

## LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CRÉDITOS

NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ<sup>\*/\*\*</sup>

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS EFECTOS DE LA CONCURSALIDAD: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor. 3. Las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor.- III. LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN SENTIDO ESTRICTO: 1. La determinación de la cuota de responsabilidad. 2. La lista de acreedores y la transformación de los créditos en el concurso 3. Crítica del sistema legal y reconstrucción del modelo.- IV. CONCLUSIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

El tema escogido para este estudio es el relativo a los efectos del concurso sobre los créditos y lo hemos hecho con el propósito de analizar uno de los ejes vertebradores del mismo: el que determina de qué modo se ven afectados los créditos a resultas de su participación en el procedimiento concursal. El otro eje, cuyo análisis dejamos para mejor ocasión, es el que tiene que ver con la determinación de los bienes que quedan sometidos a dicho procedimiento o *determinación de la masa activa del concurso*. Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis hemos de realizar una par de advertencias. La primera advertencia es la que tiene que ver con el tema elegido: la categoría de los efectos del con-

---

\* Profesora Asociada de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

\*\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación 1005020004-541D008-640, que lleva por título "Gobierno corporativo y Análisis Económico del Derecho", dirigido por C. Paz-Ares y financiado por la Fundación BBVA. Lo mismo sucede con los comentarios a los artículos 58, 85, 86, 87, 88, 112, 135, 136 y 140.4 de la Ley concursal de los que soy autora y que se integran en la obra colectiva "Comentarios a la Ley concursal" dirigida por los profesores A. Rojo y E. Beltrán, de inminente publicación. Dificultades relacionadas con la ordenación de dicha obra han impedido que se incluyera esta referencia en el pie de página de dichos trabajos. Por ello se añade ahora a este artículo, que se entrega al Consejo de Redacción de la RJUAM una vez que se han corregido primeras pruebas de aquéllos.

curso sobre los acreedores que nos presenta en la Ley concursal es muy heterogénea (v. capítulo II del Título III). En concreto, ésta se compone de cuatro piezas: *la primera* es la relativa a los efectos del concurso sobre las acciones individuales, que de forma más técnica se conocen como *efectos de la concursalidad* (v. sección segunda, arts. 50 a 57 LC); *la segunda se corresponde con los efectos del concurso sobre los créditos en sentido estricto*, o utilizando la terminología de la Ley, efectos sobre los créditos en particular (v. sección tercera, arts. 58 a 60 LC); la tercera está rubricada como *los efectos del concurso sobre los contratos* (capítulo III, arts. 61 a 70 LC) y la cuarta como *los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa* (capítulo IV, arts. 71 a 73 LC). Pues bien, aunque encuadradas sistemáticamente entre los efectos del concurso sobre los acreedores, ni la cuestión los efectos del concurso sobre los contratos ni la relativa a los actos perjudiciales para la masa activa tienen nada que ver con lo que son propiamente efectos del concurso sobre los créditos. En el primer caso, estamos ante un conjunto de reglas que disciplina la continuidad de los contratos en las situaciones concursales y que se proyecta con particular intensidad respecto de los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución, así como respecto de aquellos otros negocios cuya base pueda verse afectada por el concurso (p.ej., sociedad, mandato, etc.). En el segundo caso, se trata de la clásica operación de reintegración o recomposición de la masa activa del concurso a la que se le debería haber asignado otro lugar en la Ley (p.ej., en el Título IV en el que se expone el contenido del informe de la administración concursal y se trata la determinación de las masas activa y pasiva del concurso)<sup>1</sup>. La segunda advertencia tiene que ver con el contenido mismo del trabajo. El lector que se aproxime a estas páginas no encontrará una exégesis de los preceptos que se dedican a estos temas en la Ley. El propósito de nuestro trabajo es mucho más sencillo: se trata de sacar a la luz el hilo conductor en torno al que se ordena ese cajón de sastre que son los efectos del concurso sobre los créditos y cuya lógica y ha permanecido oculta durante no poco tiempo.

Para organizar la exposición este artículo se va a dividir en dos partes: la primera, en la que examinaremos los efectos del concurso sobre las acciones individuales de los acreedores (v. *infra* II); y la segunda en la que abordaremos el estudio de la deformación que padecen los créditos durante el concurso o lo que son los efectos del concurso sobre los créditos propiamente dichos (v. *infra* III).

---

<sup>1</sup> De hecho, en su exposición sistemática de la Ley, E. BELTRÁN, en “El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003”, *Dir.Fall.*, nº. 3-4, 2004, pp. 778 ss., pp. 790-792, lo encuadra en la sección dedicada a la determinación de la masa activa y no entre los efectos del concurso sobre los créditos.

## II. LOS EFECTOS DE LA CONCURSALIDAD

### 1. Planteamiento de la cuestión

Para entender el bloque de consecuencias que sigue a la declaración del concurso hay que empezar recordando qué es el propio concurso. Como es sabido, el concurso es un *procedimiento de realización colectiva* de los derechos de crédito. Si no existiera el concurso, desde el momento en que los acreedores supieran que su deudor es insolvente, se lanzarían a una carrera desenfrenada por tratar de ser los primeros en alcanzar los bienes del deudor y ejecutarlos para dar completa satisfacción a sus créditos<sup>2</sup>. En esa terrible carrera habría algunos acreedores que llegarían los primeros y que conseguirían cobrar su crédito totalmente; habría otros acreedores que llegarían “con el grueso del pelotón” y que con mucho esfuerzo lograrían cobrar sólo una parte de sus créditos; y, por fin, habría un grupo de acreedores, que no se enteraron o que se enteraron tarde de la situación de insolvencia en la que se encontraba el deudor, y que llegarían cuando ya no quedarían bienes sobre los que cobrarse. Se plantea así lo que se denomina el “dilema del caladero común” respecto de la realización del patrimonio insolvente<sup>3</sup>. Pues bien, precisamente el concurso es el procedimiento puesto en pie por el legislador para evitar ese comportamiento egoísta de los acreedores que luchan por alcanzar el patrimonio del deudor. Si se prefiere, formulado de una manera más formalizada, el concurso es un procedimiento que sustituye las acciones individuales de cada uno de los acreedores para la defensa de sus derechos de crédito por un procedimiento colectivo para tratar de satisfacerlos en la medida de lo posible. Siendo esto así, tiene sentido que una de las consecuencias que se deriven de la declaración de concurso sea *la paralización de cualquier actuación individual sobre el patrimonio del deudor*. Como avanzábamos, esto es lo que en sentido técnico se denominan efectos de la concursalidad y que la Ley concursal coloca bajo la rúbrica “De los efectos sobre las acciones individuales” (sección II, de ese capítulo II rubricado como “De los efectos sobre los acreedores”). En esa sección el legislador aborda tres tipos de problemas. El primero es el que plantean *las acciones*

---

<sup>2</sup> En este punto es ya clásica la cita del trabajo de T.H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986, pp. 7-18. En la literatura alemana, adopta una línea similar H. EIDENMÜLLER, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, Colonia, 1999, pp. 17-27. Entre nosotros, v. N. BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, pp. 465-514 o, respecto del modelo adoptado en el Reglamento europeo de insolvencia, v. M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, pp. 75-76.

<sup>3</sup> Éste es formulado por JACKSON, *The Logic*, pp. 11-13.

*declarativas* que bien se encuentran *pendientes*, o que bien *han de ejercitarse contra el patrimonio del deudor*. En definitiva, se trata de determinar qué sucede con dichas acciones una vez que es declarado el concurso (v. *infra* 2). El segundo problema es el que plantean *las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor*, sean civiles, laborales o apremios administrativos. Y el tercero tiene que ver con los problemas que la *ejecución* de las garantías reales suscita en este procedimiento (v. *infra* 3).

