

INCUMPLIMIENTO & INSOLVENCIA

Luis Manuel Piloñeta Alonso

1. A modo de introducción: el Derecho y su cumplimiento.- 2. Obligaciones contractuales e insolvencia del deudor.- 3. Fundamentos del Derecho Concursal: 3.1. ¿Salvamento o liquidación? 3.2. Del «favor creditoris» a la «exoneración» del pasivo insatisfecho, pasando por la «par conditio creditorum concurrentium».- 4. Marco normativo: el «nuevo» Texto Refundido de la Ley Concursal (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo): 4.1. Punto de partida: la Ley 22/2003, de 9 de julio. 4.2. Principios básicos: unidad legislativa, unidad de disciplina y unidad de sistema. 4.3. El proceso concursal y sus secciones. 4.4. La Ley 16/2022 de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.- 5. Estructura legal del Derecho concursal

1. A modo de introducción: el Derecho y su cumplimiento

La razón de ser y el fin último de todo Derecho es el cumplimiento efectivo de las obligaciones jurídicas. Tales obligaciones pueden venir impuestas por normas de Derecho objetivo y también pueden ser asumidas directamente por el propio deudor. En cualquier de ambos casos, en un Estado de Derecho que se precie, la mayor parte de las obligaciones se cumplen de forma voluntaria por los deudores. Sin embargo, cuando falla esa premisa y el cumplimiento no se produce, el Derecho pone a disposición de los acreedores medios coercitivos para la tutela de sus

intereses, al tiempo que regula las consecuencias de la infracción de su derecho.

El incumplimiento de una obligación, por causas imputables al deudor, constituye a este último en responsable civil de los daños y perjuicios causados; y comporta también el deber de proceder a su reparación. La garantía legal de que el deudor responderá de las consecuencias de la infracción de sus obligaciones alcanza tradicionalmente a la totalidad de los bienes patrimoniales (presentes y futuros) de aquel. Cfr. art. 1911 CC. La vigencia de este postulado, de responsabilidad patrimonial universal, supone la afección de todo el activo patrimonial del deudor al pago o cumplimiento efectivo de sus obligaciones. Pero esta declaración de principio no constituye, de suyo, una garantía plena de dicho cumplimiento ni resuelve la totalidad de los problemas que ello pudiera comportar, puesto que, llegado el momento del pago, nada asegura que el deudor disponga de recursos bastantes para saldar su deuda. Además, cuando el deudor es una persona natural, el mantenimiento a ultranza de este principio podría llegar a constituir una condena vitalicia y suponer para él un lastre «insalvable».

La posibilidad de no ver satisfechos los propios derechos y de tener que sufrir el daño o la pérdida que ello comporta constituye un riesgo al que se enfrenta todo acreedor. El riesgo ha sido siempre algo consustancial al funcionamiento de los mercados. Desde sus orígenes, el Derecho mercantil mantiene su particular cruzada contra los grandes problemas del tráfico económico y ha puesto todo su empeño en buscar fórmulas que permitan conjurar los efectos perjudiciales que el riesgo y la incertidumbre producen en el tráfico económico, hasta el punto de que muchas de sus instituciones

responden justamente a la necesidad de combatirlos, desde los seguros hasta la limitación de responsabilidad que rige en las sociedades de capital, pasando por todos los sistemas de garantía del crédito.

2. Obligaciones contractuales e insolvencia del deudor

En el plano de las relaciones contractuales, el principal riesgo al que se enfrenta un sujeto es la posibilidad de que sus deudores dejen de cumplir las obligaciones que tienen contraídas; y la causa más grave de ese incumplimiento es sin duda la insolvencia patrimonial de esos deudores, porque no sólo comporta la privación de las prestaciones objeto de tales obligaciones sino que afecta también a su propia capacidad para asumir, como responsables, las consecuencias dañosas de su incumplimiento.

Así las cosas, cuando una persona deviene insolvente y, por consiguiente, patrimonialmente incapaz de hacer frente al cumplimiento de todas sus obligaciones, la función del Derecho ha sido tradicionalmente la de disponer un marco ordenado en el que, tras constatar dicha situación, se pueda proceder al reparto paritario entre sus acreedores de las consecuencias de la materialización del riesgo de impago. De esto se encarga el **Derecho concursal**.

