

# Atualidades

## UNA EXPERIENCIA COMPARADA RECIENTE: LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA<sup>1</sup>

JAVIER VALLE

*I — Introducción. II — Los principios generales de la reforma: 1. El principio de unidad; 2. La insolvencia como presupuesto único y común; 3. El objetivo de la anticipación del concurso; 4. El convenio como opción preferente; 5. La conservación del patrimonio del deudor; 6. La extensión de la responsabilidad del deudor; 7. La amplia discrecionalidad judicial. III — Los efectos de la declaración de concurso: 1. Efectos de la declaración sobre el deudor; 2. Efectos de la declaración sobre los acreedores; 3. Efectos de la declaración sobre los créditos en particular y sobre los contratos; 4. Efectos de la declaración sobre los actos perjudiciales para la masa activa. IV — Valoración global.*

### **I — Introducción**

El día 10 de julio de 2003, el Boletín Oficial del Estado Español publicó la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ("LC"), que entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2004. Ese año largo de *vacatio legis* da idea de la profundidad de la reforma llevada a cabo por la LC en el panorama concursal español.

Era éste un panorama confuso, disperso, obsoleto, deficiente técnicamente y escasamente eficaz, que estaba reclamando una reforma urgente después de diversos intentos fallidos y un largo proceso de gestación.

1. El presente artículo tiene su origen en una conferencia pronunciada en el acto organizado por la Facultad de Economía, Administración y Contabilidad y la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, el día 11 de noviembre en la USP, sobre la Reforma de la Legislación Concursal, al que el Autor fue amablemente invitado a participar por la Profesora Rachel Sztajn. El Autor agradece a la Profesora Sztajn la oportunidad de aquella Conferencia y de este artículo.

Efectivamente, el Derecho Concursal español se encontraba regulado en 5 cuerpos normativos diferentes (cuatro de ellos publicados en el siglo XIX), a saber, el Código de Comercio de 1829, el Código de Comercio de 1885, el Código Civil de 1889, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (declarada vigente, en materia concursal, por la ahora vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Tamaña dispersión normativa y temporal acarrearba, por supuesto, una completa falta de armonía legislativa y una más que notable irregularidad técnica, además de un alejamiento alarmante respecto de la realidad social en que la norma era aplicada. Desde el punto de vista de su eficacia, en fin, el Derecho Concursal anterior concedía o permitía que primasen los intereses particulares de determinados agentes, en detrimento de los intereses generales y sociales.

El nuevo régimen instaurado por la LC pretende poner fin a todos los problemas e ineficiencias apuntados. Y tal vez sea ésa

la primera conclusión que se puede extraer de la LC: es una ley carente de grandes declaraciones programáticas y de grandes principios, pero con una clara vocación de eficacia. No se encontrará en su Exposición de Motivos referencia alguna a su orientación político-legislativa o al interés jurídico protegido, pero su articulado tiene un tinte marcadamente técnico.

## II — *Los principios generales de la reforma*

Caben en principio varios métodos para describir la LC. El más obvio y sencillo es el cronológico, es decir, la explicación de la LC siguiendo la cronología del procedimiento concursal, desde su inicio hasta su finalización. Mas es éste un método prolijo, minucioso, lejos de la intención de este artículo. El método elegido es el de la reducción de los 230 artículos de que consta la LC a varios principios generales, el de la explicación conceptual en lugar de la explicación técnica y de detalle.

### 1. *El principio de unidad*

De unidad puede hablarse en la LC en diversos sentidos:

A) *Unidad sistemática*, pues se regula en un único texto normativo toda la materia concursal, tanto la sustantiva como la procesal que, como ha quedado dicho, antes se encontraba dispersa en cinco textos normativos diferentes.

