formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado por la administración concursal.

Si no se hacen alegaciones, el juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan (art. 148.2). En otro caso, la administración concursal debe informar sobre las observaciones o propuestas efectuadas y el juez adopta, según estime conveniente a los intereses del concurso, una de las siguientes decisiones: 1) aprobar el plan sin modificaciones; 2) introducir modificaciones en el plan, en función de las observaciones o propuestas que se hubiesen efectuado (se excluye, por tanto, que el juez introduzca cambios no pedidos por algún interesado); o 3) acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias, lo que implica el rechazo del plan presentado por la administración concursal. El auto en que el juez adopte una de estas decisiones es recurrible en apelación (art. 148.2, II).

Si el plan de liquidación contempla la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, debe procederse conforme a lo previsto en el art. 64. Según el art. 148.4 el procedimiento del art. 64 debería sustanciarse “previamente a la aprobación del plan”, aunque probablemente sería más lógico que se aprobara primero el plan y el expediente de modificación o extinción de los contratos de trabajo se siguiera después, en la ejecución de las medidas previstas en el plan -y ya aprobadas- que comporten dicha modificación o extinción. De otra forma sería posible, al menos teóricamente, que se produjera la extinción o modificación en virtud del expediente del art. 64 y posteriormente no se aprobase el plan de liquidación que contemple esas medidas, lo que sería a todas luces absurdo.

26. Si el juez no aprueba el plan de liquidación presentado por la administración concursal, se aplica el régimen legal supletorio definido, de manera extraordinariamente confusa, en los arts. 149, 150 y 155. Si hay una cosa clara en este confuso régimen, es la voluntad del legislador de que “el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor” se enajene “como un todo” (art. 149.1ª; el mismo

criterio debe guiar el plan de liquidación de la administración concursal: cfr. art. 148.1). Del art. 149.1.1ª parece desprenderse que para proceder a la enajenación conjunta de todos los establecimientos, explotaciones y unidades productivas pertenecientes al deudor la administración concursal no necesitaría autorización judicial especial.

Sí sería necesaria esa autorización, que tendría que recabar la administración concursal presentando el correspondiente informe, para la división, a efectos de enajenación, de establecimientos, explotaciones o unidades productivas, así como para la enajenación por separado de componentes aislados de esos establecimientos, explotaciones o unidades. El juez decide sobre estas autorizaciones, mediante auto no recurrible, previa audiencia de los representantes de los trabajadores (art. 48.1.1ª, II). Si se entiende aplicable en estos casos lo dispuesto con carácter general para las autorizaciones judiciales en los procedimientos concursales (y no hay base sólida en la Ley para entender que no sea así) la decisión judicial podría ser impugnada mediante incidente concursal (art. 188.3).

27. Más problemático resulta determinar cómo se debe materializar la enajenación. Conviene distinguir tres supuestos:

1º) Enajenación conjunta de todos los establecimientos, explotaciones o unidades productivas.

La regla 1ª del art. 149.1 dice que la enajenación se hará “mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa”. Pero el párrafo segundo de la regla 3ª del mismo artículo y apartado establece que “en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores”. Por si fuera poca la confusión, el párrafo primero de la regla 3ª dispone que “los bienes a que se refiere la regla 1.ª [y esta regla se refiere al “conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor”], así como los demás bienes y derechos del concursado [se supone que se trata de bienes y derechos no afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado] se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio”.

Las dudas que suscitan estas disposiciones son prácticamente insolubles. Con buena voluntad y tratando de armonizar, en lo posible, el cúmulo de contradictorias disposiciones contenidas en un mismo precepto (un verdadero *record* en la historia de nuestra legislación), podría sugerirse, quizá, que la “subasta” a que se refiere la regla primera sea el procedimiento regulado en el párrafo segundo de la regla tercera y que, en caso de que no se presentaran ofertas de compra en el plazo señalado, la “adjudicación directa” podría articularse mediante el sistema de enajenación por persona o entidad especializada previsto en la LEC. Aunque esto último, y en general, la

aplicación de las reglas del procedimiento de apremio de la LEC a las enajenaciones de los procedimientos concursales plantea dificultades.

2º) Enajenación, por separado, de establecimientos, explotaciones o unidades productivas completas.

El régimen es el mismo que el previsto para la enajenación conjunta de todas ellas, si bien en este caso es precisa la previa autorización judicial, en los términos indicados arriba.

3º) Enajenación de bienes y derechos aislados.

En este caso es claro que la Ley Concursal se remite a lo dispuesto en la LEC para el procedimiento de apremio. Se echan de menos, sin embargo, normas que incorporen las imprescindibles adaptaciones de las previsiones de la LEC a las peculiaridades del procedimiento concursal.

Tratándose de bienes y derechos aislados hay que distinguir entre aquellos que se encuentren afectos a la actividad productiva del deudor y los que no se encuentren en ese caso. Respecto de los primeros, su enajenación aislada requiere previa autorización judicial.

28. Finalmente, la Ley trata de manera separada la enajenación de los bienes afectos a créditos con privilegio especial. Dando muestra, una vez más, de una muy particular manera de entender las exigencias de la sistemática, la Ley regula la enajenación de estos bienes en el artículo 155, ubicado en la sección dedicada al pago a los acreedores. Respecto a la enajenación de los bienes que nos ocupan se dispone que “la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado”, añadiendo que “la autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar” (art. 155.4).

Del apartado 3 se deduce que la regla general es que el adquirente de los bienes afectos a créditos con privilegio especial los adquiere libres del gravamen que da lugar a la enajenación (no de los anteriores que no se refieran a créditos concursales). Sin embargo, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, el juez podrá autorizar la enajenación con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos.

Otra particularidad de la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial es la expresa previsión de que pueda tener lugar antes de la apertura de la fase de liquidación (art. 155.3 y 4). Debe entenderse que se hace referencia exclusivamente a aquellos casos en que, transcurrido el año desde la declaración de concurso sin que se haya acordado la liquidación, se reanudan -o incoan- ejecuciones singulares para la realización de las garantías reales. Fuera de estos casos no estaría justificada la enajenación de bienes sin previa apertura de la fase de liquidación, sin perjuicio de la facultad que la Ley concede a los administradores de pagar con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos, asumiendo la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (art. 155.2).

29. El pago a los acreedores, conforme a las reglas de los arts. 154 y siguientes, incumbe a la administración concursal. Sólo en el caso -que la Ley califica de excepcional- de que la administración concursal pretenda efectuar pagos de créditos ordinarios con antelación a la completa satisfacción de los créditos contra la masa y de los privilegiados es necesaria previa autorización judicial (art. 157.1).

La fase de liquidación termina -y, con ella, el concurso- 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, o bien cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (cfr. art. 176.1, 3º y 4º). Cuando concurra cualquiera de estas circunstancias, la administración concursal debe presentar informe en el Juzgado, que se pondrá de manifiesto por quince días a todas las partes personadas. Si cualquiera de las partes formula oposición a la conclusión del concurso, se tramitará por los cauces del incidente concursal, resolviendo el juez mediante sentencia apelable (art. 177.2).

No habiendo oposición, el juez decide sobre la conclusión del concurso mediante auto contra el que no se da recurso (art. 177.1).