Así entendido, el Derecho concursal constituye el colofón y verdadero «banco de pruebas» del Derecho patrimonial. Es en las situaciones de crisis patrimonial, en las que se puede apreciar mejor la fortaleza de las instituciones y se pone de manifiesto la jerarquía de valores e intereses sobre la que se asienta un determinado sistema jurídico.

3. Fundamentos del Derecho Concursal

3.1. ¿Salvamento o liquidación?

Los orígenes históricos del concurso se hallan en la institución tradicional de la «bancarrota». La palabra bancarrota hace referencia a la acción de romper la mesa o banco utilizado por el mercader que incumplía sus obligaciones. Deriva del antiguo germanismo «bank» (mesa utilizada para vender mercancías) y el participio italiano «rotta». La propia etimología del término da idea de la concepción «sancionadora» que, durante años, ha presidido el tratamiento jurídico de las situaciones de quiebra e insolvencia, especialmente en el ámbito empresarial.

Durante la etapa mercantilista, la doctrina española del siglo XVII contribuyó en gran medida al desarrollo de la institución y es justo reconocer su extraordinaria aportación al desarrollo del Derecho Concursal. Destacan especialmente tratadistas como Amador Rodríguez, con su obra *Tractatus de concursu* (1616) y Francisco Salgado de Somoza, autor del *Labyrinthus creditorum concurrentium* (1646).

El tratamiento dispensado históricamente al concurso de acreedores ha estado marcado en cada momento por la respuesta a la disyuntiva fundamental a la que nos enfrentamos en cualquier situación de crisis empresarial y se halla en conexión directa con la finalidad última del concurso, que puede ser la del salvamento o la liquidación del patrimonio afectado de insolvencia. El difícil equilibrio entre una y otra vía no deja de constituir la manifestación, en el plano concursal, de la ecuación formada por las dos grandes doctrinas económicas: el liberalismo y el

proteccionismo. La tensión entre ambas soluciones ha orientado el desarrollo histórico y la evolución en cada momento del Derecho concursal.

¿Qué sucede en nuestro tiempo? La necesidad de superar el resultado liquidatorio de la gran mayoría de los concursos de acreedores. La pluralidad de reformas de la legislación concursal es una buena prueba de la ineficacia de la institución. Poco a poco se ha ido abriendo paso la idea de que la adopción a tiempo de medidas de restructuración patrimonial puede contribuir mucho más al reflotamiento de empresarios viables que someterlas a un procedimiento concursal. La apuesta por la instauración de mecanismos de alerta temprana y la anticipación de las negociaciones entre el deudor y los acreedores suponen también una «desjudicialización» de las situaciones de crisis empresarial.

3.2. Del «favor creditoris» a la «exoneración» del pasivo insatisfecho, pasando por la «par conditio creditorum concurrentium».

La regulación del concurso de acreedores se basa tradicionalmente en dos grandes principios: el de «favor creditoris» o la defensa de los intereses de los acreedores, en tanto que titulares legítimos de los derechos en cuestión y principales perjudicados por el estado de insolvencia del deudor; y el de «par conditio creditorum» o igualdad de trato que está llamada a presidir las actuaciones concursales, evitando situaciones de discriminación arbitraria entre los acreedores.

El Derecho Concursal sirve además de cierre y da carta de naturaleza a la aplicación efectiva del postulado de la limitación de responsabilidad que rige en las sociedades de capital, al disponer la

extinción de la personalidad jurídica de estas entidades, una vez decretada la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa. Más recientemente, la implantación de la exoneración del pasivo insatisfecho (que tras las últimas reformas ha dejado de configurarse como un «beneficio») permite también a las personas naturales, en esta misma situación y cuando concurren determinados requisitos, eximirse del pago de las obligaciones pendientes. De este modo, el Derecho concursal de nuestro tiempo incluye también entre sus fines la extinción de la deuda concursal y consiguiente liberación del deudor o de sus socios.

4. Marco normativo: el «nuevo» Texto Refundido de la Ley Concursal (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo)

El 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el nuevo texto refundido de la Ley Concursal. Su precedente inmediato y también la norma cuyas disposiciones han sido objeto de refundición es la Ley 22/2003, de 9 de julio.