B) *Unidad legal*, pues la LC unifica todos los sistemas de concurso anteriormente existentes, ya afecte a deudores civiles o mercantiles (art. 1 LC, *la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*), en un único sistema y procedimiento. Efectivamente, el régimen legal vigente hasta el día 1 de septiembre de 2004 distingue los siguientes sistemas:

(i) *Deudor Civil*: concurso de Acreedores (arts. 1.911 a 1.929 del Código Civil

y arts. 1130 a 1317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

(ii) *Deudor Mercantil*: quiebra, en caso de insolvencia definitiva (artículos 1.001 a 1.177 del Código de Comercio de 1829, 870 a 941 del Código de Comercio de 1885 y 1.318 a 1.396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) o Suspensión de Pagos en caso de iliquidez o insolvencia provisional (Ley de Suspensión de Pagos de 1922).

C) *Unidad de procedimiento*, dado que todos los supuestos de insolvencia antes mencionados seguirán un único procedimiento, con dos posibles soluciones, el convenio o la liquidación.

D) *Unidad de presupuesto*, es decir, existencia de un presupuesto objetivo único y común para todos los casos para la declaración del concurso. Tal presupuesto es la insolvencia.

### 2. *La insolvencia como presupuesto único y común*

Conforme al art. 2.1 LC, *la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*.

Da el art. 2.2 una definición general de lo que debe entenderse por estado de insolvencia (*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*). Es preciso, por tanto, imposibilidad de cumplimiento *regular* de las obligaciones exigibles. No será suficiente para solicitar la declaración de concurso el incumplimiento *puntual* de alguna o algunas obligaciones. Ahora bien, en atención a que uno de los objetivos de la LC es anticipar en el tiempo cuanto sea posible el procedimiento concursal (a efectos de minimizar sus consecuencias en la medida de lo posible) se permite al deudor, y sólo a él, solicitar declaración de concurso aún antes de que se haya producido el incumplimiento regular de sus obligaciones exigibles: *si la solicitud de concurso la presenta el deudor, deberá*

*justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones* (art. 2.2 LC). Así, se encontrará en situación de insolvencia inminente el deudor que no pueda cumplir sus obligaciones por falta de liquidez y no por hallarse en situación de desbalance patrimonial (es decir, lo que el anterior régimen denominaba situación de suspensión de pagos).

Para facilitar la labor de determinar cuándo existe incumplimiento regular de obligaciones exigibles, la LC mantiene el sistema de hechos de concurso que constituían el presupuesto objetivo de la quiebra para el concurso necesario (es decir, el solicitado por acreedores). Los hechos de concurso que determinan la situación de insolvencia son (art. 2.4 LC):

- despacho de ejecución o apremio contra el deudor, sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago de la deuda;
- sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor;
- existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor;
- alzamiento o liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor; o
- incumplimiento generalizado de determinadas categorías de obligaciones (tributarias, de seguridad social o salariales) durante los tres últimos meses.

### 3. *El objetivo de la anticipación del concurso*

Como se ha señalado, uno de los principales objetivos de la LC es conseguir anticipar en el tiempo la declaración de concurso cuanto sea posible. Para ello, la LC se ha dotado de una serie de mecanismos, que pueden resumirse como sigue:

A) *En el concurso voluntario.* Los incentivos que contiene la LC para que el deudor solicite declaración de concurso voluntario son dos:

(i) Solicitud de declaración de concurso voluntario con base en insolvencia inminente: ya se ha señalado que se concede al deudor la posibilidad de acogerse al procedimiento concursal aún antes de encontrarse en situación de insolvencia regular, cuando prevea que el incumplimiento regular de sus obligaciones es inminente (art. 2.2 LC); y

(ii) Administración: conforme al art. 40.1 LC, *en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.*

B) *En el concurso necesario.* La LC ha incorporada al derecho concursal español la figura del privilegio del acreedor instante. Efectivamente, conforme al art. 91 6º LC, se consideran créditos con privilegio general *los créditos de que fuera titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe.*

### 4. *El convenio como opción preferente*

De las dos posibles soluciones del procedimiento concursal (el convenio o la liquidación) el legislador prefiere claramente el convenio. Así, el art. 104 LC contempla expresamente la posibilidad de que el deudor, tanto en el concurso voluntario como en el necesario, presente a la Junta de Acreedores una propuesta anticipada de convenio, en cualquier momento anterior a la expiración del plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos frente al deudor. La propuesta se admitirá a trámite si se presenta junto con adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.