## 2. Las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor

Comenzamos abordando el análisis del primer bloque de cuestiones, esto es, *las acciones declarativas contra el patrimonio del deudor*. En efecto, como lo que se trata de evitar es esa carrera desenfrenada entre los acreedores que intentan obtener satisfacción para sus créditos, la regla general es la siguiente: *las acciones declarativas frente al patrimonio del deudor no quedan afectadas por la declaración de concurso*. Formulado de otro modo, los acreedores podrán seguir ejercitando las acciones declarativas que tengan por conveniente sobre ese patrimonio y, respecto de los juicios ya iniciados, éstos continuarán hasta que se obtenga sentencia firme (arts. 50.1 y 51.1 LC). Dicho esto, inmediatamente hay que reconocer que la Ley concursal impone alguna matización a esta afirmación. La principal es la que procede de la *vis attractiva concursus*, que altera en buena medida las reglas ordinarias de competencia judicial. Así, entre otras cuestiones, el juez del concurso es el competente para conocer de ciertos temas laborales -i.e., de las acciones que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo del empleador concursado; o de la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección-, así como de todas las acciones civiles con transcendencia patrimonial dirigidas frente al concursado, quedando a salvo las relativas a los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores del Título I, Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (v. arts. 8.1 y 2 LC). En lo que a nosotros nos interesa, eso significa que el juez del concurso conocerá de estos declarativos civiles y sociales que sean de su competencia y que hayan de iniciarse al tiempo de la declaración del procedimiento (art. 50 LC). Por el contrario, aquellas cuestiones que no sean competencia del juez del concurso (p.ej., las restantes cuestiones sociales, materia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la penal, etc.), seguirán siendo conocidas por los jueces competentes hasta el término del mismo (art. 50.1 LC). En el caso de los juicios *declarativos ya iniciados* antes de la apertura del procedimiento, la *vis attractiva* impone la acumulación de éstos al concurso siempre que en materia de su competencia el juez estime que su resolución tendrá transcendencia para la formación del inventario o de la lista de acreedores (p.ej., porque a resultas de ese juicio vaya a determinarse si un bien concreto pertenece al patrimonio del deudor, o si existe o no un determinado crédito contra

el concursado)<sup>4</sup>. La duda que nos surge de inmediato es si esa atracción hacia el concurso de las acciones contra el patrimonio del deudor se encuentra justificada<sup>5</sup>. En nuestra opinión no lo está y ello por dos motivos. Por una parte, porque existe un fuerte *riesgo de contaminación* de la resolución judicial por el interés del concurso. Dicho riesgo consiste en que el juez del concurso resuelva el caso que se le plantea atendiendo más a las consecuencias que su resolución pueda tener para el procedimiento que a las circunstancias concretas del mismo. Vamos a ilustrar esta afirmación con un ejemplo. Imaginemos que Cayo es el dueño de una planta química y que se produce un escape de un producto tóxico. A resultas de este escape resultan dañadas propiedades y personas en cincuenta kilómetros a la redonda. Tal es el volumen de las reclamaciones para reparar esos daños que Cayo solicita voluntariamente la declaración de concurso. Pues bien, desde el momento en que éste es declarado, cualquier litigio relacionado con estos daños pasará a ser conocido por el juez del concurso. Cabe, entonces, prever que éste sea asaltado por la tentación de resolver los casos presentados en función del procedimiento, fijando, por ejemplo, el monto de la indemnización que puedan obtener los perjudicados en atención a los recursos disponibles o denegando el derecho a percibir la indemnización en los supuestos dudosos a la vista de la dificultad de obtener el cobro<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sobre todas estas cuestiones, v., por ejemplo, F. CORDÓN, *Proceso concursal*, Pamplona, 2003, pp. 109-113 o E. HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2004, pp. 310-313.

<sup>5</sup> J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, "Comentario al artículo 50 LC", en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 279 ss., pp. 287-288 considera innegable la conveniencia de que el juez del concurso conozca de estas reclamaciones, pero entiende que, en el fondo, se trata de una solución no necesaria, sino de mera conveniencia. Asimismo, M.J. MARÍN LÓPEZ, "Comentario al artículo 55 LC", en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 563 ss., p. 567, considera que no existen argumentos para atraer al concurso los juicios declarativos futuros. Sin embargo, para M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, "Comentario al artículo 8 LC", en M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 61 ss., pp. 68-69 se trata de una solución razonable. En la misma línea, v. P. VILA FLORENSA, "Comentario al artículo 8 LC", en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 129 ss., p. 132.

<sup>6</sup> Sobre estas cuestiones, resulta interesante la lectura del informe presentado por el LEGAL DEPARTMENT. INTERNATIONAL MONETARY FOUNDT, *Orderly & Effective Insolvency Procedures. Key Issues*, Washington, 1999, p. 79, donde, a pesar de abogarse por la especialización y por atribuir competencia exclusiva al juez del concurso para el conocimiento de las materias que puedan tener impacto en el patrimonio del deudor (p.ej., la reclamación del deudor frente a un tercero), entiende que deben excepcionarse materias tales como las disputas sobre la titularidad de los bienes o la determinación de la responsabilidad del deudor por daño extracontractual.

Además de lo anterior existe, por otra parte, el riesgo evidente de sobrecargar de trabajo del juez del concurso que ya no sólo atiende al procedimiento, sino a los juicios declarativos que puedan afectar al mismo. Si lo que se pretendía con esta Ley era aumentar la celeridad en la tramitación del procedimiento, hay que reconocer que la vía escogida no ha sido la mejor posible<sup>7 8</sup>.

La *vis attractiva concursus* extiende su eficacia fuera del ámbito jurisdiccional para afectar también al *ámbito arbitral*. Sólo así se explica la regla en virtud de la cual los convenios arbitrales quedan sin valor durante la tramitación del procedimiento (art. 52.1 LC). La razón no es otra que permitir al juez del concurso ejercer su competencia en aquellas materias en las que la tenga atribuida<sup>9</sup>. Pero, seguramente, también habrá pesado en la decisión del legislador el afán de evitar comportamientos defraudatorios que podrían manifestarse con mayor facilidad en sede arbitral que en sede jurisdiccional (p.ej., asignando derechos de crédito a sujetos que son amigos del deudor y que, en puridad, no eran acreedores de éste al tiempo de la declaración de concurso con el propósito de poner a salvo de los acreedores concursales algún valor;

<sup>7</sup> Respecto del interés del legislador en lograr una “pronta, eficaz y económica tramitación” del concurso, v. el apartado X de la Exposición de Motivos de la propia Ley concursal. Partiendo de la razonabilidad de la medida, constata este efecto “colateral” de la misma, B. GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, “Efectos de la declaración de concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor”, en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/M.Mª. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 241 ss., p. 247. Sobre la importancia de obtener respuestas rápidas de los jueces que se encargan de conocer las cuestiones concursales, son coincidentes los informes del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. Así, v. IMF, *Orderly & Effective*, pp. 78-80 y THE WORLD BANK, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, 2001, principio 31, pp. 59-60, n° 217, disponible en <http://www.worldbank.org/gild>.

<sup>8</sup> Además, esta solución contrasta con la existente en otros modelos, en los que se mantiene la competencia del juez natural para el conocimiento de estas materias. Así lo ponen de manifiesto VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Comentario Reglamento*, p. 64, al explicar que el Reglamento de insolvencia parte de un modelo de no “vis attractiva”. Véase también, la solución adoptada en el ordenamiento alemán que reserva al juez del concurso sólo las materias relativas a la tramitación del procedimiento. Así, por ejemplo, v. H.P. KIRCHHOF, “Comentario al § 2 InsO”, en D. EICKMANN/A. FLESSNER/F. IRSCHLINGER/H.P. KIRCHHOF/G. KREFT/H.G. LANDFERMANN/W. MAROTZKE, *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2ª edición, Heidelberg, 2001, RdN. 4-5, p. 9.

<sup>9</sup> De la misma opinión es J.M. RIBELLES, “Comentario al artículo 52 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 288 ss., p. 288 y P. PERALES VISCASILLAS, “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley concursal 22/3003 (I)”, *Diario La Ley*, n° 6035, de 8 de junio de 2004, pp. 1 ss., pp. 2-6, no apreciando ésta última autora razones que justifiquen la solución legislativa.

etc.). En efecto, el remedio *ex ante* frente a estas acciones defraudatorias es prohibir que se tramiten nuevos arbitrajes, mientras que el remedio *ex post* es filtrar los laudos que puedan haberse obtenido a través de un procedimiento celebrado en perjuicio de los demás acreedores antes de la declaración de concurso, o que esté celebrándose al tiempo de declararse éste (art. 53.2 LC)<sup>10</sup>. Y todo ello, en abierto contraste con el talante favorable que manifiestan los informes internacionales a la admisión de los arbitrajes y de otros medios alternativos para la resolución de las controversias que puedan manifestarse en estos procedimientos<sup>11</sup>. La regla en cuestión sólo afecta a los arbitrajes no iniciados al tiempo de la declaración de concurso, impidiendo que se sometan nuevas cuestiones al conocimiento del árbitro una vez declarado el mismo. Por el contrario, en el caso de los procedimientos arbitrales ya iniciados, éstos continuarán hasta obtener un laudo (art. 52.2 LC)<sup>12</sup>.