Poco tiempo después, esta normativa hubo de adaptarse a los dictados de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre Marcos de Reestructuración preventiva, Exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre Medidas para aumentar la eficiencia de los Procedimientos de Reestructuración, Insolvencia y Exoneración de deudas, así como por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (más conocida como Directiva sobre reestructuración e insolvencia). De acuerdo con su tenor, España y los

demás Estados miembros vendrían obligados a adoptar y publicar, antes del 17 de julio de 2021, «las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido» en su texto.

4.1. Punto de partida: la Ley 22/2003, de 9 de julio

La modernización de la legislación concursal constituyó durante mucho tiempo «una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español», que se vio finalmente colmada con la promulgación de la Ley 22/2003, que marcó un hito fundamental en la regulación de la figura y acertó a homologar la regulación española en la materia a la de los Estados de nuestro entorno.

La Ley 22/2003 concibe el concurso como un proceso judicial dirigido, en primer lugar, a la consecución de un acuerdo entre el deudor concursal y sus acreedores (convenio) en orden al pago de los créditos. Alternativamente, el objetivo de la Ley ha sido disponer la liquidación ordenada del patrimonio del deudor concursal o su transmisión a terceros, en beneficio de sus acreedores.

Como declara su Exposición de Motivos, la Ley Concursal no supuso, sin embargo, una ruptura total con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda modificación del derecho vigente hasta entonces, realizada teniendo en cuenta las aportaciones doctrinales y pre-legislativas realizadas en el ámbito nacional y las más recientes concreciones producidas en la legislación comparada.

La Ley 22/2003 ha sufrido desde su promulgación múltiples reformas, hasta el punto de que no resulta fácil encontrar una norma legal que «en tan pocos años haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones». Ha sido precisamente esta acumulación de cambios la que motivó en un primer momento que la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitara al Gobierno para elaborar un texto refundido. El agotamiento del periodo inicialmente previsto llevó nuevamente al legislador a autorizar al Gobierno (en la disposición final tercera de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales) para proceder a la elaboración y aprobación del tan anunciando texto refundido de la ya «vieja» Ley, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa. La delegación legislativa se concibió en términos amplios, incluyendo la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición. Ello ha dado como resultado el Real Decreto Legislativo 1/2020.

4.2. Principios básicos: unidad legislativa, unidad de disciplina y unidad de sistema

Al igual que la norma de la que trae causa, el Texto Refundido de la Ley Concursal se apoya en tres principios básicos: unidad legislativa, unidad de disciplina y unidad de sistema.

El punto de partida ha sido, en efecto, la reunión en un único texto Legal de la regulación sustantiva o material y los aspectos propiamente procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que, por su naturaleza, hayan de adoptar el rango de Ley Orgánica, en línea con

la previa decisión del legislador de excluir la materia concursal del ámbito de aplicación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

La Ley Concursal prescinde de la tradicional dualidad de instituciones concursales previstas para comerciantes o empresarios y no comerciantes, una vez superado el cariz represivo o estigmatizador atribuido históricamente a la insolvencia profesional, nada obsta a la configuración común del concurso de acreedores, tomando eso sí como modelo o patrón la quiebra de los empresarios y partiendo del estatuto jurídico de estos (contabilidad y documentación, forma jurídica societaria, inscripción registral, etc.), a costa muchas veces de desatender las particularidades que concurren en las situaciones de insolvencia de las personas naturales no empresarias (consumidores).

Nada de lo anterior impide al Texto Refundido en su versión inicial dedicar un título (el XIV de su Libro primero) a los «concurso de acreedores con especialidades» (arts. 567 a 582); o seguir previendo un procedimiento especial o «abreviado» aplicable a los aquellos concursos considerados menores que el juez considera que no revisten especial complejidad (Capítulo II del Título XII, arts. 522 a 531).