Ese mismo porcentaje (20%), pero del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, está facultado para presentar a la Junta de Acreedores propuesta de convenio (art. 113 LC).

Respecto al régimen de mayorías, será preciso que vote a favor del convenio, ya sea anticipado o no, ya sea presentado por el deudor o por los acreedores, la mitad del pasivo ordinario del concurso, considerándose a estos efectos como pasivo ordinario los acreedores privilegiados que voten a favor del convenio (art. 124 LC).

Respecto al contenido de la propuesta de convenio, el art. 100 concede bastante margen: la propuesta puede contener proposiciones de quita (hasta la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios), de espera (hasta 5 años desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio o de quita y espera). Puede ir también acompañada de otras proposiciones, como la conversión de créditos en capital o en créditos participativos o la enajenación de conjuntos de bienes o derechos afectos a actividad empresarial o de unidades productivas, siempre que, en este último caso, el adquirente asuma determinadas obligaciones, entre las que destaca la de continuar la actividad empresarial.

### 5. La conservación del patrimonio del deudor

Otro de los grandes principios inspiradores de la reforma concursal española es el de la conservación del patrimonio del deudor, frente a (la) otra opción posible, su liquidación. Un ejemplo claro de ello puede encontrarse en el recién descrito art. 100 LC: se permite que la propuesta de convenio contenga proposiciones de ventas de activos, siempre que éstos formen una unidad empresarial y el adquirente continúe la actividad.

De modo más claro se pronuncia el art. 44 LC:

1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la activi-

dad empresarial que viniera ejerciendo el deudor.

2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a condiciones normales de mercado.

Incluso en caso de liquidación, el legislador insiste en el principio de la conservación del negocio. Así, el art. 148 ordena a los administradores del concurso que elaboren un plan de liquidación que, *siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos*. De no aprobarse el plan de liquidación o, en caso de que el aprobado no lo hubiese previsto, *el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos*. (...) *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* (art. 149 LC).

## 6. *La extensión de la responsabilidad del deudor*

Una de las principales novedades de la LC es, sin duda, la extensión de la responsabilidad del deudor persona jurídica a otras personas, físicas o jurídicas, especialmente vinculadas con él: las sociedades de su mismo grupo y sus administradores o liquidadores.

A) *Grupos de sociedades.* La posibilidad de instar el concurso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo viene enunciada en el artículo 3.5 LC, conforme al cual *el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando (...) siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones.* Obsérvese, no obstante, que la posibilidad de instar el concurso del grupo no es automática: sólo existirá en los casos en que exista unidad de decisión.

Aspectos relevantes del concurso de grupos, abordados también por la LC, son la posibilidad de solicitar la acumulación al procedimiento de concurso de la sociedad dominante de los concursos declarados de las sociedades dominadas (art. 25.1), la subordinación de los créditos de las sociedades del grupo (art. 93.2 3º) y las normas de Derecho Internacional Privado (arts. 199 y ss.).

B) *Administradores y liquidadores.* Los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, del deudor persona jurídica, así como quienes hubieran tenido tal condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, pueden ser condenados a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de los créditos que no perciban, en caso de que el concurso concluya en liquidación del deudor y sea calificado como culpable (art. 172.3 LC).

Con el fin de asegurar la posible responsabilidad de los administradores y liquidadores, el art. 48.3 LC autoriza al juez

del concurso a ordenar el embargo de bienes y derechos de los citados administradores y liquidadores, *cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.*

Debe señalarse que idéntica facultad se concede al juez respecto a los socios subsidiariamente responsables de las deudas del deudor, si bien en este caso el embargo podrá decretarse independientemente de la calificación, culpable o fortuita, que merezca el concurso.