Abrimos aquí un pequeño paréntesis para poner de manifiesto que la Ley concursal es una norma temerosa del fraude y así lo evidencian no pocos preceptos de la misma. Aparte del aquí mencionado o de algunas de las reglas de subordinación de créditos (i.e., subordinación de créditos de personas especialmente vinculadas ex art. 92.5 LC), resulta especialmente significativo el precepto que priva de derecho de voto en convenio a quienes hayan adquirido un crédito *inter vivos* una vez declarado el concurso (art. 122.1.2 LC). Ciertamente, la razón de esta prohibición puede encontrarse en la práctica que, procedente del Derecho anterior, permitía a personas afines al deudor comprar estos créditos para controlar posteriormente la aprobación del convenio en junta. Sin embargo, retirar el de derecho de voto a estos acreedores es -si se me permite la expresión- matar moscas a cañonazos, pues se priva a los operadores jurídicos de una herramienta muy interesante para poder llevar a cabo operaciones de reestructuración, como es la compra de créditos por terceros interesados en el patrimonio insolvente que les permitan legitimarse como acreedores concursales y presentar su plan de reestructuración a través de una propuesta

---

<sup>10</sup> Respecto del valor de la acción consagrada en el artículo 53 LC para deshacer las connivencias que puedan fraguarse en el arbitraje entre el deudor y el acreedor, v. J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, "Comentario al artículo 53 LC", en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 298 ss., p. 299 y I. HERBOSA MARTÍNEZ, "Los efectos del concurso en la Ley concursal (y II)", *Diario La Ley*, nº 5993, 8 de abril de 2004, pp. 1 ss., p. 3.

<sup>11</sup> Así, v. THE WORLD BANK, *Principles and Guidelines*, principio 31, p. 59, nº 215.

<sup>12</sup> Sobre el juego procesal de estas reglas en materia arbitral, v. CORDÓN, *Proceso concursal*, pp. 114-116.

de convenio<sup>13</sup>. Quizás lo más razonable hubiera sido perseguir de manera implacable el fraude, afinando los instrumentos ya existentes (v.gr., legitimando la impugnación del convenio por la existencia de inteligencias fraudulentas; trabajando sobre pruebas indiciarias que nos permita diferenciar las compras inocuas de las realizadas con finalidad defraudatoria, etc.)<sup>14</sup>. Además, puede aventurarse que quienes deseen llevar a cabo este tipo de operaciones tratarán de buscar fórmulas que les permitan minimizar los efectos excesivos de la norma (p.ej., no revelar a la administración concursal que se ha producido la cesión de créditos e imponer el signo del voto al acreedor formalmente titular del derecho de voto, aun cuando sea a costa de padecer los riesgos de dicha falta de notificación ex art. 1527 CC), y dejando en agua de borrajas los esfuerzos del legislador por eliminar este tipo de comportamientos<sup>15</sup>.

Para concluir el examen de cómo afectan al concurso las acciones declarativas, simplemente hay que apuntar que en este conjunto de normas se introduce un precepto curioso, como es el relativo a *la legitimación procesal del deudor una vez que se declara el concurso*. Éste permite su sustitución procesal para de-

<sup>13</sup>. Una exposición detallada de este tipo de soluciones se encuentra en S.C. GILSON, *Creating Value through Corporate Restructuring*, Boston, 2001, pp. 188-225.

<sup>14</sup>. La doctrina anterior ya venía apuntando la dificultad de probar estas inteligencias fraudulentas. Así, v. J. TORRES DE CRUELLES/R. MÁZ Y CALVET, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 2ª edición, 1995, pp. 482-484 y CERDÁ/SANCHO GARGALLO, *Curso*, p. 324. Ejemplos de inteligencias fraudulentas resultantes de la compra de votos por personas relacionadas con el deudor se encuentran en la SAP Gerona 28-I-1988 (AC 1998\31) y SAP Tarragona 30-III-2001 (JUR 2001\195117). Se aprecian también inteligencias fraudulentas en los casos resueltos por las SSAP Barcelona 23-X-2000 (JUR 2001\59323) y 29-VII-2002 (JUR 2004\14083). Justamente la SAP Asturias 31-III-2004 (JUR 2004\121975) señala que la compra de un crédito sin indicio alguno de comportamiento defraudatorio no permite suponer que estamos ante un fenómeno de “inteligencias fraudulentas”; en la misma línea puede verse la SAP Madrid 11-X-2001 (JUR 2004\150050). Compárese esta situación con lo que sucede en el Derecho alemán, donde se reconoce que la compra de votos que sea determinante del resultado de la votación ha de considerarse una práctica desleal y sin embargo no se priva, por ello, del derecho al voto a quien adquiere un crédito tras la declaración del concurso. Así, por ejemplo, v. A. FLESSNER, “Comentario al § 250 InsO”, en D. EICKMANN/A. FLESSNER/F. IRSCHLINGER/H.P. KIRCHHOF/G. KREFT/H.G. LANDFERMANN/W. MAROTZKE, *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2ª edición, Heidelberg, 2001, pp. 798 ss., p. 799 y M. BALZ/H.G. LANDFERMANN, *Die neuen Insolvenzgesetze*, Düsseldorf, 1999, pp. 506-507, al examinar la racionalidad de la norma de impugnación del convenio por comportamientos desleales.

<sup>15</sup>. Es claro en nuestra doctrina que la notificación de la cesión no es necesaria para que se produzca la transmisión del crédito. Así, v. F. PANTALEÓN PRIETO, voz “cesión de créditos”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 1021 ss., p. 1022. Respecto de los riesgos de falta de notificación, en ese mismo trabajo, *ibid.*, pp. 1023-1024.



terminados supuestos cuando se produce la suspensión de sus facultades (arts. 51.4 y 54 LC). Ciertamente, estamos tratando la cuestión de las acciones declarativas y de los efectos del concurso sobre éstas, pero *referidas a aquéllas de las que son titulares los acreedores, no el deudor*. Por ello su inclusión aquí resulta sorpresiva al no ser ésta la sede más adecuada. Dichas reglas deberían haber sido ubicadas en otra más acorde con su racionalidad, concretamente, en el capítulo primero que se refiere a los “efectos sobre el deudor”. No se trata de un prurito desmedido de orden; este defecto de sistemática tiene el inconveniente de despistar a los operadores jurídicos, que no hallarán la regla allí donde previsiblemente deberían poder encontrarla y podrían pasar por alto tal regulación.

### 3. Las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor

Como avanzamos, el segundo bloque de cuestiones a analizar dentro de las consecuencias de la concursabilidad es el relativo a *las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor*. Si a través del concurso se trata de evitar que los acreedores se dañen unos a otros en el ejercicio de sus derechos de crédito, así como de lograr que a través de la coordinación de sus acciones se alcance una solución que maximice el valor del patrimonio concursal, es fundamental que el concurso impida que se produzcan agresiones individuales sobre el patrimonio del deudor<sup>16</sup>. Así, la regla general es que *la declaración de concurso prohíbe que se inicien ejecuciones de cualquier tipo sobre el patrimonio del concursado y suspende aquéllas que se hubieran iniciado antes de la declaración del procedimiento* (art. 55.1 y 2 LC). Esta interdicción de inicio de ejecuciones singulares se extiende incluso a los apremios administrativos o tributarios; pero se excepciona en el caso de los apremios ya iniciados, así como en el de las ejecuciones laborales en las que ya se hubiera trabado embargo. En efecto, todas éstas podrán continuarse siempre que los bienes objeto del mismo no fueran *necesarios* para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor<sup>17</sup>. Así quedan reconducidos los privilegios de ejecución separada de los que beneficiaban estos créditos en el Derecho anterior. Recordemos que entonces los acreedores salariales tenían reconocido el privilegio de ejecutar sus derechos de crédito fuera del concurso ante la jurisdicción laboral con independencia de que se hubiera iniciado la subasta (v. art. 32.5 ET, en la redacción anterior a la que le da Ley concursal), mientras que los crédi-

<sup>16</sup> Entre nosotros, lo apunta J.O. LLEBOT MAJÓ, *Las garantías en los procedimientos concursales*, Madrid, 2000, pp. 82-83.

<sup>17</sup> Sin embargo, MARÍN LÓPEZ, *Comentario art. 55 LC*, I, pp. 579-580 manifiesta sus dudas acerca de que el test de la necesidad afecte a la ejecución de los créditos públicos. En contra, v. HERBOSA, *Diario La Ley*, 5993 (2004), p. 4.

tos que se beneficiaban de un procedimiento de apremio podían continuar la ejecución en sede administrativa siempre que hubieran trabado embargo sobre los bienes y con independencia de su valor para la reorganización [véase el art. 129.3 b) de la derogada LGT 25/1995 y compárese con el art. 55.1 de la nueva Ley, así como con el art. 164.1 b) y 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre]. No obstante, nos siguen pareciendo excesivos estos privilegios procedimentales que, además, empujan a sus beneficiarios a que inicien ejecuciones individuales en lugar de adoptar soluciones cooperativas (p.ej., solicitar la declaración de concurso). Se reproduce, entonces, a menor escala el dilema del caladero común que acabamos de exponer y se distorsiona el proceso de realización colectiva del patrimonio del deudor excluyendo determinados bienes del mismo (p.ej., excluyendo bienes de la liquidación agregada de la masa activa)<sup>18</sup>.

Ya hemos manifestado en otro lugar nuestra opinión acerca de cómo debería tutelarse el crédito salarial, que desde luego no pasa por introducir disfunciones como ésta en el concurso<sup>19</sup>. Mayores críticas merece el tratamiento de los créditos públicos, que una vez más quedan fuera del concurso en perjuicio de la coordinación de las actuaciones de los acreedores que ha de presidir cualquier procedimiento concursal.

