

Una aproximación a la nueva Ley Concursal: Desde la declaración del concurso, al convenio. (Estudio parcial de la nueva Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio de 2003)

José Miguel Guillén Soria
Secretario Judicial
Patrono de la Fundación por la Justicia de Valencia

*Las leyes concursales no pueden ser el alma de la fiesta.*¹

Karsten Schmidt. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Bonn/Hamburgo

S u m a r i o

- I. Introducción
- II. Razones para el cambio de la legislación concursal: Arcaísmo de la vigente normativa.
- III. Origen de la Ley 22/2003.
- IV. Estructura de la nueva Ley concursal.
- V. Principios generales de la nueva Ley y presupuestos del concurso.
- VI. Clases de concurso:
 1. Concurso voluntario. Efectos para el deudor. La anticipación de la insolvencia por crisis, a instancia del deudor.
 2. Concurso necesario. Efectos para el deudor y los acreedores. Medidas cautelares en el concurso necesario. Oposición del deudor a la demanda de concurso necesario.

¹ *Fundamentos del nuevo Derecho Concursal alemán*. En la obra colectiva, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Universidad Rey Juan Carlos y Universidad de Almería. Editorial Dilex, S.L., Madrid, 1ª reimpresión: marzo 2002.

VII. La tramitación del concurso. Estudio particular del convenio concursal.

1. Secciones del concurso.
2. La administración concursal.
3. El concurso abreviado.
4. Convenio concursal.

I. Introducción.

El 5 de julio de 2002, después de una larga andadura, el Consejo de Ministros acordó remitir a las Cortes el Proyecto de Ley Concursal. El 17 de mismo mes tuvo entrada en el Congreso, y a primeros de abril de 2003 pasó su votación en el pleno del Congreso; en mayo de 2003 pasó al Senado, y ha sido publicada finalmente en julio de 2003. Por fin, después de dos magníficos proyectos frustrados, el de 1983 y el 1996, tenemos Ley Concursal. Una ley que, finalmente, va a responder a finalidades y filosofías contradictorias, en las que, para un concursalista, han pesado demasiado los intereses políticos de hoy y los intereses creados después de 175 años desde la normativa fernandina. Y, aunque así sea, y aunque esta materia no sea, obviamente, “el alma de la fiesta” como dice el Dr. Karten Schmidt, ¡ya era hora! Así que, incluso desde las posiciones más críticas, se está de acuerdo en la necesidad del nuevo texto. O, como dice el maestro Rojo Fernández-Río, “hágase la reforma, aunque la haga el diablo.”²

Finalmente, el BOE del 10 de Julio de 2003, ha publicado la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, que, salvo en algunos aspectos, entrarán en vigor el 1 de septiembre de 2004.

² Ángel Rojo Fernández-Río, *El diablo y la reforma concursal*. Artículo publicado en *Expansión Directo*, 21 de septiembre de 2002, en el que concluye: “lo más probable es que tengamos un nuevo derecho concursal, un derecho concursal mejor del que tenemos –¡no es difícil!–, un derecho concursal aceptable; pero es dudoso que vayamos a tener el derecho concursal que realmente necesitamos. Claro que, a lo mejor, por todos nuestros pecados, no nos merecíamos otra cosa. ¡Quién sabe!”

II. Razones para el cambio de la legislación concursal:

Resulta fundamental explicar porqué ha de existir una legislación concursal. Yo no he encontrado otras palabras más claras para hacerlo, y que tomo prestadas, que las pronunciadas en una reciente intervención en el Congreso de los Diputados, por Álvaro Espina Montero, experto economista y gran conocedor de la reforma concursal en los EE.UU., Gran Bretaña, Francia, Alemania y España, que sintetiza esa necesidad en la siguiente conclusión:

“ Esta es una legislación básica en la regulación económica y en la eficiencia económica de los países, en el sentido de que todo el funcionamiento de los mercados y de la economía se basa en la presunción de que la mayoría se atiene al principio básico de respetar los contratos, *pacta sunt servanda*, pero cuando se materializa la crisis, este cumplimiento de las obligaciones que es lo normal en el funcionamiento de los mercados, es inviable. Eso es lo que reconoce la ley concursal. En consecuencia, la ley concursal tiene que separarse necesariamente de buena parte de los principios y de la lógica que preside el resto de la regulación económica, precisamente porque está diseñada para intervenir en un momento y en una circunstancia excepcional.” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Sesión de la Comisión de Justicia e Interior de 28 de octubre de 2002).

La legislación concursal española es obsoleta pero, sobre todo ineficaz para servir a esos fines que debe pretender: salvar o liquidar la empresa. Estos son los fines, porque sólo estos son los dos únicos caminos para conseguir el objetivo primordial de satisfacer a la pluralidad de acreedores. Para salvar la empresa en crisis, hay que reestructurarla y sacrificar, en alguna medida, los intereses y legítimos derechos de los acreedores. Para

liquidarla, hay que incurrir en los menores costes de liquidación y obtener los mejores resultados de la venta de activos, para poder resarcir en la mayor medida posible a los acreedores. Pero estas finalidades no se obtienen ni aproximadamente con nuestro derecho concursal, y es un legítimo derecho del legislador, una obligación más bien, aunque largo tiempo olvidada, hoy reconocida, la de intentar cumplir ambas finalidades. Donde se pueda, salvar la empresa, como bien valioso y necesitado de apoyo, por ser la estructura que soporta la economía. Y, aun mejor, si es posible, para ello, intentar hacerlo a través de un plan de reestructuración, pactado en el convenio entre deudor y acreedores, como se advertía en la propuesta del profesor Rojo de 1995, bajo la supervisión de un experto muy cualificado. Y donde ya no haya posibilidad de reestructurar, liquidar al mejor precio posible.

En otro caso, de no tener una legislación concursal moderna, prevista para actuar de modo rápido sobre la crisis, a la vez que promoviendo la inmediata adopción de medidas, llegaríamos a la autorregulación, los arreglos privados entre el deudor y algunos acreedores, los bancos por lo general, como ha sucedido en Italia, donde se ha llegado al desuso de su legislación concursal (según los estudios de Belcredi y de Generale y Gobbi de 1996 para el Banco de Italia) a favor del *workout* o reestructuración voluntaria extrajudicial.

Pero es que esta parece ser también la situación española, como ha destacado el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley, donde se recoge los datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, según el cual durante el año 2000 figuraban registradas como activas un total de 2.926.215 empresas en toda España, de las

que se dieron de baja 280.900. De éstas, sólo 640 acudieron a la suspensión de pagos (224) o a la quiebra (380).

Con todo, estas soluciones extrajudiciales, miradas tradicionalmente con malos ojos por nuestra doctrina (a excepción de Guasp), seguramente por haber sido el derecho concursal estudiado de manera exclusivamente procesal, hasta hace poco más de veinte años, debe ser repensadas. Así, por ejemplo, la experiencia inglesa ha servido para fijar unas ciertas reglas para las soluciones extrajudiciales, que han sido miradas con interés y hasta regladas desde el Banco de Inglaterra (el llamado "London Approach"). Y es que las soluciones no han de ser evaluadas sólo desde un punto de vista jurídico, en el que prima el interés por un equitativo tratamiento de los acreedores, sino desde un punto de vista económico también, como insiste el profesor Cabrillo, pues la quiebra es también un problema de gran trascendencia económica, como hemos apuntado antes, y deben evaluarse económicamente las soluciones que se adopten, intentando predicciones de resultados, con métodos de la ciencia económica.

Pero después de un estudio de los distintos sistemas concursales y, en especial, de los efectos advertidos, según las estadísticas, se observa la gran dificultad del trabajo. Porque, paradójicamente, a veces sistemas contrapuestos han dado resultados semejantes, y, a veces, sistemas parecidos han conducido a resultados distintos. Así, la mayor facilidad en EE.UU. para el deudor, al que se estimula con amplias ventajas, para declararse en quiebra, sea consumidor o empresa, frente al sistema de Gran Bretaña, orientado a favorecer al acreedor que denuncia los signos de insolvencia en un deudor, han conducido a resultados similares, quizá parcialmente favorables a los EE.UU.

Y, por otro lado, la situación francesa y alemana, tan contrapuestas, ya que la primera ha querido favorecer sobre todo el reflotar la empresa y la segunda liquidarla, por simplificar, y, sin embargo en ambas se ha concluido con un alto número de liquidaciones, sin posibilidad de salvar la empresa.

Muchos son los estudios que en los últimos años nos han aportado los datos anteriores, hechos desde el campo de la economía o el derecho mercantil. Finalmente, el gobierno español ha tomado la decisión de modernizar nuestro derecho concursal, partiendo de estos estudios y en aras a mejorar el tratamiento de estas crisis, de difícil manejo y de tan amplia incidencia en la economía y, por ende, en la población laboral activa.

Arcaísmo de la vigente normativa.

La legislación vigente se contiene en los artículos 1001 a 1176 del Código de Comercio de Sainz de Andino, de 1829 (reinando Fernando VII), en los artículos 1318 a 1396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (reinaba Alfonso XII), declarados vigentes por la LEC 1/2000, en los artículos 870 a 941 del Código de Comercio de 1885 (muere Alfonso XII y comienza la Regencia de M^a Cristina), y en la Ley de Suspensión de Pagos 1922 (reinaba Alfonso XIII). Tienen notable aplicación los artículos 321 a 324, inclusive, del Reglamento del Registro Mercantil y el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Con todo, muchas normas heterogéneas inciden puntualmente en la materia.