La unidad de sistema o de procedimiento concursal se basa en su flexibilidad normativa, que le permite adaptarse a las diversas situaciones, sin perder de vista la finalidad esencial –aunque no sea la única– de todo concurso que no es otra que procurar la satisfacción de los intereses de los acreedores. La concepción unitaria del procedimiento alcanza especialmente al presupuesto objetivo del concurso, identificado con la insolvencia concebida como el estado patrimonial –patológico– del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero la constatación

de esa insolvencia opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. La Ley legitima para solicitar la declaración en concurso al propio deudor o a sus acreedores. La solicitud de su concurso constituye un acto debido para el deudor, siempre que conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia. En estos supuestos, la Ley permite también al deudor anticiparse e instar su declaración de concurso cuando su insolvencia no sea actual sino «inminente». Por el contrario, concurso es solicitado por los acreedores debe incluir pruebas o indicios suficientes para fundamentar su pretensión y han de respetarse en todo caso las garantías procesales del deudor, que deberá ser emplazado y podrá oponerse.

El sistema legal trata de combinar las garantías del deudor y la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial acreciente el perjuicio de sus acreedores. Ello se traduce en el establecimiento legal de medidas dirigidas a estimular la pronta solicitud de concurso, por parte tanto del deudor como de los acreedores, y en la imposición al primero de sanciones cuando incumpla el deber de hacerlo.

La flexibilidad del procedimiento concursal se aprecia también en la eficacia de la declaración de concurso. Por lo que respecta al deudor, se atenúan los establecidos por la legislación precedente y se suprimen los de carácter represivo. La «inhabilitación» se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable y se prevé como sanción temporal para las personas afectadas. En principio, una vez declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a la intervención de la administración concursal en el concurso voluntario o se

suspende y atribuyen a la propia administración concursal en el necesario. Se atenúa también la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones, que pasa a ser de anulabilidad, al tiempo que se prohíbe el acceso de los mismos a registros públicos. El deudor común viene obligado a colaborar con los órganos del concurso, informándoles de cuanto sea de interés de éste, auxiliándoles en la conservación y administración de la masa activa y poniendo a disposición de la administración concursal los libros y documentos relativos al ejercicio de su actividad profesional o empresarial.

Partiendo de la concepción del deudor como empresario o profesional, la legislación concursal prevé que la declaración en concurso de un deudor, por sí sola, no interrumpa el ejercicio de su actividad mercantil, sin perjuicio de la mayor o menor incidencia que pueda tener sobre sus facultades patrimoniales. El Juez de concurso tiene atribuidas amplias potestades para decidir el cierre de locales, establecimientos o explotaciones, e incluso el cese o la suspensión, total o parcial, de dicha actividad, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.

La Ley centra básicamente su atención en el concurso de las personas jurídicas y las consecuencias que, en este caso, produce la declaración judicial. Durante la tramitación del concurso se mantiene la estructura organizativa de los deudores societarios, que coexiste con la administración propiamente concursal. La consecuencia más severa prevista legalmente es la posibilidad de que los administradores y liquidadores de la sociedad concursada sean considerados responsables de los daños y perjuicios sufridos por los acreedores en los concursos que

merezcan la calificación de «culpables». De igual modo, se regulan los efectos del concurso de la sociedad sobre los socios subsidiariamente responsables de las deudas de esta, atribuyendo a la administración concursal la legitimación necesaria para ejercitar acciones frente a ellos, una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación. Con lo que se evita tanto la extensión automática del concurso a personas que, aun siendo responsables de las deudas sociales, resultan solventes, como las eventuales reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios.

Por debajo del juez concursal, la Ley encomienda a la administración concursal funciones muy relevantes en el desarrollo del concurso. El administrador concursal es designado por el juez y su retribución debe ser también aprobada por el mismo, de acuerdo con la reglamentación dictada al efecto. La Ley se ocupa, asimismo, de su régimen de responsabilidad frente al concursado y a los acreedores, así como de su separación por justa causa. El órgano de administración se encarga de intervenir los actos patrimoniales del deudor o, en su caso, de sustituirle cuando hubiera sido privado de sus facultades patrimoniales.

Además, el administrador concursal corre a cargo de la redacción del informe sobre la situación del patrimonio del deudor, que ha de ir acompañado del inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la valoración de las propuestas de convenio que hubieran podido presentarse. El inventario contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos que integran la masa activa. La lista de acreedores incluirá una relación de los reconocidos y otra de los excluidos, así como una adicional, separada, con los titulares de créditos contra la masa. En este sentido, el órgano de administración habrá de pronunciarse asimismo sobre la

inclusión o no de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento, ya hubieran sido comunicados en el plazo y en la forma legales, resulten de los libros y la documentación del deudor o por cualquier otro medio. A su vez, los créditos concursales reconocidos se clasificarán, conforme a la Ley, en «privilegiados» –ya sea con privilegio especial o general–, «ordinarios» y «subordinados».