Bien distinto del anterior, aunque la Ley concursal también lo contempla en sede de ejecución forzosa, es el caso de *la realización de las garantías reales*<sup>20</sup>. Como es sabido, estos acreedores gozan de un “*ius distrahendi*”, esto es, de la

<sup>18</sup>. Nos sumamos a la acertada crítica J.M. RIBELLES, “Comentario al artículo 55 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 296 ss., pp. 296-297, para quien este “privilegio” premia a aquellos acreedores que logren ejecutar en primer lugar el patrimonio del deudor. Valora también negativamente la amplitud de la no paralización de ejecuciones tributarias J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, “Comentario al artículo 55 LC”, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 304 ss., pp. 306-307. Sin embargo, entiende que en el caso de las ejecuciones laborales se trata de una opción que, aunque criticable, es más justificable, pues entre otras cosas es más limitada (es necesario embargo y no una mera resolución de apremio que abra la ejecución forzosa). Igualmente, v. MARÍN LÓPEZ, *Comentario art. 55 LC*, I, p. 566, quien considera que al menos se ha reducido el número y el alcance de las excepciones existentes en el Derecho anterior.

<sup>19</sup>. Así, BERMEJO; *Créditos y quiebra*, pp. 295-304, 314-316.

<sup>20</sup>. Nótese que en el Derecho anterior, al menos respecto del procedimiento de quiebra, el tratamiento de las consecuencias que producían estas garantías se estudiaba en otra sede, esto es, en la correspondiente a la integración de la masa activa, pues estos bienes eran “separados” del concurso al objeto de poder ser ejecutados fuera del mismo. Así, por ejemplo, v. F. VICENT CHULIÁ, “El contenido de nuestras instituciones concursal y las actuales perspectivas de reforma”, *RJC*, nº 2, 1978, pp. 669 ss., pp. 692-700.

facultad de ejecutar el bien dado en garantía para cobrarse y de un “*ius prelativonis*” o derecho de preferencia en el cobro sobre ese bien frente a cualquier otro acreedor<sup>21</sup>. Pues bien, esa facultad de ejecución queda notablemente limitada en sede de concurso. Para entender de qué modo se produce esa limitación, hay que seguir la distinción establecida por el legislador entre garantías constituidas sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional [v. *infra* a)] y garantías constituidas sobre otros bienes [v. *infra* b)].

a) En caso de las *garantías constituidas sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional*, la regla general es que *no pueden ni iniciarse ni continuarse las ejecuciones sobre los mismos*. La Ley establece, sin embargo, una *excepción*: a salvo quedan los casos en los que se trate de *ejecuciones cuyo anuncio de subasta se haya publicado al tiempo de la declaración de concurso*. Entonces, podrá continuar la ejecución siempre que los bienes objeto de la misma superen un segundo test, esto es, que *no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*<sup>22</sup>. Con esta complicada doble excepción lo que se trata de poner de manifiesto es que siendo bienes afectos a la actividad empresarial o profesional, una vez publicados los anuncios de subasta la ejecución sólo podrá seguir adelante cuando además sean prescindibles para el desarrollo de la misma. Por el contrario, si el juicio de prescindibilidad resulta negativo, la ejecución de la garantía también quedará paralizada aunque se hayan publicado dichos anuncios.

Las ejecuciones sobre estos bienes sólo quedan paralizadas durante un determinado periodo de tiempo: el que va desde la declaración del concurso hasta la aprobación de un convenio que no afecte a la garantía o, en su defecto, un año desde la declaración de concurso sin que se abra la liquidación (arts. 56.1 y 2 LC). La racionalidad de esta previsión es evitar que la ejecución de las garantías reales *pueda dañar el interés de otros acreedores y así lo reconoce el propio legislador*<sup>23</sup>. Los acreedores que pueden resultar típicamente perjudica-

<sup>21</sup>. Sobre el particular, aunque bajo distintas ópticas de análisis, v. J.M. GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pp. 320-368; LLEBOT, *Las garantías*, pp. 101-102 y BERMEJO, *Créditos y quiebra*, pp. 104-105.

<sup>22</sup>. La posición de los comentaristas es unánime en el sentido de interpretar la mención “necesario” como un concepto más limitado que “afecto”. Así, v. J.M. RIBELLES, “Comentario al artículo 56 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 300 ss., p. 302; J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, “Comentario al artículo 56 LC”, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 308 ss., p. 311 y A. CARRASCO, “Comentario al artículo 56 LC”, en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 586 ss., pp. 603-604.

<sup>23</sup>. V. Exposición de motivos, apartado III. En la literatura estadounidense, v. por ejemplo D.G. BAIRD, *The Elements of Bankruptcy Law*, Nueva York, 1993, pp. 193-194.

dos por esta situación son los ordinarios, pues son ellos quienes se benefician de una explotación eficiente del patrimonio concursal, esto es, de que éste sea explotado de modo que aumente su valor y haga más valiosos sus derechos (o, como mínimo, que lo mantenga y no lo pierda). Entonces, la suspensión de estas ejecuciones habrían de verse como una medida sensata, pues imponiendo un pequeño sacrificio a los acreedores garantizados se evitaría que la realización de su interés perjudicara el interés de los acreedores ordinarios<sup>24</sup>. Ahora bien, y aquí viene el matiz, en realidad esa medida sólo es sensata si se cumple la siguiente premisa: que *el sacrificio impuesto a las garantías reales no sea mayor que el beneficio que se obtiene para el concurso*. Esto, sin embargo, no sucede en las reglas que consagran los arts. 56 y 57 LC. En efecto, la paralización que impone la Ley concursal es un recorte injustificado de las facultades propias de las garantías. Por una parte, *el tiempo de paralización puede resultar excesivo*, al extenderse en ciertos casos más allá del momento en que se sabe si ese bien es o no es preciso para la reorganización (p.ej., cuando se hayan presentado unas propuestas de convenio en la que no sean precisos los bienes sujetos a garantías reales) y, por otra parte, los acreedores perjudicados *no obtienen compensación alguna* por dicha paralización<sup>25</sup>. A fin de cuentas se trata de un sacrificio o pérdida que éstos asumirían en interés de los acreedores ordinarios, de ahí que pudiera estar justificado acordar una compensación. A nuestro juicio, hubiera bastado con paralizar la ejecución compensando cuando ese plan permitiera una explotación más eficiente del patrimonio concursal y sólo en la medida en que el bien fuera preciso para la reorganización prevista en el mismo.

Es en el punto relativo a la decisión de cómo explotar el patrimonio concursal donde se encuentra la principal distorsión que produce la regla. Nótese que, a pesar del pretendido carácter neutral del procedimiento, el legislador ha preferido la solución reorganizativa a la liquidativa (i.e., hay una vía de reorganización facilitada para los deudores que se hagan merecedores de la misma representada por la propuesta anticipada de convenio; el procedimiento se estructura en torno una solución básica de carácter reorganizativo basada en un convenio de acreedores, mientras que la liquidación es residual; el deudor tiene un peso muy importante a

<sup>24</sup>. En la misma línea, LLEBOT MAJÓ, *Las garantías*, pp. 83-84. Entre los comentaristas de la Ley, desde una posición similar, ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva Ley Concursal*<sup>2</sup>, p. 310 valora muy positivamente la solución, pues compatibiliza el derecho individual con el desarrollo del procedimiento. Asimismo, v. J. PULGAR EZQUERRA, "El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal", RDM, n° 250, 2003, pp. 1425 ss., p. 1430 y HERBOSA, *Diario La Ley*, 5993 (2004), p. 5.

<sup>25</sup>. También lo reconoce F. PANTALEÓN, "De la clasificación de los créditos" en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 501 ss., p. 511 y nota n° 27 en esa página.

la hora de decidir que solución se da al concurso y tenderá normalmente a la conservación, etc.). Esto explica que la paralización de las ejecuciones se prolongue hasta la aprobación del convenio<sup>26</sup>. Pero, también muestra algo más grave: que en no pocas ocasiones la neutralización del derecho de ejecución separada se produce aún cuando la reorganización del patrimonio no sea la solución más eficiente, esto es, cuando no sea la solución que permitiría maximizar el patrimonio concursal en interés de todos los afectados<sup>27</sup>. Pues bien, entendemos que en estos supuestos la paralización no estará justificada.

Para alcanzar a comprender el asunto en todas sus dimensiones, no hay que olvidar que la posibilidad de ejecutar los bienes entregados en garantía es una facultad que han adquirido los acreedores cuando contrataron. Entonces, dicha facultad debe ser respetada en el concurso si no se quiere influir negativamente en el sistema financiero (*i.e.*, en términos de encarecer el coste de estos créditos, que en principio, son créditos más baratos al estar aseguradas sus expectativas de recuperación). Y es que no se puede pasar por alto que esos acreedores concedieron créditos más baratos porque *ex ante* confiaban en poder cobrarse de forma casi inmediata sobre los bienes entregados en garantía. Si luego ven limitada en exceso esa facultad, es de prever que lo repercutirán en el coste del crédito privando del acceso al mismo a todos aquellos sujetos que no puedan ofrecer garantías suficientemente sólidas y satisfacer una prima de riesgo adecuada para compensar al acreedor<sup>28</sup>.