III. Origen de la Ley 22/2003.

Los principales intentos de reforma de la legislación concursal fueron: el de 1922, para

solventar la crisis del Banco de Barcelona, único que acabó en la Gaceta de Madrid, y los de los años 1926, 1950, 1959, 1978, 1983, 1987 y 1995; los principales fueron los del Anteproyecto de 1983 y la Propuesta de 1995. Un resumen de ellos aparece en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 22/2003, de 9 de julio.

La sección especial para la reforma concursal, en la Comisión General de Codificación ha trabajado en ella desde 1994 sin solución de continuidad. La ha presidido el profesor Olivencia, al igual que en 1983.

La actual reforma concursal se anunció en la LEC 1/2000. El Gobierno debía presentar en las Cortes un proyecto en los seis meses siguientes a la entrada en vigor (enero de 2001). El Anteproyecto se presentó por el Ministro Acebes en septiembre de 2001. El proyecto tuvo entrada en las Cortes en julio de 2002. Desde entonces su tramitación, aunque se anunció, al principio, que sería muy rápida, augurándose incluso una aprobación a finales de 2002, se retrasó hasta julio de 2003. Al principio, los problemas para la presentación gubernamental del texto parece que procedían de los Ministerios de Economía y de Hacienda. Se contaba con la oposición segura de laboristas y sindicatos, que se ha confirmado. Después, las elecciones autonómicas y municipales de mayo de 2003 y presiones de diversos sectores (así los economistas, para las enmiendas en el Senado), han retardado algo la aprobación del texto.

Han presentado informes preceptivos al Anteproyecto el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. Además han informado multitud de organismos, Ministerios, Universidades, sindicatos, el Consejo Económico y Social, colegios

profesionales, entidades bancarias y asociaciones del mundo de la Justicia.

IV. Estructura de la nueva Ley concursal.

En realidad son dos los textos aprobados, como ya hemos dicho:

1º. La Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2º. La Ley Concursal.

La Ley Concursal contiene una regulación no muy extensa —230 artículos— que se organizan en nueve Títulos:

Título I: De la declaración de concurso.

Título II: De la administración judicial.

Título III: De los efectos de la declaración de concurso.

Título IV: Del informe de la administración judicial y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso.

Título V: De las fases de convenio o de liquidación.

Título VI: De la calificación del concurso.

Título VII: De la conclusión y de la reapertura del concurso.

Título VIII: De las normas procesales generales y del sistema de recursos.

Título IX: De las normas de Derecho Internacional Privado.

En desarrollo de estos 230 artículos, se contienen tres Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria y treinta y cinco Disposiciones Finales. La *vacatio legis* durará hasta

el 1º de septiembre de 2004³, desde su publicación en el BOE (DF35^a). Además, por necesidades del rango normativo preciso para su reforma, se acompaña el proyecto de ley (ordinaria) de otro proyecto de Ley Orgánica, que modifica la LOPJ y el CP, e introduce en su artículo 1º una regulación de los efectos del concurso sobre el deudor en aquellos aspectos que afectan a sus derechos fundamentales.

La estructura de la Ley revela un planteamiento mercantil de la materia, a diferencia de la concepción procesalista que latía en la LEC de 1881 y la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (que se autodenomina “de trámites” de los expedientes de esa clase, en su artículo 1º).

Esta visión mercantilista es la acertada, pues lo sustancial en la regulación del concurso es la definición de sus efectos, y no tanto el trámite procesal, que no tiene especial dificultad, aunque sí una evidente complejidad en el trabajo procesal, por la multitud de partes personadas y la multitud de escritos y comunicaciones que ello genera. De igual modo, la gestión de las juntas se hace más compleja por esa pluralidad de partes, y lo mismo ocurre con el trámite escrito de convenio. Dicho de otro modo, la ley quiere dedicar su atención a los efectos del concurso sobre el deudor y sobre los acreedores, y a la administración del mismo, pero no se preocupa especialmente de la forma en que procesalmente se organiza todo ello. Evidentemente, no es una ley hecha por procesalistas, sino más bien un “código concursal”, que reúne el conjunto de aspectos

³ “...salvo en lo que se refiere a la modificación de los artículos 463, 472 y 482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada por la disposición final tercera y al mandato contenido en la Disposición final trigésimo segunda, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado.» El BOE fue el del 10 de julio de 2003.

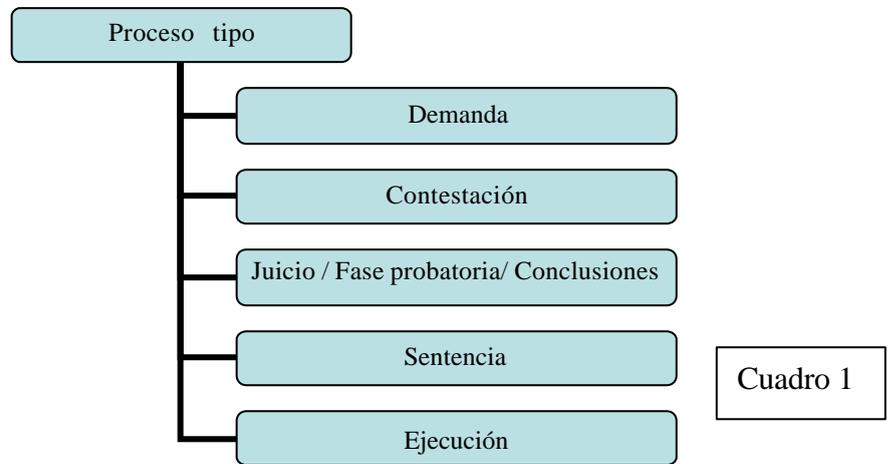
civiles, mercantiles, procesales, laborales y fiscales que concurren en estas situaciones.

Y es que, al afectar el concurso a toda la esfera económica y jurídico-patrimonial del deudor, este tratamiento exige concentrar en una sola ley los preceptos correspondientes, porque la dispersión de normas en referencia a la materia que hasta ahora existía era disfuncional. Se adopta así el llamado principio de unidad legal.

A la pregunta de cómo ha quedado regulado el proceso concursal, por tanto, hemos de responder que hay unos artículos dedicados en especial al trámite —183 a 191—, al incidente concursal en particular —artículos 192 a 196— y a los recursos —artículos 197 a 200—. Pero estos preceptos, situados en el Título VIII, no recogen todas las particularidades procesales de la Ley. A lo largo de su texto tenemos desarrollado el trámite real del concurso, y las circunstancias de capacidad de los sujetos intervinientes. De igual manera, es fundamental, cuando interviene elemento extranjero, considerar las normas de Derecho Internacional privado del Título IX de la Ley.

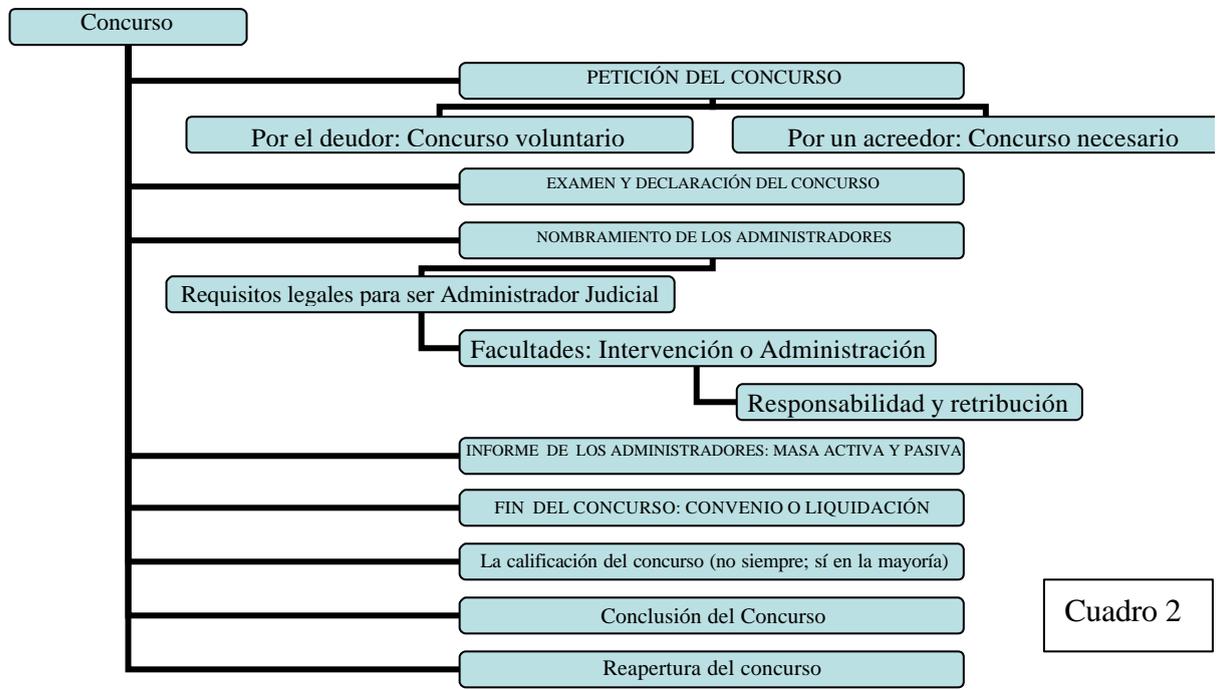
No debe entenderse esto como una crítica a la regulación del proceso en la nueva Ley Concursal. Téngase en cuenta que, como hemos dicho, la ordenación del concurso debe ser básicamente sustantiva, no procesal, y que esta situación no se resuelve como una común controversia entre partes, sino como un “arreglo” entre partes, doblemente tutelado: en primer lugar por el administrador/es, y en segundo lugar por el juez.