Por lo que respecta a los efectos del concurso sobre los acreedores, la Ley dispone la paralización de las acciones individuales promovidas por los mismos contra el patrimonio del concursado y su integración en la masa pasiva del concurso. La medida no afecta, sin embargo, a las acciones declarativas de los órdenes civil o social que se estuvieran tramitando en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia; ni a las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, aun cuando pudieran ejercitarse con posterioridad a la declaración. Pero sí afecta a las acciones de carácter ejecutivo (incluidos los apremios administrativos o tributarios) que no podrán entablarse o quedarán en suspenso.

Una de las principales novedades que incorpora la Ley es el especial tratamiento dispensado a las acciones dirigidas a la ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, que pasa por el respeto a la naturaleza propia de los derechos reales que incorporan y el reconocimiento de los inconvenientes de su ejecución para el desarrollo y las posibles soluciones del concurso. El resultado es una fórmula que pasa por la paralización temporal de las ejecuciones durante el proceso de negociación. Este efecto se considera adecuado para la composición de los diversos intereses concurrentes.

Por lo demás, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado. De no resultar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía; y su ejecución se tramitará ante el juez del concurso. Sin embargo, mientras subsista la paralización temporal de estas acciones, la administración concursal podrá optar por atenderlos con cargo a la masa. El Juez podrá, asimismo, autorizar su realización con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la posición del deudor, o bien mediante venta directa aplicando el precio al pago del crédito especialmente privilegiado.

La Ley ha prestado especial atención a la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, una de las materias peor tratadas en el anterior Derecho y, por ello mismo, más necesitadas de reforma. En su virtud, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, aunque se prevé la posibilidad de una declaración judicial de resolución o su enervación, aun cuando pudiera haberse producido un incumplimiento resolutorio. La Ley no admite la eficacia de cláusulas contractuales de resolución o extinción por el mero hecho de la declaración de concurso, pero salva la aplicación de normas legales disponiendo dicha extinción o facultando expresamente a las partes para estipularlas o para proceder a la denuncia de tales contratos.

La Ley dio un nuevo tratamiento a los efectos del concurso sobre los actos realizados por el deudor con carácter previo a su declaración, durante

el denominado periodo de sospecha. El antiguo sistema de retroacción fue sustituido por el establecimiento de acciones de reintegración dirigidas a la rescisión judicial de los actos de disposición susceptibles de ser considerados perjudiciales para la masa activa, lo que se presume en unos casos y debe probarse en otros. Entretanto, la posición de los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por la reintegración se hace depender de su buena o mala fe, así como de la vigencia de las normas del registro o en materia de *irrevindicabilidad*.

La regulación de la clasificación de los créditos concursales constituye uno de los aspectos más novedosos de la reforma. La Ley Concursal llevó a cabo una auténtica poda de privilegios y preferencias, reduciéndolos sustancialmente conforme a su tenor, como una consecuencia –más– de la vigencia del principio de igualdad de trato y la consiguiente limitación de sus excepciones. Dichas excepciones pueden ser positivas o negativas, con respecto a los créditos considerados ordinarios. Las primeras se concretan en los denominados privilegios «especiales» o «generales», atendiendo a sus garantías y la causa o naturaleza de los mismos. Los acreedores privilegiados sólo quedarán afectados por los convenios adoptados con su conformidad y, en caso de liquidación, tendrán prioridad de cobro respecto a los acreedores ordinarios. Pero la Ley ha reducido el número y, en ocasiones, la propia entidad de los créditos privilegiados, al objeto de evitar que el patrimonio concursal se agote con el pago de estos créditos y propiciando su aplicación, en la medida de lo posible, al pago del resto de los acreedores.