<sup>26</sup>. PULGAR, RDM, 250 (2003), p. 1453.

<sup>27</sup>. Apunta LLEBOT, *Las garantías*, pp. 86-90 que es una de las decisiones erróneas que puede adoptarse en el concurso y que ha de ser censurada. En esta línea, en el informe del Banco Mundial sobre los procedimientos de insolvencia se afirma con toda rotundidad lo siguiente: “*Where an enterprise is not viable, the main thrust of the law should be swift and efficient liquidation to maximize recoveries for the benefit of creditors*”. Así THE WORLD BANK, *Principles and Guidelines*, p. 4, nº 13.

<sup>28</sup>. Estos argumentos ya fueron expuestos con detalle en BERMEJO, *Créditos*, pp. 93-169. Por contra, entiende que no hay perjuicio para estos acreedores, C. VÁZQUEZ IRUZU-BIETA, *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2003, p. 528. Más depurada es la posición favorable a estos recortes de CARRASCO, *Comentario art. 56 LC*, I, p. 618, para quien con ellos no se daña a las garantías reales, primero, porque durante el tiempo de espera se generan intereses de demora que quedarán cubiertos por la propia garantía; segundo porque el plazo máximo de un año no es tan largo; tercero, porque el coste de la ejecución lo padece el concurso; y cuarto, porque, en definitiva, estas circunstancias pueden ser anticipadas y descontadas al conceder crédito. Esta argumentación no toma en consideración que el ajuste que, con toda seguridad, llevarán a cabo los acreedores garantizados, será a costa de encarecer el crédito. Como es sabido, éste es, en principio, un crédito barato que permite el acceso a financiación

Volviendo al régimen legal, una vez transcurrido ese periodo de tiempo – recordemos, aprobación del convenio o en su defecto un año-, se puede reiniciar la ejecución. Esta se lleva a cabo en un procedimiento separado que sigue sus propias reglas (v., por ejemplo, arts. 681-698 LEC), pero “acumulado” al concurso por efecto de esa *vis attractiva* a la que ya nos referimos en el apartado anterior (art. 57.1 LC)<sup>29</sup>. A salvo quedan, en todo caso, las particulares facultades de rescate establecidas en el art. 155.2 LC para el tiempo que dura esa suspensión. La solución, sin embargo, cambia cuando no se abre fase de convenio, sino la *fase de liquidación*. Entonces la paralización de las ejecuciones de las garantías reales se levanta de forma inmediata (art. 57.3 LC). De este modo, los acreedores garantizados que iniciaron la ejecución antes de la declaración de concurso podrán continuar con la misma en el procedimiento acumulado. Ahora bien, si la ejecución no se inició con anterioridad a la declaración del mismo, los acreedores garantizados pierden su facultad de ejecutar el bien fuera de éste y su realización dentro del procedimiento se sujeta a las previsiones del art. 155.3 y 4 LC. Dichos créditos se realizarán dentro del concurso y se satisfarán dentro de la categoría de los *créditos especialmente privilegiados* (art. 57.3 LC). Se arrastra así hasta la nueva Ley y se extiende a cualquier garantía real la vieja construcción del profesor Garrigues en virtud de la cual la hipoteca cuya ejecución se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso gozaba de derecho de ejecución separada, mientras que el acreedor hipotecario que no hubiera iniciado la ejecución lo perdía y su pre-

---

a financiación de un buen número de operadores. Pero a resultas de ese aumento en la prima de riesgo puede excluirse a algunos de los potenciales beneficiarios de la existencia de esta forma de financiación. Además, que los intereses sean cubiertos por la garantía dependerá del propio valor de la misma. Eso significa que o se exige un bien más valioso que esté en disposición de cubrir tales intereses –y se restringe con ello, de nuevo, la base de los posibles beneficiarios con estas operaciones- o, de lo contrario, éstos no quedarán cubiertos y tendrán, entonces, la consideración de subordinados (v. art. 92 LC). En ese caso, poca compensación va a poder proporcionar a los acreedores garantizados el derecho a cobrar un crédito que se satisface después de los ordinarios y que algún otro subordinado. Por fin, el hecho que se paralice la ejecución durante un año y no durante un plazo más ajustado contribuye a aumentar considerablemente el volumen de créditos por intereses que hayan de devengarse y el riesgo de que éstos no queden cubiertos o, en otros casos, que pueda generarse un gravamen innecesario para el concurso (*i.e.*, cuando los intereses queden cubiertos por la garantía y antes del año se sepa que el bien afecto no será necesario para la reorganización, pero el convenio no se haya aprobado aún). Alguna crítica similar apunta PULGAR, RDM, 250 (2003), p. 1455.

<sup>29</sup> Entiende que no se trata de una acumulación en sentido propio, A. CARRASCO, “Comentario al artículo 57 LC”, en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 618 ss., p. 621.

tensión quedaba reducida a un crédito especialmente privilegiado, con base fundamentalmente en una cuestionable interpretación *a contrario* del art. 132 LH<sup>30</sup>. En nuestra opinión, y dicho sea con todo respeto, dicha construcción carece de fundamento. Ya hemos abordado esta cuestión en un trabajo anterior, por ello basta ahora con reiterar aquí la idea de que la ejecución separada de las garantías reales no es otra cosa que la traducción concursal del “*ius distrahendi*” de estos créditos y que gozan de dicha facultad con independencia que cual sea el momento en que se inicie la ejecución<sup>31</sup>. Además, *dicha facultad propia de las garantías reales no es en modo alguno comparable con las ejecuciones que puedan iniciar otros acreedores*. En consecuencia, no puede tratarse como si fuera un apremio administrativo o de una ejecución laboral (v. gr. suprimiéndolo si no se ha ejercitado antes de la declaración del concurso). Este derecho debe reconocerse a estos acreedores en cualquier caso, sin perjuicio de las moderaciones –que como la paralización de ejecuciones- pueden establecerse en aras a la mayor eficiencia del procedimiento.

**b)** En el caso de *garantías constituidas sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional*, la Ley concursal no ha establecido ninguna regla que discipline su realización. Esta laguna no es fruto de un olvido, sino que se explica a resultas de las sucesivas modificaciones que fue sufriendo el precepto<sup>32</sup>. Así, la regla que ordenaba esta cuestión se fue deformando hasta devenir ininteligible y fue finalmente eliminada a resultas de una enmienda del Grupo Parlamentario “Convergència i Unió” que la consideraba contradictoria y confusa en relación con los anteriores apartados<sup>33</sup>. Ahora corresponde a los intérpretes reconstruirlo y, en esa tarea,

<sup>30</sup> Así, v. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, 8ª edición (revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero), Madrid, 1983, pp. 446-447, 479-481 y 494.

<sup>31</sup> Vid. BERMEJO, *Créditos y quiebra*, pp. 129-169 y la bibliografía allí citada que avala esta posición crítica respecto de la interpretación consagrada en el Derecho derogado. Con relación a la nueva Ley, se suma a esta tesis PULGAR, RDM, 250 (2003), pp. 1464-1465.

<sup>32</sup> Constata también esta laguna y da noticia de las correcciones que sufrieron los artículos 56 y 57 LC en los Anteproyectos y Proyecto de Ley, así como durante su tramitación parlamentaria, HERBOSA, *Diario La Ley*, 5993 (2004), pp. 6-7.

<sup>33</sup> Nos estamos refiriendo a la enmienda nº 481 presentada por el Grupo Parlamentario catalán “Convergència i Unió”, que proponía la supresión del art. 55.5 Proyecto de Ley concursal por considerarlo contradictorio. Dicha enmienda puede consultarse en BOCG de 2-XII-2002, nº 101-15, disponible en <http://www.congreso.es>. Recordemos que dicho precepto disponía lo siguiente:

*“Las acciones tendentes a la ejecución de los bienes del concursado distintos de los señalados en el apartado 2 se substanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1”.* (Así, v. BOCG, de 23-VII-2002, nº 101-1, accesible en <http://www.congreso.es>.)