Se observa claramente que el esquema de un proceso clásico no sirve en lo concursal si comparamos el siguiente cuadro con el cuadro 3.



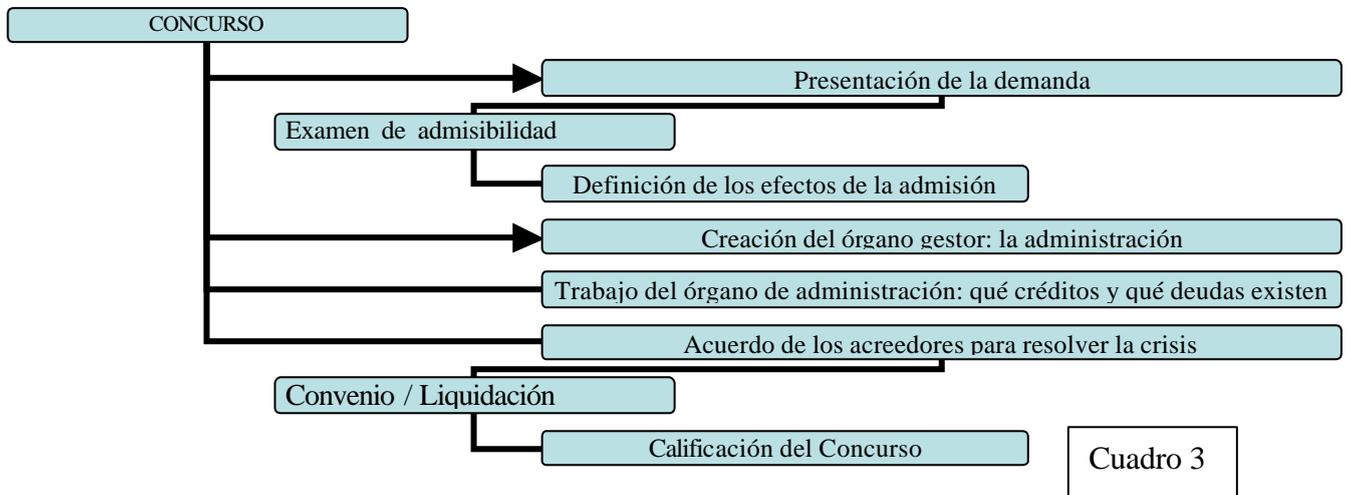
Algunas consideraciones más debemos hacer sobre la estructura de la Ley. Así, por ejemplo, que es destacable que, entre los muchos aspectos fundamentales que podrían haberse mencionado en los títulos de la Ley, se han ceñido sus autores a una estructura sencilla, que sigue una especie de orden cronológico “lógico”, valga la expresión.

El concurso se desarrolla en la Ley, con arreglo al siguiente esquema:



Cuadro 2

En términos de gestión del proceso concursal, tenemos, aproximadamente, el siguiente cuadro:



V. Principios generales de la nueva Ley y presupuestos del concurso.

La ley implanta los llamados principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Es decir: una única norma, para comerciantes y no comerciantes y con un único procedimiento, el concurso, para solventar todos los casos.

El primer principio es indiscutible, por los daños que ha causado una legislación tan dispersa en nuestro sistema.

El segundo principio, casi lo es, pues a excepción de México, que en su normativa de 2000 mantiene la regulación sólo para comerciantes, los demás países han unificado la normativa. Con todo, cabe hablar bastante de ello, pues el proyecto español distingue algunas especialidades para el deudor persona individual y para la personal jurídica. Sin embargo, no se hace eco de las especialidades para consumidores, al estilo de las Bankruptcy por el Capítulo VII (común a

consumidores y empresas) o XIII del Código de quiebras norteamericano. Es un sistema totalmente distinto en este punto.

En cuanto al tercer principio, se establece un único procedimiento, el concurso, manteniendo la denominación tradicional española, lo que entronca con la solución apuntada en el Anteproyecto de 1983.ⁱ

Entroncando con lo anterior, es presupuesto objetivo del concurso, según el art. 2º de la Ley, la insolvencia del deudor común. Con ello, añadido al hecho de que se considera en tal situación al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones (art. 2.2) se adscribe nuestro sistema al mejor modelo, en nuestra opinión, definitorio del presupuesto objetivo: desbalance y falta de crédito.

En el tiempo, esa situación del deudor puede ser actual o inminente (art. 2.3) Con ello, se integra una medida de prevención, que, como ha comentado la profesora Pulgar Ezquerro, aunque teóricamente difícil de hacer compatible con la insolvencia, que existe no, debía atender de algún modo el proyecto, ya que no se ha previsto una normativa específica para situaciones preventivas del concurso, como existe en Francia, dibujada como situación prejudicial, o en Bélgica y Portugal, ya bajo control judicial.

VI. Clases de concurso:

Puesto que la nueva Ley sigue, como ya hemos dicho, el principio de unidad de disciplina, el concurso es un régimen legal aplicable, en caso de insolvencia y falta de crédito, tanto a comerciantes como a quienes no lo sean, y sean personas físicas o jurídicas. Además, cabe declarar en concurso

aquella herencia que no haya sido aceptada pura y simplemente. No cabe declarar en concurso las entidades estatales territoriales, los organismos públicos y demás entes de Derecho público.

Pero sí hay diferencias remarcables entre el inicio a petición del propio deudor o a petición de algunos o algunos de sus acreedores. El primero se denomina voluntario y el segundo necesario (art. 22 LC.)

1. Concurso voluntario. Efectos para el deudor.

Debe presentarse una solicitud por el deudor, representado por procurador y defendido por letrado (art. 184.2), lo que se le impone como un deber:

Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2.... ..

Con esta solicitud se abrirá la Sección Primera, como dice el art. 16, que comprende lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares y a su ejecución, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso (art. 183.1º).

Además, en el art. 6.1 se indica que: “En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.”

La anticipación de la insolvencia, por crisis, a instancia del deudor.

Aparece aquí una de las novedades más interesantes de la Ley, al permitir al deudor anticiparse a la insolvencia, por conocer que no va a poder hacer frente a los pagos. Es consciente el legislador de ello, por haber insistido con frecuencia la doctrina en él, y así lo indica en la Exposición de Motivos:

“... si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, se considera reconocimiento de su estado de insolvencia, que en este caso no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como «inminente». El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste.

El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instantáneo de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo.”

Lo explicaba aún más claro, la Exposición de Motivos de la Propuesta de 1995 del Profesor Rojo ii: “Se trata de evitar que, como regla general, sean declarados en concurso aquellos deudores cuya situación patrimonial resulte absolutamente desesperada.”

La anticipación del concurso es una cuestión de más calado del que pueda parecer al no especialistaⁱⁱⁱ. Nuestro Derecho se enfrenta por primera vez con una opción, y se decide a recoger esta figura. La práctica nos dirá si ha acertado.

A modo de breve resumen, son posibles dos sistemas: el de la insolvencia, o el de la iliquidez. En

el primero, en puridad mejor, pues es el que mejor justifica la adopción de medidas frente al deudor, en un sentido propio no sería posible dar valor alguno a la previsión de la inminente insolvencia, pues ésta es un estado acreditado. En el segundo sí, pues si falta el crédito, es seguro que no se podrán atender las obligaciones contraídas.

Realmente el sistema de la Ley 22/2003, al igual que hacía la Propuesta de 1995, acertadamente recoge esta posibilidad, aunque es una apuesta por un sistema que sólo la práctica dirá si somos capaces de hacerlo eficaz. Pero no llega tan lejos como el Anteproyecto español de 1983, que permitía la apertura del concurso en caso de “situación de crisis económica”^{iv}. Recordemos que en el Derecho concursal en Europa, los intentos de anticiparse a la insolvencia (para evitar la situación “desesperada” posterior que acarrea, en palabras de la Propuesta de 1995), han tenido desigual fortuna^v.

Nuestro legislador lo que ha hecho, finalmente, es probar suerte, valga la expresión, con la anticipación de la insolvencia sólo en el concurso voluntario, pero no se arriesga en el concurso necesario, como se observa al comparar el art. 5^o —solicitud del deudor— con el art. 6^o —solicitud del acreedor y de los demás legitimados.