Las excepciones negativas al postulado de «par conditio creditorum» vienen dadas por los créditos considerados «subordinados». Integran esta

nueva categoría los créditos cuyo pago resulta postergado legalmente con respecto a los ordinarios, debido a su tardía comunicación, en virtud de pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la consideración de sus titulares como personas especialmente vinculadas con el concursado o su actuación de mala fe en perjuicio de la masa. Los acreedores subordinados carecen, asimismo, de derecho de voto en la junta de acreedores y, de optarse por la liquidación, no verán satisfechos sus créditos hasta el pago íntegro de los ordinarios.

La Ley prevé dos soluciones para el concurso: el convenio de acreedores y la liquidación, que habrá de tramitarse conforme a su normativa. El convenio se nos presenta como la solución normal o primaria del concurso, apareciendo en cuanto tal fomentada por el legislador a través de una serie de medidas tendentes a la adopción de este tipo de negocio jurídico, en el que la autonomía de la voluntad goza de importantes márgenes de actuación. Entre estas medidas, destaca la admisión de propuestas anticipadas de convenio presentadas por el deudor común con su propia solicitud de concurso voluntario o hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, viniendo acompañada de las adhesiones previstas legalmente; o la apertura automática de la fase de convenio cuando el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, una vez concluido el trámite de impugnación del inventario y la lista de acreedores; así como la posibilidad legal de tramitar y presentar ante la junta de acreedores las propuestas de convenio, aun cuando no hubieran obtenido adhesiones suficientes para su aprobación. El contenido de las diferentes propuestas de convenio resulta, por lo demás, muy flexible, pudiendo

consistir en la rebaja de monto de los créditos (quitas), la concesión de aplazamientos de pago (esperas) o en la combinación de ambas, aunque la Ley limita la posible entidad de unas y otras; también se admite la presentación de propuestas alternativas, como las de conversión de créditos en cuotas societarias o en créditos participativos, sin llegar en ningún caso a las cesiones en pago o para pago de bienes y derechos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, que terminen desnaturalizando la esencia propia del convenio. A tal efecto, se exige que la propuesta de convenio venga acompañada de un plan de pagos en orden a su cumplimiento. El convenio resulta por lo demás un instrumento idóneo para permitir la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, en cuyo caso se acompañará también de un plan de viabilidad. Y ello a pesar de que, como reconoce la propia Exposición de Motivos, el objeto o finalidad del concurso de acreedores no es el saneamiento de las empresas en dificultades. Pero un convenio de continuidad puede contribuir al pago de los créditos concursales y terminar beneficiando no sólo al concursado y a sus trabajadores sino también a los acreedores. En cualquier caso, todo convenio deberá contar con la aprobación del Juez del concurso y permitir la oposición a la misma de las personas interesadas. La conclusión del concurso no llega con esa aprobación sino con el cumplimiento íntegro del convenio aprobado.

La Ley permite al concursado optar por la liquidación de su patrimonio como solución alternativa del concurso y le impone el deber de solicitarla cuando, durante la vigencia de un convenio aprecie la imposibilidad de hacer frente a los pagos comprometidos y las obligaciones

contraídas con posterioridad a su aprobación. Así entendida, la liquidación se nos presenta como una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio. La unidad y la flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos dar entrada, de forma rápida y eficaz, a la fase de liquidación, en lo que constituye otra de las indudables ventajas ofrecidas por el actual sistema concursal. Los efectos legales de la liquidación son, evidentemente, más severos. El deudor concursado verá suspendidas en todo caso sus facultades patrimoniales de administración y disposición, que pasarán a la administración concursal; perderá el derecho a alimentos con cargo a la masa si fuese persona natural; y, tratándose de una persona jurídica, se decretará su disolución (de no estar ya acordada) y el cese de sus administradores o liquidadores. La liquidación conllevará el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, al que podrán formular observaciones y propuestas el concursado y los acreedores, antes de su aprobación por el Juez. La normativa legal reguladora de las operaciones de liquidación sólo vendrá en aplicación supletoriamente, cuando el plan no sea aprobado judicialmente o en lo no previsto por el plan aprobado. Aun en el marco liquidatorio, la Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios que componen la masa activa, planteando su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso la división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos, dando clara prevalencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa.

A fin de evitar la excesiva prolongación en el tiempo de las operaciones de liquidación, el legislador impone a la administración

concurzal el deber de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le confiere el plazo de un año para su finalización, previendo sanciones de separación y pérdida del derecho a retribución en caso de incumplimiento.