Aunque de forma confusa por la referencia al “apartado 2”, este precepto se estaba refiriendo a la ejecución sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional, tal y como demuestran los textos prelegislativos que lo precedieron. Así, en el art. 55 del Anteproyecto de Ley concursal de

entendemos que la interpretación más sensata es aquélla que permite la ejecución de la garantía en el momento en que el crédito venza en procedimiento separado, pero acumulado al concurso, tal y como se hace cuando se reanudan las ejecuciones de las garantías reales constituidas sobre bienes afectos a la actividad empresarial<sup>34</sup>.

octubre de 2000 no aparece este precepto, pues no se distinguía entre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional y bienes no afectos. Es en la redacción que se da a este precepto en el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001 cuando se introduce en el apartado segundo una especificación a las restricciones establecidas para continuar con la ejecución de garantías reales iniciada antes de la declaración de concurso y ésta se limita a los casos en los que la garantía recaiga

*"...sobre bienes afectos al tráfico empresarial o comercial, actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo..."*.

A continuación se añade un apartado quinto en el que se disponía que

*"Las acciones tendentes a la ejecución de las garantías reales sobre bienes del concursado distintos de los señalados en el apartado 2 se substanciarán hasta que tenga lugar la realización de los bienes, suspendiéndose la tramitación posterior en los términos y durante el plazo previsto en el apartado 1"*.

Está claro que en este caso la remisión realizada al apartado 2 tenía por objeto delimitar el ámbito de aplicación de la regla a los bienes no afectos al tráfico empresarial o comercial, actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estuviesen afectos al proceso productivo que, sin embargo, hubieran iniciado su ejecución al tiempo de la declaración del concurso. Estos acreedores podían continuar con sus ejecuciones pero, curiosamente, el concurso bloqueaba el pago. Por el contrario, no se aplicaba a los casos de ejecuciones no iniciadas (v. apartado 1), pues en dicha materia no se hacía distinción entre unos y otros bienes; todos quedaban sometidos a la paralización. En una nueva redacción del Anteproyecto se extiende al apartado primero del art. 55 la restricción relativa a "los bienes afectos al tráfico empresarial o comercial, a las actividades profesionales, mercantiles o industriales y, en general, los que estén afectos al proceso productivo", pero se mantiene la redacción del apartado quinto en los términos señalados y se dificulta, así, su comprensión. En concreto, la remisión hecha a "...los bienes del concursado distintos de los señalados en el apartado segundo..." debía a partir de entonces entenderse realizada a cualquier bien no afecto a las actividades empresariales o profesionales del deudor, pues ahora esa restricción también aparecía en el apartado primero. Sin embargo, ésta es la redacción que finalmente llega al Proyecto de Ley concursal y su supresión se propone por dos motivos: el carácter confuso de la regla y las disfunciones que puede generar la paralización del pago de estos acreedores. Compartimos la segunda razón, pero no la primera. Ciertamente, no estaba muy justificado paralizar el cobro de estos acreedores una vez que se ha producido la ejecución del bien, de ahí que debiera suprimirse dicha previsión. Sin embargo, no debería haberse eliminado aquella otra parte de la misma que reconocía el derecho de los acreedores a realizar los bienes no afectos al margen del concurso. Para mejorar su comprensión, hubiera bastado con pulir la redacción y corregir las referencias a las reglas antecedentes.

<sup>34</sup> Sin embargo, RIBELLES, *Derecho concursal práctico*, pp. 303 e *id.*, "Comentario al artículo 57 LC", en M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 305 ss., 305-306 considera, leyendo a contrario el art. 57 LC, que podrán ejecutarse fuera del concurso ante el juez competente según las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sólo las ejecuciones sobre bienes afectos a la actividad empresarial y profesional quedan sometidas al juez del concurso. De la misma opinión es ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva Ley concursal*<sup>2</sup>, p. 310, para quien las ejecuciones no quedan afectadas por la declaración de concurso.



Refuerza esta solución las reglas contenidas en los arts. 8.3 LC y 86 ter LOPJ, que hacen competente al juez del concurso para conocer de cualquier ejecución que se tenga que tramitar sobre el patrimonio concursal<sup>35</sup>. Tratándose de bienes que en principio pudieran no tener valor para la reorganización, deben quedar excluidos de la paralización. No obstante si pudieran tenerlo, debería poder plantearse la posibilidad de que la administración concursal solicitara la paralización de la ejecución al juez del concurso por analogía a lo que sucede en el caso de los bienes afectos a la actividad empresarial y profesional, debiendo el juez decidir en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Antes de continuar con la exposición, hay que advertir que, en cualquiera de los casos, la ejecución de las garantías reales sólo se producirá cuando venganzan los créditos (*i.e.*, de forma natural, cuando alcancen su plazo de vencimiento, o de forma anticipada en virtud de las cláusulas de vencimiento anticipado que puedan haberse establecido para ello). Y es que, como vamos a ver inmediatamente, las garantías reales que no se realicen dentro del concurso, sino en procedimiento paralelo al mismo, no se benefician del vencimiento anticipado concursal (*v. infra* III). La extraconcursalidad de la que disfrutaban en algunos casos las excluye de los efectos del concurso; sin embargo cuando se las priva de ella –como sucede en el supuesto contemplado en el art. 57.3 LC–, quedan sometidos a sus efectos<sup>36</sup>.

### III. LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN SENTIDO ESTRICTO

#### 1. La determinación de la cuota de responsabilidad

Ni el legislador ni la doctrina han facilitado una definición clara de qué es lo que hay que entender por efectos del concurso sobre los créditos en sentido estricto. Sin embargo, vamos a hacer aquí el intento de establecer esa definición y decir que son *las deformaciones que el concurso produce sobre los créditos con la finalidad de establecer la cuota de responsabilidad que corresponde a cada acreedor en el concurso*. La cuota de responsabilidad es aquella que fija los derechos de participación –básicamente, derechos de voto y de ad-

<sup>35</sup> Manifiestan la misma opinión PULGAR, RDM, 250 (2003), p. 1463 y CARRASCO, *Comentarios LC*, I, p. 620.

<sup>36</sup> En contra, PULGAR, RDM, 250 (2003), p. 1435, quien considera que ya en el Derecho derogado quedaban en todo caso sometidas al vencimiento anticipado del art. 883 C de C, mientras que ahora sólo quedan afectadas por el mismo en tanto en cuanto se produzca la apertura de la fase de liquidación *ex art.* 146 LC.

hesión-, así como de cobro en el procedimiento<sup>37</sup>. Se entiende, así, que cualquier acreedor que quiera participar en el concurso deberá obtener su cuota de responsabilidad. El valor o *quantum* de esa cuota de responsabilidad viene dado por el valor de los créditos a la fecha de la declaración de concurso. Cuando los créditos están vencidos, no son fructíferos y son dinerarios practicar esta valoración no plantea ninguna dificultad, pues el valor de la cuota de liquidación coincide con el valor nominal del crédito. Sin embargo, cuando se trata de una obligación cuya fecha de vencimiento es futura (p.ej., el 15 de noviembre de 2007), o de un crédito fructífero (p.ej., que devenga un interés anual del 8 por 100), o de una obligación de entregar cosa específica (p.ej., unas mercancías), o de una obligación de hacer que tenga contenido patrimonial (p.ej., elaborar un dictamen), o, incluso, de una obligación de entregar moneda extranjera (p.ej., pagar el precio en libras esterlinas de un pedido de mercancía realizado a Londres) es necesario llevar a cabo esa valoración. Pues bien, para hacer posible dicha valoración se desencadenan los llamados efectos del concurso sobre los créditos. En concreto, establecer esta cuota de responsabilidad requiere de la concurrencia de tres tipos de efectos distintos: en primer lugar, el vencimiento anticipado de los créditos cuya exigibilidad esté demorada en el tiempo, así como el descuento de los intereses legales para actualizar su valor [v. *infra* a)]; en segundo lugar, la suspensión del devengo de intereses [v. *infra* b)] y, en tercer lugar, el cómputo de los créditos en dinero [v. *infra* c)].

a) Cuando se trate de créditos a plazo o de créditos de exigibilidad futura (p.ej., una renta, una pensión o incluso, una expectativa de derecho, etc.), *éstos vencen anticipadamente* al objeto de que pueda determinarse su valor a fecha de declaración de concurso. Los problemas que plantea su vinculación formal a la fase de liquidación *ex art. 146 LC* serán analizados seguidamente (v. *infra* 3). El anticipo del momento en que se produce el vencimiento reclama que su valor actual se determine *descontando el interés legal* del dinero por el tiempo que media entre la declaración de concurso y la fecha de venci-

<sup>37</sup>. Entre nosotros, y con relación al Derecho derogado, intuyen dicho fenómeno, GARRIGUES, *Curso*, II<sup>8</sup>, pp. 439 y 447-449; J. RAMÍREZ, *La quiebra*, t. II, 2ª edición, Barcelona, 1998, pp. 984-985 y 1056-1057 y F. CERDÁ ALBERO/I. SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho concursal*, Madrid, 2000, p. 114. En el Derecho alemán, no existe propiamente una sección dedicada a los efectos del concurso sobre los créditos. Estos efectos –i.e., vencimiento anticipado, descuento de los intereses y cómputo dinerario– se encuentran en una misma sede: la participación de los créditos en el concurso (2. Teil. 2. Abschnitt. Insolvenzmasse. Einteilung der Gläubigern), donde desempeñan la función de valoración de los créditos ya descrita. Si no hay referencias a la suspensión del devengo de los intereses es porque esta regla ha desaparecido y ha sido sustituida por una de subordinación (v. § 39 InsO).