## 7. *La amplia discrecionalidad judicial*

Novedad importante de la LC es también la amplia discrecionalidad que concede al juez del concurso. Esa discrecionalidad parece necesaria si se pretenden regular bajo un único procedimiento situaciones tan dispares como las que antes regulaban 5 leyes diferentes. Parece imprescindible dotar al procedimiento de la flexibilidad necesaria para servir a todas las hipótesis posibles, y el mejor instrumento para alcanzar dicha flexibilidad debe ser la discrecionalidad judicial.

Algunas de las muestras del principio enunciado:

A) *Antes de la declaración de concurso necesario.* Conforme al art. 17 LC, el juez puede adoptar medidas cautelares para asegurar la integridad del patrimonio del deudor.

B) *En la declaración del concurso.* Además de dar a la declaración de concurso la publicidad legalmente prevista, el juez *podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere oportuna, en medios oficiales o privados* (art. 23.2 LC).

Podrá igualmente el juez, en ese momento procesal, acordar la acumulación de concursos en los casos de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo (art. 25 LC).

C) *En relación con la administración concursal.* Los artículos 27 y siguientes LC conceden amplias facultades al juez del concurso en relación con el nombramiento y la separación de los administradores concursales, así como con el régimen de la administración del concurso (*vid.* arts. 27.3, nombramiento de administradores; 32, nombramiento de auxiliares delegados; 34.4, retribución; 35.2, atribución de competencias; o 37, separación).

D) *Declarado el concurso.* Ya se ha visto cómo el juez puede ordenar el embargo preventivo de bienes de los administradores, liquidadores y socios subsidiariamente responsables (art. 48 LC). Además, el juez posee facultades amplias en relación con la administración del patrimonio del deudor (art. 40) y la continuación de su actividad (art. 44.4), el ejercicio de acciones por parte del deudor (art. 54.2), la vigencia o resolución de contratos celebrados por el deudor (arts. 61.2 y 62) o los contratos de trabajo (art. 64.2).

E) *Conclusión del concurso.* Si bien las funciones del juez en relación con el convenio vienen muy definidas en la LC (en atención al carácter fundamentalmente contractual del convenio), sí goza el juez de mayores facultades en caso de liquidación del patrimonio del deudor. En particular, compete al juez, *según estime conveniente a los intereses del concurso*, aprobar, modificar o rechazar el plan de liquidación propuesto por la administración concursal, salvo el caso en que el citado plan no haya recibido observaciones o propuestas de modificación, en cuyo caso el juez se limitará a aprobarlo (art. 148).

F) *La calificación del concurso.* En la sección de calificación del concurso como fortuito o culpable, el juez goza de amplia discrecionalidad en relación con la inhabilitación de las personas afectadas por la declaración [durante un período de 2 a 15 años, *atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio* (art. 172.2.2<sup>º</sup>)] y con la declaración de responsabilidad de los administradores

y liquidadores del deudor por el importe insatisfecho de los créditos concursales (art. 172.3).

### III — *Los efectos de la declaración de concurso*

Conviene detenerse brevemente en los efectos que produce la declaración de concurso sobre el propio deudor, sobre los acreedores, sobre los contratos celebrados por el deudor y sobre determinados actos perjudiciales para la masa de acreedores. También aquí las novedades son abundantes y notables.

#### 1. *Efectos de la declaración sobre el deudor*

A) *Patrimoniales.* Ya hemos visto antes, y ahora sólo recordaremos, los efectos que la declaración del concurso tiene sobre el patrimonio del deudor: facultad de continuar administrando y disponiendo de su patrimonio, sujeta a intervención de los administradores concursales, en caso de concurso voluntario; y suspensión de dichas facultades, y atribución de las mismas a los administradores judiciales, en caso de concurso necesario. Respecto a los actos realizados por el concursado en infracción de las limitaciones impuestas a sus facultades, éstos sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado (art. 40 LC).

Respecto al deudor que desarrolle actividad profesional o empresarial, recuérdese que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la misma; el art. 44 LC contiene normas sobre el modo de continuar dicha actividad según el deudor esté sujeto a intervención o a suspensión de sus facultades de administración y disposición.