El pago a los acreedores se regula dentro de la fase de liquidación. Los créditos contra la masa tienen carácter pre-deducible y han de ser satisfechos a sus respectivos vencimientos, con carácter previo a los créditos concursales, aunque sin emplear los bienes y derechos afectos al pago de los créditos especialmente privilegiados. A continuación, se abonarán los créditos con privilegio especial. La Ley se muestra flexible a la hora de plantear el pago de estos créditos permitiendo que se lleve a cabo, en interés de la masa, sin cargo a los bienes o derechos afectos. Seguidamente, se pagarán los bienes con privilegio general. Después, los ordinarios; y, en último lugar, los subordinados.

Otro de los aspectos cardinales de la Ley es el relativo a la calificación del concurso. La apertura de la sección de calificación del concurso se limita a los supuestos en que el convenio aprobado resulta especialmente gravoso para los acreedores (debido a la cuantía de la quita o la duración de la espera) y a los de apertura de la liquidación. El concurso puede ser calificado de fortuito o de culpable. La calificación de culpable se reserva a los concursos en que la generación o agravación del estado de solvencia se hubieran debido a dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales. Mientras que en los demás casos el concurso se calificará de fortuito. Si el preceptivo informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, se producirá el archivo de las actuaciones, sin más trámites.

La Ley tipifica una serie de supuestos que, por su índole, determinan la culpabilidad del concurso, para enunciar seguidamente otros que, presuntamente y salvo prueba en contrario, conllevan esta misma calificación por constituir incumplimientos de las normas concursales. La sentencia que califique el concurso como culpable determinará también las personas responsables y, en su caso, las consideradas cómplices, sancionando a unas y otras con la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar a otros por un periodo de dos (2) a quince (15) años; y con la pérdida de cualquier derecho que pudiera corresponderles como acreedores concursales o de la masa; al tiempo que les condenará a devolver los bienes y derechos indebidamente obtenidos del deudor o recibidos de la masa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. Tales efectos se limitan a la esfera civil de las personas y no trascenderán al ámbito penal ni constituyen condiciones de pre-judicialidad en orden a la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delito.

Son muchas y diversas las causas legales de conclusión del concurso. Puede deberse a que la apertura del mismo no fue ajustada a derecho (revocación del auto de declaración de concurso), a la consecución de objetivos (cumplimiento del convenio, íntegra satisfacción de todos los acreedores), a la frustración de los mismos (inexistencia de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores), o bien al poder de disposición de las partes durante el procedimiento (desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos, transacción, debidamente homologadas por el Juez previo informe de la Administración concursal).

4.3. El proceso concursal y sus secciones

La competencia material para conocer de todos los procesos concursales fue atribuida inicialmente, en régimen de exclusiva, a los Juzgados de lo Mercantil, creados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal; e introducidos coincidiendo con la reforma en la legislación orgánica del poder judicial. El carácter universal del concurso justificaba la concentración en el nuevo órgano jurisdiccional de este tipo de procesos. Esta unidad jurisdiccional se mantuvo hasta la promulgación de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio, que confirió a los juzgados de primera instancia competencia para conocer de los concursos de las personas naturales no empresarios.

La Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye, por lo demás, al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en todas aquellas cuestiones consideradas de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, incluidas las de carácter social, así como las relativas a la ejecución y cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El juez del concurso goza de amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a dotar de mayor flexibilidad al procedimiento y favorece su adaptación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez alcanzan a cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la acumulación de concursos; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los

efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos.

Por lo demás, la Ley divide el procedimiento concursal en seis secciones, al tiempo que prevé la ordenación de las actuaciones a que pueda dar lugar en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes:

Sección primera: relativa a la declaración de concurso, medidas cautelares, resolución final de la fase común, conclusión y, en su caso, reapertura del concurso.

Sección segunda: dedicada a la administración concursal, nombramiento y estatuto de los administradores concursales, determinación y ejercicio de sus facultades, rendición de cuentas y eventual exigencia de responsabilidades a los mismos.

Sección tercera: cuyo objeto es la determinación de la masa activa, autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, y deudas de la masa.

Sección cuarta: dirigida a la determinación de la masa pasiva, comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y pago a los acreedores; asimismo, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado.