Con todo, se ha corregido en el trámite parlamentario en el Congreso, a partir del Informe de la Ponencia, confirmado por el Dictamen de la Comisión, el automatismo que imponía el artículo 13 del Proyecto de Ley al decir que “cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.” Esta redacción contrastaba notablemente con el Anteproyecto de 1983, y era paradójico que la admisión de la solicitud de

concurso voluntario, en caso de insolvencia “inminente”, fuera automática, y careciera de un examen o comprobación de si concurre realmente la causa de insolvencia.^{vi} En la nueva redacción, también podrá el juez examinar la petición, y sólo accederá “si considera acreditada alguna de las formas de insolvencia alegadas por el deudor apreciando para ello el conjunto de circunstancias concurrentes y, entre otros, los hechos previstos en los ordinales 1º a 4º del apartado 4 del artículo 2.” (Art. 14 LC)

En cambio, cuando lo solicita un acreedor u otro legitimado, dice el art. 15 que se dictará auto admitiendo a trámite la solicitud, para poder oír al deudor, que puede oponerse —arts. 15.1 y 18.2—, proponiendo prueba, a cuyo efecto se celebra una vista —art. 19—.

A modo de resumen, podemos decir que para el deudor pedir el concurso es una obligación. En cuanto al momento, el deudor puede pedir su propio concurso cuando su situación de insolvencia sea actual o inminente (art. 2º.3 y art. 6º.1 LC.) La obligación de pedir el concurso empieza desde que se conoce o debió conocerse la situación de insolvencia, y dura dos meses (art. 5º.1 LC.)

¿Qué ocurre si el deudor no pide el concurso? En la calificación del concurso podrá estimarse que ha actuado con dolo o culpa grave (hay una presunción legal de la misma en el art. 165.1º LC), y eso supone calificar el concurso como culpable (art. 164 LC.)

Se considera que el deudor está en insolvencia cuando no puede hacer frente a sus obligaciones regular y puntualmente (art. 2º.3 LC) Es lo que se conoce como desbalance (activo inferior al activo) y falta de crédito.

2. Concurso necesario. Efectos para el deudor y los acreedores. Medidas cautelares en el concurso necesario. Oposición del deudor a la demanda de concurso necesario.

Un acreedor puede pedir el concurso del deudor en varios supuestos, según el art. 2º.4 LC:

a) Cuando el deudor ya haya sido embargado y no se le hayan podido trabar bienes.

b) No dándose esta circunstancia, también puede pedir el concurso necesario en los casos siguientes:

b.1) Cuando el deudor haya hecho sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones.

b.2) Cuando el deudor haya sido objeto de embargos que traban todo su patrimonio.

b.3) Por abandono, alzamiento o liquidación apresurada y ruinosa de sus bienes por el deudor.

b.4) Por incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta, durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; por impago de salarios, indemnizaciones u otras retribuciones derivadas de la relación laboral en los últimos tres meses.^{vii}

Para el acreedor solicitante, el principal efecto positivo es que se considera su crédito con privilegio general (art. 91.6º) hasta la cuarta parte de su importe.^{viii}

Para el deudor los efectos son distintos si se trata de concurso voluntario o necesario. En el primero, el deudor conserva las facultades de administración, bajo intervención de los administradores, aunque el juez puede suspender

su ejercicio. En el segundo, no tendrá esas facultades. Sin embargo, se permite también que el juez acuerde en un concurso voluntario la suspensión de facultades de administración o en un concurso necesario la mera intervención de operaciones, sin suspensión.

Lo complejo de esta cuestión merece que le dediquemos una atención específica en las siguientes cuestiones:

1. Efectos produce el auto de admisión del concurso para el deudor a título personal.

La reforma concursal va acompañada de una reforma por Ley Orgánica de la LOPJ y del CP, precisamente para regular aquellos aspectos que afectan a derechos fundamentales, derivados de las actuaciones judiciales concursales. En este sentido, la LO indica que se ha orientado conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, y expresamente indica que quiere atemperar los efectos personales sobre los derechos fundamentales del deudor.

En concreto, esta LO incide sobre los derechos fundamentales a la libertad, al secreto de las comunicaciones y a la libre circulación y libre residencia en España.

Al efecto, indica el artículo primero de esta LO que la suspensión del concursado en la administración de su patrimonio podrá ir acompañada de las siguientes medidas:

1ª. La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía de reserva frente a los contenidos ajenos al proceso concursal.

2ª El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si incumple

este deber o el Juez teme que se incumpla, puede acordar medidas preventivas e incluso el arresto domiciliario.

3ª La entrada en inmuebles del deudor afectos a su actividad, si se piensa que pueden encontrarse documentos de la misma, no aportados. Tales medidas, respecto del deudor persona jurídica, se referirán a sus administradores o liquidadores. Como tales puede considerarse a los actuales o a los que lo fueron en los dos años anteriores al concurso.

La LC en su art. 41 hace un reenvío a la LO que la acompaña, a estos efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor.

2. Efectos que produce el auto de admisión del concurso sobre el patrimonio del deudor.

Como es lógico, y ha sido tradicional en estos procesos, se afecta por el concurso todo el patrimonio del deudor (art. 1912 CC.) Este es el llamado “principio de universalidad”, que proclama el art. 76 LC:

“1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.”

Esos efectos incluso pueden derivarse de la adopción de una medida cautelar, a petición de un acreedor legitimado para pedir el concurso necesario, según indica el art. 17.1 LC.

Pero lo común será que se declaren esos efectos en el auto de declaración de concurso, como indica el art. 21.1, 2º y 4º LC, efectos que se producirán de modo inmediato (art. 21.2) Una

medida importante al respecto es la anotación preventiva en el Registro público correspondiente, del auto declarando el concurso, de la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades del deudor de administración y disposición (art. 24.4) Consecuencia de ello es que desde la anotación “no podrán adoptarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados” por el Juez del concurso.

Dedica después la Ley un capítulo a los efectos del concurso sobre el deudor (arts. 40 a 48 LC.) A los efectos de contestar a esta pregunta, interesa particularmente el art. 40, que dice, entre otros extremos que:

“4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el Juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio. Al cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y a la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se dará la misma publicidad que, conforme a los artículos 23 y 24, se hubiere dado a la declaración de concurso...
...

La intervención y la suspensión se referirán a las 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. El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia... ..

7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la

administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado.”

Son particularmente interesantes los efectos de las acciones de rescisión, ya que la sentencia que se dicte puede llegar a declarar la ineficacia de actos o prestaciones que han mermado el patrimonio del deudor, bienes afectando a bienes o derechos o a sus frutos o intereses. Y se permite dirigir la responsabilidad por rescisión frente a quien intervino con el deudor en el acto o contrato rescindido, si no puede reintegrarse el bien o derecho al patrimonio del deudor Art. 71 LC.)

En general, las acciones del concursado suspendido en sus facultades de administración, corresponderán a la administración (art. 54.1 LC), excepto las de índole personal.

Estos efectos sobre el patrimonio persistirán no sólo durante el trámite judicial, sino también en fase de liquidación del concurso, conforme al art. 145.1 LC.

Es de alabar la previsión de que el Juzgado informe a los acreedores en el extranjero, de las medidas adoptadas y efectos sobre el patrimonio del concursado (art. 214 LC.)

3. Efectos que se producen sobre la ejecución ya en trámite en un Juzgado sobre un crédito incluido en el concurso.

La declaración de concurso ha de preocupar enormemente al acreedor que ya tiene una ejecución en marcha frente al deudor. Ver acercarse la paralización de su ejecución, efecto inmediato de la declaración supone un duro golpe para quien ya esperaba, finalmente, cobrar su crédito. Sin embargo, ayer y hoy, esa acumulación es un efecto

aparejado al concurso. Esto es consecuencia de la declaración de competencia a favor del Juez Mercantil de todas las ejecuciones frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (art. 8.3º LC.) Así la decreta el art. 98 LEC 1/2000, y sólo se exceptúan los procesos hipotecarios o pignoraticios. Pero respecto a éstas la Ley Concursal introduce una novedad importante: la paralización temporal de dichas ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración del concurso, como dice la Exposición de Motivos.

Indica en ese sentido la LC, en su artículo 55, sobre *Ejecuciones y apremios* que:

“1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, salvo que se trate de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.^{ix}

2. Las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.

4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real. ”^x

Otro importante efecto aparejado es el cese o suspensión del devengo de intereses. Se regula en el art. 59 de la LC:

“1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3º de esta Ley.

2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiere resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultare remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional.”

Se prohíbe igualmente la compensación de los créditos y deudas del concursado después de la declaración de concurso (art. 58 LC.)

Medidas cautelares en la demanda de concurso necesario.

La nueva Ley Concursal, intenta prever que el deudor distraiga su patrimonio, y permite la solicitud por el instante y la adopción por el Juez de medidas cautelares en el ínterin, en su art. 16, para “asegurar la integridad del patrimonio del deudor.” Como estas medidas no se concretan, el Juez podrá adoptar cualesquiera, y fijará fianza al deudor, y en la cuantía que quiera, para responder de los eventuales daños y perjuicios, o bien podrá eximirle de ella.

A este respecto, resaltamos que las medidas deben pedirse en la solicitud del acreedor o legitimado distinto, que conviene ofrecer fianza, para que no se dispare la exigida por el Juez, que conviene argumentarla, por lo mismo, y que todo ello se resuelve en la misma providencia de admisión.