miento previsto para el mismo; ahora bien, si finalmente el pago es recibido con posterioridad al momento en que debería haber vencido naturalmente la obligación, habrá que realizar las correcciones que resulten oportunas (art. 159 LC)<sup>38</sup>. No obstante y, aunque nada dispone la Ley sobre el particular, este crédito por intereses no desaparece, sino que habrá de realizarse como subordinado por la identidad de razón que existe con los “intereses reales” (art. 92 LC, analógicamente)<sup>39</sup>.

b) Seguidamente, puesto que hay que valorar el crédito a la fecha de la declaración de concurso, hay que *descontar los intereses que el crédito vaya a devengar después de la declaración*. Esto es a lo que se ha venido denominando *interrupción o suspensión del devengo de los intereses* (cabe citar aquí, a modo de ejemplo el art. 884 C de C, el art. 1915 CC, y en la Ley concursal, el art. 59 LC). De esta forma puede determinarse cual es su valor en el momento de la declaración de concurso (*i.e.*, principal + intereses ya devengados). Contrariamente a lo que se solía pensar, los intereses posteriores a este instante no desaparecen sino que siguen devengándose. En este sentido puede decirse que la suspensión responde a una mera ficción establecida por el legislador para hacer notar que es necesario estabilizar el valor del crédito a fecha de declaración<sup>40</sup>. Por otra parte, hay que destacar que se trata de créditos cuyo origen es anterior a la fecha de declaración de concurso, pero que se devengan cuando el deudor es insolvente. En consecuencia son créditos de peor condición y, por lo tanto, se incluyen en la categoría de los subordinados<sup>41</sup>. Nos desmarcamos, así, de la que empieza a ser opinión dominante entre los comentaristas de la Ley, en virtud de la cual han de tratarse como créditos subordinados los créditos por intereses devengados antes de la declaración de concurso y como “subordinados de los subordinados” los que se pudieran devengar des-

<sup>38</sup>. Remitimos el tratamiento más detenido de esta cuestión, así como de las relativa al método conforme al cual deberá hacerse el descuento a otras sedes, en particular a N. BERMEJO GUTIÉRREZ, “Comentario al artículo 88 LC”, en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, así como a *id.*, “El crédito por intereses en el concurso de acreedores”, RCP, n° 2, 2004, RCP, 1 (2004), ambas en prensa. Respecto de la corrección del valor en la literatura italiana, A. MAFFEI ALBERTI, “Comentario al art. 57 de la Legg. Fall”. en *Comentario breve alla Legge Fallimentare*, 4ª edición, Padua, 2000, p. 220.

<sup>39</sup>. En la literatura alemana, a falta de norma expresa, proponen esta interpretación G. LWOWSKI/G. BITTER, en H.P. KIRCHHOF/H.J. LWOWSKI/R. STÜRNER (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I (§§ 1-102), Munich, 2001, § 41 RdN. 19, pp. 857-858. También v. BERMEJO, RCP, 2 (2004), p. 34.

<sup>40</sup>. Esta idea se expone con más detalle en BERMEJO, RCP, n° 2, 2004, pp. 5-7, en prensa.

<sup>41</sup>. Sobre estas cuestiones, en el derecho derogado, v. BERMEJO, *Créditos y quiebra*, pp. 447-451.

pués<sup>42</sup>. En rigor, sólo los intereses postconcursoales se satisfacen como créditos subordinados, esto es, por detrás de los créditos ordinarios, pues son créditos nacidos antes de la declaración de concurso pero devengados tras la apertura del procedimiento y, por lo tanto, de peor condición (en el Derecho derogado, v. art. 1915 II CC; en la Ley concursal, v. art. 92 LC)<sup>43</sup>. Sentado lo anterior, hay que precisar que la suspensión del devengo de los intereses no afecta a aquéllos cubiertos con garantías reales y, aunque no se dispone expresamente en la Ley, tampoco debería afectar a los cubiertos por privilegios. A fin de cuentas, éstos son garantías legales que cubren no sólo el principal sino los intereses que el crédito pueda devengar<sup>44</sup>.

c) Por fin, han de ser *valorados en moneda de curso legal todos los créditos que no se encuentren expresados en esta unidad de cuenta*. Este es el caso de los créditos expresados en moneda extranjera, créditos que incorporan una cláusula de estabilización, prestaciones de dar o de hacer, etc. No sucede lo mismo con las prestaciones de no hacer, que no tienen contenido patrimonial alguno y directamente quedan fuera del concurso (p.ej., una obligación de no competir impuesta al concursado en un contrato)<sup>45</sup>. Los problemas que plantea la “transformación” de todas estas obligaciones en créditos dinerarios serán analizados en los apartados siguientes (v. *infra* 2 y 3).

## 2. La lista de acreedores y la transformación de los créditos en el concurso

Una vez expuestos cuáles son esos efectos y qué función cumplen en el concurso, corresponde ahora poner de manifiesto que *esa valoración de los créditos a fecha de declaración transforma a los mismos*. Vamos a detenernos un

<sup>42</sup> Así, v. C. ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en R. GARCÍA VILLAVERDE/A. ALONSO UREBA/J. PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003, pp. 400-402; AA.VV., *Dossier Práctico Francis Lefebvre. Reforma concursal*, Madrid, 2003, pp. 114 y 296; J. BÉJAR, “Comentario al art. 92 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Madrid, 2004, pp. 470 ss., p. 471; F. MERCADAL, “Comentario al art. 92 LC”, *Nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Barcelona, 2004, pp. 449 ss., pp. 451-452. En contraste, E. CORDERO LOBATO, “Comentario al art. 92 LC”, en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 1095 ss., pp. 1098-1099, sostiene que los intereses a los que se refiere el art. 92.3 LC son, claramente, los posteriores y como tras la declaración de concurso no hay más devengo de intereses que el correspondiente a los créditos salariales, sólo éstos son los que padecen la subordinación.

<sup>43</sup> BERMEJO, *Créditos y quiebra*, pp. 447-451; *id.*, RcP, 2 (2004), pp. 8-12, en prensa.

<sup>44</sup> Más ampliamente, BERMEJO, RcP, 2 (2004), pp. 23-24.

<sup>45</sup> En detalle, BERMEJO, *Comentario art. 88 LC*, en prensa.

momento a analizar cómo se produce dicha transformación. Ésta no puede explicarse como un mero automatismo legal (*i.e.*, los créditos quedan transformados –vencidos, convertidos en moneda nacional, o en créditos no fructíferos etc.- porque la Ley lo dice, como la Ley lo dice y cuando la Ley lo dice). En realidad, detrás de esas transformaciones hay un fenómeno que las explica y que no es otro que la fijación de la cuota de responsabilidad en la *lista definitiva de acreedores*. El contenido de esa lista *vincula a las partes del procedimiento como si se tratara de una sentencia, en el sentido de que a partir de ese momento resulta inalterable para las partes*, tal y como dispone el propio art. 97.1 LC<sup>46</sup>. Esto es tanto como decir que *deudor, acreedores y administración concursal quedan vinculados por el contenido de la lista, que desde ese preciso instante define cuál es la cuota de responsabilidad que corresponde a cada crédito en el concurso*<sup>47</sup>. Pues bien, esa vinculación a la definición que del crédito da la lista, esto es, con las modificaciones que los efectos del concurso le imponen, es lo que produce la transformación del mismo<sup>48</sup>. De forma gráfica podría decirse que el concurso sería como un calidoscopio a través del cual pasan los créditos que han de realizarse en el mismo y que a resultas de dicho tránsito, como la luz que atraviesa el tubo, quedan deformados. El momento en que se produce la transformación es la inclusión definitiva del crédito en la lista de acreedores, pues es entonces cuando –como acabamos de indicar-, se desencadena tal vinculación. Siendo esto así, es claro que dicha transformación no se producirá cuando el concurso concluya anticipadamente –por ejemplo, por revocación (art. 176.1.1 LC)- sin que se haya formado la lista de acreedores. Tampoco se producirá para aquellos acreedores que no tengan que realizar su crédito en el concurso, sino en procedimientos aparte, pues en tanto no participan en el mismo carece de sentido la transformación. Esto es lo que sucede en el caso de los acreedores con garantía real que puedan realizar su crédito en procedimiento separado –acumula-

<sup>46</sup>. Los comentaristas de la Ley así lo ponen de manifiesto. Entre otros, v. L. LÓPEZ MORÁN, “Comentario al artículo 97 LC”, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 463 ss., p. 464 y J.M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 97 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Madrid, 2004, pp. 484 ss., p. 484; o E. CORDERO LOBATO, “Comentario al artículo 97 LC”, en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 1120 ss., p. 1120.