Sección quinta: concerniente al convenio o la liquidación, incluidos el convenio y la liquidación anticipados.

Sección sexta: sobre la calificación del concurso y sus efectos.

Paralelamente, el concurso se descompone en tres grandes fases: una primera o «común»; otra de «convenio» o, alternativamente, de «liquidación»; y una tercera de «conclusión».

4.4. La Ley 16/2022 de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

El pasado 6 de septiembre de 2022 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5-5-2020, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20-6-2019 (DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA) sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades

Apenas dos años después de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal, mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, se acomete ya una extensa y profunda modificación de su articulado, que está llamada a incidir en aspectos muy importantes de la institución.

La reforma ha querido proporcionar a los empresarios que atraviesen dificultades financieras, pero cuyo negocio se considere viable, medios para

que procedan a la reestructuración temprana de su patrimonio y puedan continuar su actividad, salvando o encauzando su situación de insolvencia. También se dirige a favorecer la posibilidad de que las personas naturales insolventes se acojan al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y, tras un periodo de tiempo razonable, puedan empezar de nuevo, dejando de responder del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes.

Otro de los objetivos de la reforma es mejorar la eficiencia del procedimiento concursal y reducir su duración, prestando especial atención a las denominadas «microempresas», que dispondrán de un procedimiento específicamente adaptado a sus necesidades y especiales características.

La reforma se enmarca, además, en el actual contexto económico y se propone contribuir a minimizar el impacto económico de la pandemia causada por el COVID 19, favoreciendo el mantenimiento de empresas viables y evitando en lo posible la destrucción de tejido productivo.

5. Estructura legal del Derecho concursal

A continuación resumimos la estructura del Texto Refundido de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 16/2022 y nos fijamos en el contenido básico de los epígrafes de sus títulos.

LIBRO SEGUNDO. Del derecho preconcursal [arts. 583 a 684]

TÍTULO I. De los presupuestos del precurso [arts. 583 a 584]

TÍTULO II. De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores [arts. 585 a 613]

TÍTULO III. De los planes de reestructuración [arts. 614 a 671]

TÍTULO IV. Del experto en la reestructuración [arts. 672 a 681]

TÍTULO V. Régimen especial [arts. 682 a 684]

LIBRO PRIMERO. Del concurso de acreedores [arts. 1 a 582]

TÍTULO I. De la declaración de concurso [arts. 1 a 43]

TÍTULO II. De los órganos del concurso [arts. 44 a 104]

TÍTULO III. De los efectos de la declaración de concurso [arts. 105 a 191]

TÍTULO IV. De la masa activa [arts. 192 a 250]

TÍTULO V. De la masa pasiva [arts. 251 a 288]

TÍTULO VI. Del informe de la administración concursal [arts. 289 a 314]

TÍTULO VII. Del convenio [arts. 315 a 405]

TÍTULO VIII. De la liquidación de la masa activa [arts. 406 a 428]

TÍTULO IX. Del pago a los acreedores concursales [arts. 429 a 440]

TÍTULO X. De la calificación del concurso [arts. 441 a 464]

TÍTULO XI. De la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores [arts. 465 a 507]

TÍTULO XII. De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos [arts. 508 a 551]

TÍTULO XIII. De la publicidad del concurso [arts. 552 a 566]

TÍTULO XIV. De los concursos de acreedores con especialidades [arts. 567 a 582]

LIBRO TERCERO. Procedimiento especial para microempresas [arts. 685 a 720]

TÍTULO I. Reglas comunes [arts. 685 a 696]

TÍTULO II. Procedimiento de continuación [arts. 697 a 704]

TÍTULO III. Procedimiento de liquidación [arts. 705 a 720]

LIBRO CUARTO. De las normas de derecho internacional privado [arts. 721 a 755]

TÍTULO I. Disposiciones generales [arts. 721 a 722]

TÍTULO II. De la ley aplicable [arts. 723 a 741]

TÍTULO III. Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia [arts. 742 a 748]

TÍTULO IV. De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia [arts. 749 a 752]

TÍTULO V. De las especialidades del Derecho preconcursal [arts. 753 a 755]

Disposición adicional primera. Haciendas Forales

Disposición adicional segunda. Participación de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación en los procedimientos de mediación concursal.

.....

Oviedo (2023)