B) *Personales.* La declaración de concurso impone al deudor una serie de deberes de carácter personal, enunciados en el art.

42 LC: *el deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso.*

Por otro lado, el deudor persona física tiene derecho a alimentos con cargo a la masa activa, en la cuantía y periodicidad que determine el juez del concurso (art. 47 LC).

C) *Documentales.* Tiene el deudor el deber de poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros documentos relativos a aspectos patrimoniales de su actividad (art. 45 LC). Igualmente, en caso de deudor sujeto a la obligación de depositar cuentas anuales o de auditarlas, dicha obligación subsistirá durante el procedimiento si bien, en caso de suspensión de las facultades de administración del deudor, la obligación recaerá sobre la administración concursal (art. 46 LC).

D) *El deudor persona jurídica.* Conforme al art. 48 LC, *durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora*, salvo que, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de administradores o liquidadores. Además de ello, conviene recordar aquí que, en determinados supuestos, el juez del concurso puede decretar el embargo preventivo de bienes de los administradores o liquidadores del deudor o de los socios que respondan subsidiariamente de las deudas sociales.

E) *La liquidación.* La apertura de la fase de liquidación determina la disolución de la sociedad deudora, en caso de deudor persona jurídica; en caso de deudor persona natural, determina la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa. En ambos casos, queda suspendido el ejercicio de las facultades de administración del deudor, en caso de que no lo hubiera sido antes (art. 145 LC).

## 2. Efectos de la declaración sobre los acreedores

La declaración de concurso produce un efecto inmediato en los acreedores del concursado: sus créditos quedan integrados en la masa pasiva del concurso: *declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes* (art. 49 LC). Quedan excluidos de la masa pasiva, por aplicación de la propia LC (art. 84), los créditos contra la masa. Llama la atención la inclusión en esta categoría de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso (y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional).

Los créditos que conforman la masa pasiva se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados, a su vez, se dividen en créditos con privilegio especial (si afectan a determinados bienes o derechos) y créditos con privilegio general (si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor). Aspecto fundamental de la reforma operada por la LC es la proscripción de los privilegios fuera de la propia LC. En efecto, conforme al art. 89.2 LC, *no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley.*

A) Son *créditos con privilegio especial* (art. 90 LC) los siguientes, siempre que se hayan formalizado con los requisitos y formalidades exigidos legalmente para su oponibilidad a terceros (por lo general, documento público e inscripción en el registro público que corresponda):

(i) Los créditos garantizados con hipoteca, voluntaria o legal) o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados.

(ii) Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

(iii) Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

(iv) Los créditos por cuotas de *leasing* o plazos de compraventa con precio aplazado, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición e disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

(v) Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

(vi) Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que se encuentren en posesión del acreedor o de tercero. Tratándose de prenda de créditos, bastará con que conste ésta en documento con fecha fehaciente para gozar del privilegio.

B) Son *créditos con privilegio general* (art. 91 LC):

(i) Los créditos por salarios que no tenga reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago y determinadas indemnizaciones.

(ii) Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado.

(iii) Créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al autor por la cesión de derechos de explotación de obras objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

(iv) Créditos tributarios y demás de derecho público que no gocen de privilegio especial ni del privilegio general descrito en el apartado (ii) anterior, hasta el 50% de su importe.

(v) Créditos por responsabilidad civil extracontractual.

(vi) Créditos del acreedor instante del concurso que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el 25% de su importe.

C) Son *créditos subordinados* (art. 92):

(i) Los créditos que hayan sido comunicados tardíamente o que no hayan sido comunicados oportunamente, si finalmente resultan incluidos en la lista por la administración concursal o por el juez, respectivamente.

(ii) Los créditos que tengan esta naturaleza por pacto contractual.

(iii) Los créditos por intereses de cualquier clase, salvo los garantizados con garantía *rea* hasta donde alcance la garantía.

(iv) Créditos por multas y sanciones.