A las medidas cabe también achacarles la falta de referencia, al referirse la ley a “las que considere necesarias.” En este punto puede jugar favorablemente la especialización de los Juzgados mercantiles que se crean, pues pueden con el tiempo dar lugar a un estándar de actuación, como se comprueba en los Juzgados de Primera Instancia especializados, respecto a otras medidas (así familia, incapacidades, hipotecarios). En ese sentido, será buena la especialización.

Las medidas a adoptar parece que deben ser de orden económico, ya que su objeto, según el art. 16, será “asegurar la integridad del patrimonio del deudor.” Es una definición algo diferente de las medidas a adoptar cuando se dicta el auto de declaración del concurso, que según el art. 20.1-4º, serán las que el “Juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores judiciales acepten el cargo.”

La pregunta obviamente es si hay diferencias de alcance entre uno y otro caso. En el primer supuesto, estamos ante la demanda de un acreedor que aún no ha dado lugar a la declaración de concurso, y en el segundo bien ante la demanda del deudor, bien ante la del acreedor que obtiene la aprobación judicial. Son casos distintos, como revela la Ley, ya que no permite dictar auto en el concurso necesario, hasta que se emplace al deudor

y, si formula oposición, se celebre la comparecencia del art. 20. Es evidente que no se quiere la producción de efectos de un modo inmediato, como sí ocurre en el caso del concurso instado por el deudor.

Por otro lado, la redacción misma introduce diferencias, y debe llenarse contenido cada expresión. En tal sentido, mantener la integridad implicaría impedir la enajenación o la imposición de gravámenes sobre los bienes del deudor (que no venda, arriende, hipoteque, ceda,... e incluso acciones de reintegración del art. 70 y siguientes); conservar el patrimonio implicaría adoptar las medidas de defensa del mismo, desde un punto de vista físico, para evitar su deterioro, como jurídico, para defenderlo ante los tribunales, ejercitando las acciones de protección de la posesión y del dominio (interdictos, reivindicatorias, y hasta declarativas del dominio); finalmente, administrar el patrimonio, implica intervenirlo para gestionarlo, lo que se regula en los arts. 39 a 47 de la Ley, e incluye fijar, si es necesario, alimentos al concursado -art. 46-, el cual debe, por cierto, prestar su colaboración -art. 41-.

De ello sí puede extraerse la conclusión de un menor alcance en las medidas que pueden adoptarse en el caso del art. 16.

Estas medidas se confirmarán en el auto declarando el concurso o se dejarán sin efecto en el que deniegue la solicitud del acreedor (art. 16.3).

Oposición del deudor a la demanda de concurso necesario.

Una vez presentada la demanda por el acreedor, se emplaza al deudor para que la conteste, con independencia de adoptar algunas medidas

cautelares, como ya hemos comentado. Dice el art. 15 que,

“1. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por cualquier legitimado distinto del deudor, 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.

2. Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones, quedando su solicitud acumulada a la primeramente repartida.”

Si el deudor emplazado se allana, se dictará auto declarando el concurso (art. 18.1), al igual que si no se opone en el plazo de cinco días. Lógicamente, si después de solicitado el concurso necesario, el deudor insta el voluntario (lo que ha ocurrido infinidad de veces en el caso de quiebra necesaria y suspensión de pagos xi), también declarará el Juez el concurso de acreedores, dictando el correspondiente auto.

La oposición del deudor al concurso que se le solicita puede basarse, conforme al art. 18.2, en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. Para ello, le impone la Ley la carga de la prueba de su solvencia, sin que pueda resultar de contabilidades distintas de las oficiales.

Formulada la oposición, se citará a una comparecencia, que preside el Juez, a celebrar en los diez días siguientes (art. 19.1), plazo que es demasiado largo, a nuestro juicio.

En la comparecencia pueden ocurrir las clásicas tres situaciones:

a) El deudor no comparece: se declarará el concurso, con imposición de costas del incidente, que tendrán la consideración de deudas de la masa (art. 19.1).

b) Que el deudor comparezca:

b.1) Si el crédito del acreedor está vencido debe consignar su importe el deudor, previamente o en el mismo acto (lo que es más que criticable, por otra parte, dado el sistema de consignaciones vigente desde 1988, en las Cuentas de Depósitos Judiciales, que expresamente prohíbe la entrega de dinero en el Juzgado). Si el acreedor se ratifica en su solicitud, seguirá la comparecencia con prueba (art. 19.4 LC). Si no, se dictará auto de conclusión del procedimiento, y el Juez resolverá sobre las costas. No indica la Ley el criterio a aplicar, pero en su defecto, nos parece que sirve el del art. 395 LEC, que es la ley supletoria en materia procesal, por expreso reenvío de la Disposición Final Cuarta de la Ley Concursal.

b.2) Si el deudor no consigna, o aunque lo haya hecho, si el acreedor se ratifica en su solicitud sigue la comparecencia, que se asemeja a un juicio verbal, excepto en que puede resultar más largo. Prevé la Ley que el juez oiga a las partes y a sus abogados. Pero, ¿qué sentido tiene oír a ambos, habiendo abogado?; hemos de entender que se refiera la norma al caso de que no se comparezca con abogado, aunque por otro lado exige el art. 184.2 que el deudor intervenga en todas las secciones con abogado y procurador, aunque también es verdad que en el número anterior, 184.1, indica que el deudor “será reconocido como parte,

sin necesidad de comparecencia en forma”. Por ello, debiera admitírsele su intervención, aunque venga sin abogado, lo cual generará múltiples dificultades, según nos enseña la experiencia del foro.

La comparecencia continuará proponiendo la prueba las partes, y admitiéndola el Juez. Seguidamente se practicará, excepto aquella que no pueda serlo de inmediato, que se realizará en el plazo más breve posible, que no puede exceder de 20 días (art. 19.4, *in fine*).

Nos parece completamente inadecuado este sistema, propio del menor cuantía de la LEC 1881, y una dilación inadmisibles, porque se convierte en el cauce perfecto para el deudor que no se presenta en concurso, y se lo tienen que pedir; que se opone al mismo, que provoca una comparecencia, que se señalará cuando se pueda, pues los Juzgados Mercantiles, con competencias provinciales y de muy diversa clase (no son sólo Juzgados de los concursales), y dada la escasa disposición a crear los suficientes, según vamos sabiendo, irán cargados de procesos concursales; que, además, podrá incluso comparecer sin abogado, y que deberá ser oído, y que, con proponer pruebas contables y testificales en otras poblaciones, conseguirá dilatar más el asunto, pues deberá volver a señalarse y eso retrasará inevitablemente todo.

No se prevé tampoco un sistema, que bien pudiera existir, similar al avance de prueba que rige en el juicio verbal en la LEC 1/2000 (art. 440.1, párrafo último), para conseguir que todas las partes y testigos sepan que deben acudir el día del juicio.

c) Finalmente, si el que no comparece es el solicitante, el juez le tendrá por desistido, con imposición de las costas.

VII. La tramitación del concurso. Estudio particular del convenio concursal

1. Secciones del concurso.

Según el artículo 183 de la LC “el procedimiento de concurso se dividirá en las siguientes Secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes:

1º. La Sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.

2º. La Sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

3º. 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 liquidación de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores, y a las deudas de la masa.

4º. 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.

5º. La Sección quinta comprenderá lo relativo al convenio o, en su caso, a la liquidación.^{xii}

6º. La Sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.”

Observamos un esquema similar al existente en el concurso y la quiebra, si bien se cambia el orden de algunas secciones, y detalla mejor el contenido de otras. Nos parece adecuado este nuevo orden, si bien no hubiera estado de más que se relacionaran los ramos, o piezas internas dentro de cada sección a aperturar. Con todo, ello corresponderá al juzgado, según se imponga su existencia. Con todo, la ordenación contemplada en el art. 221 de la Propuesta de 1996 nos parecía mejor sistemática, especialmente en cuanto al contenido de las secciones segunda, tercera y cuarta.^{xiii} Con todo, no creemos que ello derive en problemas de trámite.

2. La administración concursal.

La administración concursal es el órgano nombrado por el Juez que se encarga de gestionar el patrimonio del deudor. En caso de haberse presentado el deudor voluntariamente en concurso (concurso voluntario) se limitará a intervenir las operaciones del deudor. Pero si se trata de un concurso pedido por los acreedores del deudor, o concurso necesario, el órgano de administración sustituye al deudor. (Art. 40.1 y 2 LC).

En cuanto a la composición de la administración del concurso, establece la Ley establece dos supuestos:

Cuando se aplique el procedimiento abreviado (art. 190) podrá nombrarse un solo administrador. No se descarta que el Juez decida nombrar tres. (Art. 27.2-3º) Seguramente será el caso más habitual, pues se seguirán por este cauce los

concurso de deudores personas naturales y la mayoría de las sociedades. Se exige que el pasivo no supere el millón de euros.

En todos los demás supuestos, se nombrarán tres administradores (art. 27.1)

Una de las cuestiones más debatidas es la composición de la llamada “sindicatura” o administración del concurso. La reforma ha optado por un sistema similar al de la Propuesta de 1995, aunque reduciendo cada vez más los años de experiencia que allí se exigían (de quince en la Propuesta, a diez en el Anteproyecto de 2001, y cinco en el texto aprobado en el Senado.)

Se nombrará a un abogado con experiencia de al menos cinco años de ejercicio efectivo, a un auditor de cuentas, economistas o titulado mercantil colegiado, con igual experiencia, y a un acreedor. Este último no podrá tener un privilegio especial (hipotecarios y demás del art. 90), general garantizado ni ser un crédito subordinado (art. 92.) Es de destacar que el Proyecto estimulaba el concurso necesario, nombrando al acreedor que lo solicitaba como tercer administrador (art. 26.1.3º PLC.) Pero a su paso por el Congreso, ha desaparecido tal aliciente, como consta en el texto enviado al Senado (BOCG, Senado, Serie II, del 14-04-2003, art. 27) También se ha reducido de diez a cinco años el tiempo de experiencia requerido.

Cuando pueda nombrarse a un solo administrador, será un abogado o economista, auditor, etc. No podrá ser nombrado un acreedor (art. 27.2.3º.)

Para el caso de entidades de crédito o de seguros, los administradores pueden cambiar, sustituyéndose por expertos oficiales en cada rama.^{xiv}

3. El concurso abreviado.

Se venía reclamando desde la empresa y la banca, en la década de los 80 la existencia de un concurso abreviado, de menores y más simples trámites. Sin embargo, el Anteproyecto de 1983 no recogió esta modalidad^{xv} y tampoco acogió la fórmula el Borrador de Anteproyecto de 1996 (los “Materiales”). Pero en la nueva Ley sí se reseña expresamente esa modalidad abreviada, aunque de modo muy conciso, ciertamente.

Se recoge en los artículos 190 y 191 Ley 22/2003:

“Artículo 190. Ámbito de aplicación.

1. El Juez podrá aplicar un procedimiento especialmente simplificado cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere un millón de euros.

2. En cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario en el que quede de manifiesto la concurrencia de los requisitos mencionados en el apartado anterior, el Juez del concurso podrá, de oficio o a instancia de parte, ordenar la conversión al procedimiento abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. También podrá, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos.

Artículo 191.-Contenido.

1 Con carácter general, acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en la presente Ley se reducirán a la mitad, salvo los previstos en el artículo 2.4.5º y aquellos que, por razones especiales, el Juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal, será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el Juez del concurso no superior a quince días.

2. En el procedimiento abreviado la administración concursal estará integrada por un único miembro de entre los previstos en el número 3 del apartado 2 del artículo 27, salvo que el Juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario.”

Seguramente, el concurso abreviado será el caso más habitual, pues se seguirán por este cauce, como hemos visto, los concursos de deudores personas naturales y la mayoría de las sociedades. Se exige que el pasivo no supere el millón de euros. Y, desde esa concepción, sí es importante la previsión de un solo administrador, para no complicar la administración/intervención, ni generar mayores gastos.

4. Convenio concursal.

Se regulan convenio y liquidación en el Título V de la Ley, artículos 98 a 162. En este trabajo abordaremos el estudio del convenio, dejando para otra ocasión la liquidación

El convenio en la nueva Ley Concursal y, con independencia de los problemas que se ha planteado la doctrina sobre su naturaleza jurídica, que aquí no

abordaremos, puede definirse como el acuerdo adoptado entre deudor y acreedores para hacer pago de sus créditos, con quita, espera, o ambas, o traslado de la empresa en conjunto para su explotación. Nunca cabrá una cesión en pago o para pago, ni en una liquidación, porque esa figura se concibe opuesta al convenio. Es la otra forma de terminación del concurso, llamada liquidación.

Desde esta definición, aunque meramente aproximativa, alcanzan a comprenderse muchos de los puntos que giran alrededor de esta opción. Porque decidirse por la figura del convenio es, si se estudia, optar por un concreto modelo concursal.

Realiza el nuevo texto una fundamental adaptación a los requerimientos que la doctrina venía exigiendo a la nueva Ley en este punto: respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 Cc), previsión en la propuesta de un plan de viabilidad, caso de ser posible, la posibilidad de propuestas alternativas o condicionadas (art. 101 LC) y credibilidad de la propuesta (el “plan de pagos”).

Reconoce expresamente el texto la posibilidad de acordar quitas, bajo un límite del 50 %, y cuanto a la espera, ésta no deberá superar los cinco años, salvo autorización judicial (art. 100), reservada para empresas “cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía.” Sin embargo, sólo una cuidadosa atención por el Juez Mercantil de este punto evitará la casuística vivida con la vieja legislación concursal, en la que ya Rives y Martí denunciaba quitas de más de un 90 %, situación a veces revivida, y en la observada actualmente, en que sistemáticamente se acuerda una quita o rebaja del 50 % de los créditos.

Es plausible la imposibilidad de cambiar la propuesta e introducir modificaciones (art. 103.2). Los acreedores deben adherirse o no a la propuesta. Con ello se evita el clásico ejemplo que teníamos en la suspensión de pagos, en la que la verdadera propuesta no venía con la demanda, sino después, en la fase escrita (ya que el sistema de la Junta afectaba a suspensiones de poca entidad.) De esta manera se obliga a tener formulada una propuesta realista y veraz, que deberá contar con algunos apoyos si los proponentes, el deudor o algunos acreedores, o ambos, pretenden su aprobación.

Con todo, el sistema se rectifica, para hacerlo más flexible al permitirse, como venían reclamando los autores (Rojo especialmente), la posibilidad de propuestas alternativas o condicionadas (arts. 101 y 102). Éstas últimas eran las más vistas en la práctica. Sin embargo, las alternativas son las que están llamadas a prosperar, pues las condicionales, que antes servían para el caso de quiebra o suspensión de varias empresas relacionadas, ahora tienen un tratamiento específico en la Ley.

El plan de viabilidad.

La previsión más novedosa es la del “**plan de viabilidad**”. Esta figura contempla por primera vez en nuestro Derecho concursal, la existencia de un estudio de continuidad de la empresa, el cual es tratado con atención. Esta previsión ya existía en el Derecho francés, italiano, alemán o portugués (véanse los estudios de Pulgar y Candelario).

Es esta cuestión uno de los puntos fuertes del nuevo texto legal, pues en la vieja concepción se pretendía sólo la liquidación o, como mucho, un convenio, que en los últimos años, generalmente era de liquidación. Por eso, prever en materia de

convenio mecanismo distintos a la liquidación, es altamente positivo, como ha destacado Rojo.

Esta propuesta debe venir acompañada tanto a la solicitud de concurso hecha por el propio deudor (art.6), como a las solicitudes de modificación de contratos de trabajo, hechas por el deudor, la administración concursal o los trabajadores de la empresa (art. 64). Esta viabilidad será igualmente objeto de estudio cuando se elabore el inventario de la empresa por la administración concursal (art. 82). Forma, por otro lado, y como hemos dicho, parte importante de la propuesta de convenio (arts. 100 y 104) y la administración judicial ha de prestar atención a la misma, a la hora de emitir su informe favorable a la propuesta de convenio (art. 107). Y es importante destacar también, que la ley indica en su art. 100, in fine, que “los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.” En tal sentido, téngase en cuenta que la propuesta de convenio debe ir firmada también por aquellos que hayan de prestar garantías o financiación a la viabilidad, según dice el art. 99. Por tanto, tal financiación dependerá en buena medida de cómo se diga en la propuesta de convenio que van a pagarse esos créditos nuevos.

Va a requerir, en buena medida, un importante cambio de mentalidad. Hasta ahora, el acreedor se negaba en redondo a negociar con el deudor cualquier propuesta o apoyarlo en el convenio, a no ser que le conviniera, que eso fuera lo mejor para su crédito. En ningún caso se planteaba que mantener la empresa, total o parcialmente, fuera una finalidad que a él le interesara y con la que conviniera colaborar. Por ello, la actitud del acreedor que presta su apoyo a una propuesta anticipada de convenio o que asume financiar el plan de pagos o de viabilidad, es completamente distinta. En esta

materia, volverá a ser fundamental el trabajo del abogado del deudor. Y faltando este, como ocurre desde luego en los concursos necesarios, seguramente se irá a la liquidación. Cosa distinta es que, naturalmente, si la financiación proviene de una entidad que no es acreedora, se le exija la firma de la propuesta o plan, y pueda, como mera hipótesis, tener un interés en ella.

Por eso, a nosotros no nos sorprende que las liquidaciones sigan estando a la orden del día también en el derecho francés, pese a contar con institutos concursales preventivos. Y es que resulta muy complicado hacer entrar a los acreedores en estas soluciones, por lo expuesto.

En resumen, como dice la Exposición de Motivos,

“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. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución.”

Donde falla el sistema, probablemente, es en la excesiva judicialización del convenio, en crítica de Rojo que compartimos. Téngase en cuenta que

nuestro entorno contempla medidas de arreglo extrajudicial de los concursos. Las llamadas *workouts*, sí tenían contemplación en la Propuesta de 1995 y ahora se echan en falta. Hubiera sido preciso que se contemplaran esos “convenios extrajudiciales preconcursales” que en la práctica se producen, como hemos comentado al principio de este trabajo. Por tanto, es fácil vaticinar una inercia en la conducta empresarial que mantenga estos sistemas, al llegarse a la situación de crisis. La ley tardará aún en implantar su filosofía, con toda seguridad, y para ello deberemos comprobar que rinde la utilidad práctica que todos deseamos.