(v) Créditos de titularidad de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. Estos son, para la persona física, los siguientes: cónyuge o quien conviva con el concursado con análoga relación de afectividad; ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o del cónyuge del concursado o quien con él conviva con análoga relación de afectividad; los cónyuges de ascendientes, descendientes y hermanos del concursado. Para la persona jurídica, son los siguientes: socios personalmente responsables de las deudas sociales del concursado, socios titulares de al menos un 5% del capital social de sociedades cotizadas o 10% de sociedades no cotizadas; administradores de hecho o de derecho, liquidadores y apoderados generales del concursado y los que hubieran ostentado tales cargos en los dos años anteriores a la declaración del concurso; y sociedades del grupo del concursado. También se presumen especialmente relacionados con los concursados, *iuris tantum*, los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas especialmente vinculadas, siempre que la cesión se hubiese producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

(vi) Créditos que, como consecuencia de la rescisión concursal (*vid.* III.4 *infra*),

resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

D) Finalmente, son *créditos ordinarios* los que no son ni privilegiados ni subordinados.

E) *El pago de los créditos.*

(i) En caso de convenio, éste vincula a los acreedores ordinarios y a los subordinados si bien, respecto a éstos últimos, los plazos de espera se computarán sólo a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios.

Los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados por el convenio si hubieran votado a favor de la propuesta o se hubieran adherido a la misma (art. 134 LC).

(ii) En caso de liquidación, el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos. Ahora bien tratándose de créditos garantizados con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, los titulares de estos créditos no podrán iniciar la ejecución de sus garantías hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56 LC). Durante el citado período, la administración concursal podrá, en caso de liquidación, *comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectados*. Si se opta por esta alternativa, deberán abonarse inmediatamente la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y se asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (art. 155).

Los créditos con privilegio general se pagarán con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial (o con cargo al remanente de éstos, una vez pagados los créditos con privilegio especial) y una vez aten-

didos los créditos contra la masa, por el orden antes señalado y, dentro de cada categoría, a prorrata.

Los créditos ordinarios se pagarán con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Su pago se realizará a prorrata.

Finalmente, los créditos subordinados sólo serán satisfechos una vez hayan sido completamente pagados los créditos ordinarios, por el orden antes indicado y, dentro de cada categoría, a prorrata.

### 3. *Efectos de la declaración sobre los créditos en particular y sobre los contratos*

A) *Efectos sobre los créditos.* Declarado el concurso, los créditos contra el concursado quedan sujetos a las siguientes reglas:

(i) Prohibición de compensación de créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos para practicar la compensación hubiesen existido con anterioridad a la declaración del concurso (art. 58 LC).

(ii) Suspensión del devengo de intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a créditos con garantía real y a créditos salariales (art. 59 LC).

(iii) Interrupción, hasta la conclusión del concurso, de la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración o de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores del concursado persona jurídica (art. 60).

B) *Efectos sobre los contratos.* Los artículos 61 a 70 LC establecen algunas reglas respecto a los contratos del concursado. Dejando a un lado las reglas relativas a los contratos de trabajo, cabe destacar lo siguiente:

(i) La declaración de concurso no afectará a las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, siendo a cargo de

la masa la prestación a que esté obligado el concursado. No obstante, la administración concursal o el concursado, según corresponda, podrán solicitar la resolución del contrato, que será declarada por el juez en su caso (art. 61.2 LC).

(ii) De gran trascendencia resulta lo dispuesto en el art. 61.3, conforme al cual *se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*, y ello sin perjuicio, no obstante, de la facultad de resolución de cualquier parte por incumplimiento posterior a la declaración del concurso (art. 62.1 LC). Esta última facultad quedará sujeta al criterio del juez, que podrá acordar el cumplimiento del contrato con cargo a la masa, atendiendo al interés del concurso.