En cualquier caso, hemos de dejar claro que nuestra opinión es favorable a la gestión judicial del concurso y, por tanto, a la tramitación del convenio en sede judicial. Hemos mantenido y seguimos creyendo, que las críticas a la gestión judicial de los procesos concursales han venido de la mano de legislaciones arcaicas, propiciadoras de prácticas que han desacreditado los procedimientos concursales.^{xvi} Y sin embargo, eso no significa negar la evidencia de esas situaciones que están dándose fuera del Juzgado. Por eso hemos dicho que el legislador debiera haberles prestado atención.

Presentación del convenio por el deudor.

Conforme al art. 99, la propuesta de convenio puede ser presentada, por escrito y firmada, por el deudor, o por sus acreedores o representantes.

La presentación por el deudor es la fórmula tradicional, y recibe una detallada regulación en la Ley 22/2003. Pasamos a estudiarla seguidamente.

En cuanto al **momento**, prevé la ley que pueda formularla en un momento inicial del concurso, o posteriormente. La primera se llama “propuesta

anticipada de convenio” y la segunda se conoce como “fase de convenio”.

La sección 3ª de este Título 5º, se dedica a la **propuesta anticipada de convenio** (arts. 104 a 110).

Cabe su presentación tanto en el concurso voluntario como en el necesario, y está legitimado para hacerla sólo el deudor (arts. 104 y 105), aunque debe venir acompañada de adhesiones de acreedores, ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen la quinta parte (20 %) del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1). Considera igualmente que sólo el deudor puede formular la propuesta de convenio anticipado VILLARRUBIAS GUILLAMET, aunque critica que se exijan las adhesiones de acreedores.^{xvii} Si no se formula propuesta anticipada, se esperará a la llamada fase de convenio (art. 111.1) para ver si allí se logra o se pasa a la liquidación del concurso.

Se prohíbe presentar propuesta anticipada si el deudor incurre en alguna de las prohibiciones del art. 105 de la Ley, sea al momento de presentar esa propuesta o posteriormente (art. 105.2).

La finalidad de esta propuesta anticipada, no es la adopción de unas medidas inmediatas, sino el factor tiempo. El deudor busca una solución a la empresa, mantenerla. Sólo en ese escenario tiene sentido la propuesta anticipada, aunque, optimista, el legislador la permita incluso en el concurso necesario. Pero en éste, por eso no creemos que en él se dé, frecuentemente el deudor estará incurso en falta de depósito de la contabilidad en el Registro (art. 105.2º), o simplemente no se habrá presentado en concurso, debiendo hacerlo (art. 105.6º), entre otras prohibiciones, lo que le impedirá formular la propuesta anticipada, conforme al art. 105 de la

Ley. No tiene demasiado sentido no pedir el concurso y después sí el convenio anticipado.

Esa rapidez en la adopción del convenio (posiblemente conteniendo un plan de viabilidad, según creemos que la práctica confirmará) se intenta cumplir por la norma legal, pidiendo al juez que resuelva sobre su admisión a trámite en el mismo auto de declaración del concurso voluntario (art. 106.2º), salvo que deba requerirse al deudor para que subsane alguna omisión o defecto, para lo que se concederá a éste un plazo de tres días. En lo demás, la Ley sí da amplio margen al juez para desestimar la admisión a trámite, por falta de cumplimiento de los requisitos legales, en el art. 106.3, sin que pueda interponerse recurso contra su decisión. En tal caso, parece que el deudor aún podrá proponer un convenio en la fase de convenio ordinaria (la de la Sección 4ª), conforme a los artículos 110 y 113 de la Ley.

La propuesta será sometida a **informe de los administradores concursales**, que evaluarán su contenido y, en su caso, el plan de viabilidad (art. 107). El informe desfavorable no vincula al juez, y contra su auto no cabrá recurso alguno. El auto puede tener dos contenidos: denegar el sometimiento a los demás acreedores de la propuesta anticipada de convenio o continuar con el trámite, para intentar su aprobación.

El informe de los administradores concursales deberá centrarse en cuestiones económicas y no jurídicas, al decir la ley que “la administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio **en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen.**” Por tanto, no parece que deba entrar en aspectos jurídicos. Esto merece algo más de comentario. En la vieja normativa concursal, y especialmente en la

suspensión de pagos, los interventores solían hacer apreciaciones de índole jurídica en su informe, lo que nosotros veníamos criticando, por deberse reservar para el juez. Pero en aquella normativa, los interventores no eran juristas, sino economistas y ahora la administración concursal integra a un jurista, y hubiera parecido oportuno permitir los pronunciamientos también sobre aspectos jurídicos. Por tanto, se viene a limitar algo innecesario, y suponemos que, en la práctica, bajo la “atención al plan de pagos”, que siempre ha de figurar en la propuesta de convenio, se aventurarán las opiniones jurídicas de la administración concursal. Y en esta ocasión, sí estaremos de acuerdo.

Esa propuesta requerirá de la adhesión de un grupo de acreedores. Deberá obtenerse antes de la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 103.1, en relación con el art. 108). Ese plazo es el fijado en el art. 96. La mayoría exigida para la aprobación por adhesiones a la propuesta anticipada de convenio es de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124, párrafo tercero), en todo caso. Se puede plantear la duda de si rigen en el convenio anticipado las reglas especiales del art. 125.

Obtenidas las mayorías, el juez aprobará el convenio anticipado (art. 109). Contra é cabe entablar oposición, conforme al art. 128, pero si finalmente no prospera, no se dará lugar a la siguiente fase (aprobación del convenio), lógicamente, y finalizará la fase común del concurso.

La fase de convenio.

Según dice el artículo 111, “1. Cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio conforme a lo establecido en

la sección precedente, el juez, 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, dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta.

2. El auto ordenará convocar junta de acreedores de acuerdo con lo establecido en el artículo 23, fijando lugar, día y hora de la reunión. En la notificación de la convocatoria se expresará a los acreedores que podrán adherirse a la propuesta de convenio en los términos del artículo 115.3. Cuando se trate del supuesto previsto en el artículo precedente y en el apartado 1 del artículo 113, la junta deberá ser convocada para su celebración dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto. En los demás casos, deberá serlo para su celebración dentro del tercer mes contado desde la misma fecha.

Cuando el deudor hubiera mantenido la propuesta de convenio anticipado, el juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni informe de la administración concursal, dictará auto convocando la Junta de acreedores.

3. El auto se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y contra él no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que puedan invocarse los motivos de impugnación en recurso de apelación contra la sentencia que resuelva sobre la aprobación del convenio.”

En esta etapa de convenio, o pieza quinta del concurso, el legislador quiere acortar mucho los plazos, al fijar convocatorias de dos o tres meses máximo para celebrar la junta de acreedores,

tiempos nunca vistos en la práctica concursal española.

Tienen legitimación para proponer un convenio tanto el concursado como sus acreedores (que representen 1/5 del pasivo, un 20 %), conforme al art. 113 de la Ley. Se veta al concursado presentar propuesta de convenio si ya solicitó la liquidación.

Para el caso de que no se presente propuesta alguna, el art. 114.3 manda aperturar la fase de liquidación.

Hay un examen formal de las propuestas por el juez del concurso, y posteriormente se somete a examen de la administración concursal art. 115). A estas propuestas deberán ir adhiriéndose los acreedores. Esa adhesión es irrevocable, aunque luego en junta podrá cambiar el sentido del voto cada acreedor que concurra a ella (art. 121.4).

La Junta se presidirá por el Juez, que podrá delegar en un miembro de la administración concursal (art. 116). Será secretario el que lo sea del Juzgado mercantil, que levantará acta de sus sesiones (art. 126).

Para los administradores la asistencia es obligatoria, y se sanciona con pérdida de sus emolumentos a quienes no asistan. También es obligatoria la asistencia para el concursado, aunque no se prevé sanción si no concurre.

Podrán asistir los acreedores que figuren en el texto definitivo de la lista (art. 118).

Previas las necesarias comprobaciones de asistentes y representaciones, y pudiéndose pedir aclaraciones al informe de los administradores, se deliberará y votará las propuestas de convenio; en

primer, acerca de la del concursado, y si no se acepta, las presentadas por los acreedores. No tienen derecho de voto los acreedores con crédito subordinado, ni aquellos que hayan adquirido su crédito después de declarado el concurso, salvo crédito heredado o dimanante de ejecución forzosa (art. 122).

Las mayorías se establecen en el art. 124:

“Artículo 124. Mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio.

Para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra.

Para que se considere aceptada una propuesta anticipada de convenio será necesaria, en todo caso, la adhesión de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

A efectos del cómputo de las mayorías en cada votación, se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta.”

El juez deberá considerar la aprobación del convenio, y una vez lo haya hecho, podrá impugnarse por infracción de las normas legales de constitución de la junta, contenido del convenio, forma y contenido de las adhesiones, constitución de la Junta o su celebración, así como por inteligencias

fraudulentas (art. 128). La oposición se tramita por los cauces del incidente concursal (art. 129) y acaba por sentencia. Si en ella se acepta la oposición, se convocará nueva Junta, pudiéndose adoptar en el ínterin medidas cautelares por el Juez, entre ellas iniciar el cumplimiento del convenio aceptado, que ha sido impugnado.

Es una importante novedad, de la que nos congratulamos, que el juez deje de ser un autómatas que ha de aprobar el convenio a toda costa. La nueva Ley le dota de facultades para ejercer su ministerio, y puede, haya habido o no oposición al convenio aprobado, rechazarlo, al prever la ley unas facultades de oficio a su favor (art. 131), y por alguna de las causas previstas para la oposición misma, que repite este artículo, aunque se prevé un sistema más ágil para subsanar los defectos de orden formal (convocatoria de la junta, celebración, etc).

La ley dota al convenio de plena eficacia, y produce desde la sentencia que lo aprueba el cese de todos los efectos del concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio (art. 133).

Su extensión subjetiva viene delimitada con precisión por el artículo 134 de la Ley, según el cual:

“ 1. El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos.

Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar,

conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

2. Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio.”

ⁱ Llama la atención el cambio respecto a la Propuesta de 1995, que mantenía dos procedimientos distintos, la suspensión de pagos y el concurso de acreedores. Esta separación, a nuestro modo de ver, era preferible, pues configuraba un procedimiento general, el concurso, y reservaba la suspensión de pagos, que no requería la intervención judicial sino al final, para convalidar el convenio más que para aprobarlo, para los casos claros de iliquidez puntual, pues requería, según su artículo 271 estar al corriente en el pago de tributos y cuotas de Seguridad Social y no tener obligaciones vencidas, o en caso de tenerlas que fueran inferiores al 5 % del pasivo.

Nos parece que, teniendo claro que no pueden existir, como ahora ocurre, dos procedimientos que abordan el mismo problema (al existir suspensiones de pagos con “insolvencias definitivas” según la terminología de la Ley de 1922), y que había que acabar con esta dualidad, la solución no tenía que ser la del único procedimiento, y se podría haber seguido la fórmula de la Propuesta de 1995, que además daba un concepto de insolvencia flexible, como imposibilidad del deudor de hacer frente puntualmente a sus obligaciones (art. 2).

ⁱⁱ Materiales para la reforma de la legislación concursal, elaborados por el Dr. D. Ángel Rojo Fernández-Río, Catedrático de Derecho Mercantil. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año L, Suplemento al núm. 1768 de 15 de febrero de 1996.

ⁱⁱⁱ Como dice Juana Pulgar Ezquerro, “su concreción constituye uno de los aspectos del derecho concursal más

complejos y relevantes en su regulación, pues equivale en la práctica a determinar cuándo debe declararse el procedimiento, ni demasiado tarde para impedir que los acreedores puedan satisfacer sus derechos por inexistencia de patrimonio, ni demasiado pronto para que las acciones de ejecución colectiva solapen el ejercicio por los acreedores de las acciones de ejecución singulares.” (Insolvencia: conservación versus liquidación, en la obra colectiva Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, dirigidos por García Valdecasas, Editorial Dilex, SL., Universidad de Almería y Universidad Rey Juan Carlos , Madrid, 1ª reimpresión, marzo 2002; pág. 71.)

^{iv} Artículos 7º, 9º y 11º, en cuanto a la solicitud de concurso por el deudor o los acreedores, y también el 88, que daba facultades de oficio al juez para adoptar medidas cautelares urgentes y provisionales, en caso de que “aprecie la existencia en su territorio de algunos hechos reveladores de situación de crisis económica de un deudor.” Sobre el planteamiento en general de la opción seguida en el Anteproyecto español de 1983, nos parece fundamental la lectura del capítulo redactado por el profesor Dr. Manuel Olivencia Ruiz, que ha dirigido también la ponencia redactora del Proyecto de 2001, en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 8 monográfico, págs. 29 a 45. Madrid, marzo-1985.

^v Como resume Juana Pulgar, obra citada, pág. 74: “La generalidad de las legislaciones de Derecho comparado atribuye de manera implícita una finalidad preventiva a los procedimientos concursales. No obstante, se plantea si esa prevención hay que encomendársela a los institutos concursales mediante un anticipo en el momento de apertura, o bien hay que configurar específicos institutos preventivos. Esta segunda opción fue la que se tomó en el Derecho francés en la Ley 84/148, de 1 de marzo, sobre prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté, posteriormente modificada por la Ley 94/475, de 10 de junio, desarrollada por decreto de 21 de octubre de 1994. esta ley configuraba la prevención con carácter no jurisdiccional confidencial a través de las denominadas information prévisionnelle y el Règlement amiable que opera en situaciones de incipiente crisis económica, quedando reservados los procedimientos concursales para situaciones de insolvencia. Frente a ello, en ordenamientos como el belga en la Loi relative au concordat judiciaire, de 17 de julio de 1997 o, más recientemente, en el decreto-Ley portugués

316/98, de 20 de octubre, sobre processos especiais de recuperação da empresa e de fãlencia, se opta por anticipar la declaración de los institutos concursales a situaciones anteriores a la insolvencia.”

^{vi} Así lo criticamos en nuestro trabajo *Claves de la reforma concursal española*, Revista Digital *NJBOSCH, Observatorio Concursal, Abril-Mayo 2003*, en www.njbosch.com.

^{vii} En el trámite parlamentario han desaparecido dos de las causas, que sí figuraba en el Proyecto presentado por el Gobierno, pero que no ha pasado al Senado: La desaparición del deudor, sin dejar representante, o abandono de sus funciones por los administradores sociales y el impago de alquileres, de cuotas de préstamos hipotecarios referidos ambos al local/es del negocio del deudor, de los últimos seis meses.

^{viii} En el Proyecto inicialmente se indicaba, en su art. 26.1.3º, que también sería nombrado administrador, por el tercio de acreedores, si concurrían en él los requisitos legales. Pero este párrafo ha desaparecido en el Informe de la Ponencia en el Congreso, por lo que la designación ahora puede recaer en cualquier acreedor con privilegio ordinario o general no garantizado (art. 27.1.3º LC).

^{ix} Se mantiene así el mismo criterio que establece el art. 129.3 de la Ley General Tributaria. En caso de coincidencia temporal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1987 otorgó preferencia a la suspensión de pagos.

^x Lo que ya establecían los bien conocidos artículos 9-4º de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y 161.3º y 1379, en relación con el art. 1173, LEC de 1881, para la quiebra y el concurso de acreedores.

^{xi} Téngase en cuenta que, como indica Faustino Cordón Moreno, el Tribunal Supremo tenía dicho que no había razones para entender “fraudenta la conducta del deudor cuando, permitiéndolo la situación de un proceso de quiebra apenas iniciado (antes de que en él se haya practicado la información testifical encaminada a acreditar el sobreseimiento en los pagos), presenta solicitud de suspensión de pagos, con el legítimo y explicable propósito de evitar la desaparición de la empresa”. STS de 5 de julio de 1985. Suspensión de pagos y quiebra. Editorial Aranzadi, SA; 2ª edición, 1997, colección Monografías, nº 3; pág. 75.

^{xii} La referencia a la liquidación ha sido introducida por la Ponencia del Senado (Boletín Oficial de las Cortes generales, Senado, VII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 27 de mayo de 2003, núm. 120 (d), pág. 335.

^{xiii} Citada en la nota final I. En el Anteproyecto de 1983 se regulaba de forma parecida en los arts. 335 a 341, citado en la nota final III.

^{xiv} Mucho cabe hablar del sistema elegido y es una de las cuestiones más importantes en cualquier Ley Concursal, con importantes efectos en la práctica de los juzgados encargados de tramitar estos juicios universales. El legislador ha optado por uno de los sistemas posibles, desechando el del “sindicó funcionario”, y el del “sindicó profesional” (que tiene dos variantes), aunque es peculiar, porque introduce al acreedor, que también existía en la legislación anterior. Finalmente parece que en el trámite parlamentario no se ha cambiado, como se temía, esta fórmula, y sólo se ha reducido el número de años de experiencia profesional en los dos administradores concursales profesionales. Con todo, sigue siendo defectuoso el sistema, por dos razones: no reclama específica competencia al abogado (no puede ser experto en derecho mercantil un abogado de familia o un penalista) ni al economista o titulado mercantil. Sí hay especialidad en el Auditor de cuentas –por tanto, entendemos que inscrito en el ROAC, que se lleva en el Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas (ICAC). Como segunda crítica, tampoco se especializan las competencias.

^{xv} Se defendió la postura del Anteproyecto por el Prof. Rojo, en su trabajo *Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal*, en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 8 monográfico, págs. 89 a 131. Madrid, marzo-1985. Esta crítica en las págs. 127 y 128. Allí mantenía el Maestro de concursalistas, que la flexibilidad del texto hacía innecesario el concurso abreviado.

^{xvi} José Miguel Guillén Soria, *El convenio en las suspensiones de pagos*, Comares, 1996, págs. 7 y 8.

^{xvii} Felio Villarubias Guillamet, *El convenio anticipado en el nuevo proyecto de Ley Concursal*, Diario La Ley, 18 de octubre de 2002.