(iii) También merecen mención las facultades de la administración concursal de rehabilitar contratos de préstamo o crédito (art. 68) o de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69) cuya resolución por incumplimiento del deudor se haya producido dentro de los tres meses anteriores a la declaración del concurso, o la facultad de rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento urbano (sin límite de plazo, en este caso — art. 70).

(iv) Finalmente, en caso de liquidación, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146).

#### 4. Efectos de la declaración sobre los actos perjudiciales para la masa activa

Una de las cuestiones más arduas de la anterior normativa de quiebras española era la llamada “retroacción de la quiebra”. En efecto, conforme al art. 878 del Código de Comercio de 1885, todos los actos del quebrado de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotrajeran

los efectos de la quiebra eran nulos de pleno derecho, es decir, afectados de nulidad radical y absoluta. La fecha de la retroacción, conforme al artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, debía ser la fecha *que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones* o, dicho de otro modo, la fecha de la efectiva insolvencia del deudor. La práctica conoció casos de retroacciones de hasta ¡9 años! A pesar de los intentos loables de una línea minoritaria de la jurisprudencia reciente de suavizar los efectos del instituto de la retroacción, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria mantuvo su carácter radical y absoluto, con toda la carga de inseguridad jurídica que ello comportaba.

Pues bien, este panorama ha sido finalmente modificado de manera radical por la LC, cuyo art. 71.1 establece ahora un sistema de rescindibilidad de *los actos perjudiciales realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración [de concurso] aunque no hubiera existido intención fraudulenta*.

El art. 71.2 presume *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial cuando se trate de actos de disposición a título gratuito (salvo liberalidades de uso) y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

Otros actos que se presumen perjudiciales, en este caso *iuris tantum* (art. 71.3), son los de disposición realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor y los de constitución de garantías reales para asegurar el cumplimiento de obligaciones preexistentes.

Finalmente, proscribiremos el art. 71.6 la rescisión de *los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizada en condiciones normales*.

Destacan en el nuevo sistema los siguientes aspectos:

(i) Se pone afortunadamente fin al automatismo que imperaba bajo la anterior normativa. La rescisión de un determinado

acto requerirá ahora el ejercicio de la correspondiente acción rescisoria y, para que ésta prospere, deberá acreditarse la existencia de perjuicio.

(ii) Se establece un límite temporal (2 años) a los efectos retroactivos de la declaración de quiebra.

(iii) El artículo 73 protege los intereses del tercero de buena fe y reconoce y respeta los derechos de terceros amparados por supuestos de irrevindicabilidad y protección registral, cuya posición jurídica deviene inatacable, debiendo quien hubiera sido parte en el acto rescindido devolver a la masa de la quiebra el valor que tuvieran los bienes salidos del patrimonio del deudor cuando salieron del mismo. Si quien contrató con el deudor obró de mala fe, será además condenado a indemnizar a la masa activa la totalidad de los daños y perjuicios causados a la misma.

#### IV — Valoración global

Si hubiese que explicar la LC en sólo unas líneas, cabría decir que la LC es eminentemente técnica y con una marcada

vocación de eficacia. La Ley aspira a enmendar todos los yerros y las ineficiencias de la anterior normativa, aspira a tener presentes los intereses de todas las partes implicadas en el concurso y no sólo algunas de ellas e introduce una alta dosis de racionalidad, unidad de tratamiento en la materia y flexibilidad, necesaria para tratar de modo unitario una realidades potencialmente muy diversas y reflejada en el alto grado de discrecionalidad de que la Ley dota al Juez del concurso. Al margen de ello, pocos son los principios de política legislativa que inspiran su articulado. Merece tal vez destacarse el tratamiento unitario de los grupos de sociedades, la preocupación por el difícil fenómeno de la insolvencia internacional o la notable tendencia que muestra la Ley por la conservación de la empresa del deudor concursado. En efecto, ésta se manifiesta en la clara preferencia por el convenio *versus* la liquidación de las empresas, en las normas que afectan a los derechos de los acreedores con privilegio especial en beneficio de la continuidad de la actividad del deudor o incluso en las normas sobre la liquidación del patrimonio del deudor.