<sup>47</sup>. R. SCHUMACHER, “Comentario al § 178 InsO”, en H.P. KIRCHHOF/H.J. LWOWSKI/R. STÜRNER (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. II (§§ 103-269), Múnich, 2002, RdN. 11-15, pp. 1134-1136.

<sup>48</sup>. En la literatura alemana, destacadamente, v. G. LWOWSKI/G. BITTER, en H.P. KIRCHHOF/H.J. LWOWSKI/R. STÜRNER (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I (§§ 1-102), Munich, 2001, § 45 RdN. 42, pp. 915-916.

do o no-, o de los créditos privilegiados cuando no queden sometidos al convenio; o con los créditos contra la masa o prededucibles, que por su propia naturaleza no quedan sometidos al concurso. En estos supuestos, mantienen su configuración original a pesar de que puedan quedar incluidos en esta relación de créditos. En su caso, la inclusión en la misma sólo tiene el valor de ordenar en un elenco los créditos de esta clase que existen frente al deudor.

Por el contrario, dicho efecto sí se producirá cuando el crédito garantizado se haya comunicado como condicional para su realización dentro del procedimiento y no quede cubierto a resultas de la ejecución de la misma o cuando, como prevé la Ley, los titulares de garantías reales hayan de satisfacerse dentro del concurso por ser tratados como si fueran meros créditos privilegiados (art. 57.3 LC). Entonces estos créditos quedarán deformados como los demás créditos que participan en el concurso (i.e., anticipadamente vencidos; valorados en moneda de curso legal a fecha de declaración de concurso; sometidos a la regla de suspensión de los intereses siempre que no queden cubiertos por la garantía; etc.).

A la vista está que esa deformación tiene un *carácter meramente procedimental que en nada afecta al contenido material de los créditos* y que es producto de la fijación de la cuota de responsabilidad en la lista de acreedores, que resulta vinculante para las “partes” del proceso. Puesto que no hay transformación material del crédito, tampoco se afecta a la configuración del derecho de crédito frente a terceras personas ajenas al concurso, como son, por ejemplo, los fiadores<sup>49</sup>. Esta consecuencia no constituye ninguna novedad, pues ya era conocida para nuestra doctrina que se refería a ella como el carácter relativo de los efectos del concurso. Sentado lo anterior, corresponde ahora señalar que *esta transformación se prorroga fuera del procedimiento en las relaciones deudor-acreedor*. En efecto, si sostenemos que es el resultado de la inclusión del crédito en la lista definitiva de acreedores, es lógico pensar que esa modificación subsistirá mientras pretenda ejercitarse el derecho consagrado en la misma<sup>50</sup>. No hay que olvidarse que el concurso

<sup>49</sup> Por todos, LWOWSKI/BITTER, *Münchener Komm. § 41 InsO*, RdN. 32, p. 861.

<sup>50</sup> Sin embargo, y respecto del vencimiento anticipado, J. UCEDA OJEDA, “Comentario al artículo 146 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 686 ss., p. 687, entiende que los créditos recobran su condición originaria al acabar el concurso, desapareciendo los efectos que se produjeron. Por el contrario, en el ordenamiento alemán, claramente, v. F. IRSCHLINGER, “Comentario al § 201 InsO”, en D. EICKMANN/A. FLESSNER/F. IRSCHLINGER/H.P. KIRCHHOF/G. KREFT/H.G. LANDFERMANN/W. MAROTZKE, *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2ª edición, Heidelberg, 2000, RdN. 3, p. 696.

proporciona un proceso de verificación de los créditos existentes contra el deudor a resultas del cual se declara la existencia de una determinada cuota de responsabilidad de forma parecida a lo que sucedería en un proceso judicial. Como es sabido, este trámite es el reconocimiento de créditos (v. arts. 86 y 87 LC), que se sustancia ante la administración concursal y cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante el juez del concurso a través del correspondiente incidente concursal (v. art. 86.1 y 96 LC). También es sabido que dicho incidente sólo tiene de incidente procesal el nombre, pues no es otra cosa que un juicio declarativo “comprimido” en el que se dilucida la existencia de dicho derecho de crédito y cuyas resoluciones tienen eficacia de cosa juzgada (v. arts. 192 y 196.4 LC)<sup>51</sup>. Se entiende, entonces, que cuando pretenda realizarse esa cuota de responsabilidad contra el patrimonio del deudor una vez concluido el concurso, se invoque la pretensión incluida en la lista de acreedores, presentada y moldeada conforme a las reglas del procedimiento. Piénsese, por ejemplo, en aquellos proveedores que obtienen el reconocimiento de créditos por suministros ya realizados y que no pueden ser contradichos ni por el deudor, ni por los demás acreedores ni por la administración concursal. Parece razonable pensar que el *quantum* de responsabilidad fijado de este modo podrá ser invocado contra el deudor no sólo dentro, sino fuera del concurso si éste volviere a mejor fortuna (art. 178.2 LC). Y es que una vez constatada su existencia en el marco de este procedimiento, no se ven las razones por las que no haya de ser eficaz fuera del mismo. Pero, además, a la vista de la estricta verificación que padecen los créditos concurrentes, es comprensible también que se atribuya a la lista de acreedores la condición de título ejecutivo judicial, de modo análogo a lo que sucede con una sentencia o un laudo arbitral, pues en ella se declara la existencia de un derecho a la cuota de responsabilidad de los distintos acreedores que acudieron al concurso y se establece el deber del deudor de satisfacerlo con el patrimonio disponible<sup>52</sup>. Sin embargo, esta posibilidad no se ha contemplado –al

<sup>51</sup>. Que estamos ante un juicio declarativo “comprimido” lo apunta con toda claridad J. GARNICA MARTÍN, “Comentario al artículo 192 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 853 ss., pp. 853-854. Respecto de la eficacia de cosa juzgada, v. *id.*, “Comentario al artículo 196 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 869 ss., p. 870.

<sup>52</sup>. Esto es lo que sucede en buena parte de los ordenamientos concursales de nuestro entorno. Así, por ejemplo, sucede en el ordenamiento italiano. A modo de ilustración, v. A. MAFFEI ALBERTI, “Comentario al artículo 97 Legg.Fall.”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4ª edición, Padua, 2000, pp. 394 ss. No obstante, es discutido que este título ejecutivo tenga eficacia fuera del concurso, *ibid.*, pp. 395-396. También se le reconoce carácter

menos de forma expresa- en la Ley concursal. Corresponde, de nuevo, a los intérpretes reconstruir la solución con base en alguna que otra previsión normativa. En concreto, ésta es la que se encuentra en el art. 178.2 LC, donde se reconoce a los acreedores la posibilidad de reanudar ejecuciones una vez concluido el concurso por falta de bienes con los que satisfacer a los acreedores. A primera vista, pudiera parecer que este precepto sólo reconocería a los acreedores la facultad de reanudar las ejecuciones individuales una vez concluido el procedimiento a fin de poder recuperar la parte del crédito que no fue satisfecha en la liquidación<sup>53</sup>. Sin embargo, bien mirado, dicha posibilidad de ejecución sólo podría ejercitarse por los acreedores en tanto gozaran de un título que permitiera dicha ejecución. Así, si la participación en el concurso no proporcionara ese título, habría créditos que dispondrían del mismo (p.ej., aquéllos que hubieran sido declarados en una sentencia o estuvieran recogidos en una escritura pública *ex art. 517.2.1 y 4 LEC*), pero habría otros que no (p.ej., aquéllos que acreditaran su derecho mediante un documento privado). Entonces, es evidente que estos últimos no podrían ejecutar el patrimonio del deudor hasta que no obtuvieran el título que les habilitara para ello. Por eso hay que entender que al introducir esta regla el legislador ha querido hacer algo más que reiterar en sede concursal la vigencia del art. 1911 CC para estos supuestos y permitir la reanudación de las ejecuciones paralizadas *ex art. 55.1 LC*. En realidad, ha querido poner de manifiesto que una vez concluido el concurso habiéndose formado la lista de acreedores –paradigmáticamente, cuando concluye por inexistencia de bienes *ex art. 178.2 LC*–, cualquier acreedor tiene la posibilidad de realizar los activos que luego puedan entrar en el patrimonio del deudor para cobrar la parte no satisfecha de sus créditos. Esto es así *porque la participación en este procedimiento proporciona a todos los acreedores que*

---

de título ejecutivo con eficacia dentro y fuera del concurso en el sistema concursal alemán, al amparo de los §§ 178 y 201 InsO. Así, v. SCHUMACHER, *Münchener Komm. § 178 InsO*, RdN. 1, p. 1132; IRSCHLINGER, *Heidelberger Komm. InsO<sup>2</sup>*, § 201 RdN. 4, p. 696. Entre nosotros, en el Derecho anterior y respecto del procedimiento de quiebra, sucintamente, v. RAMÍREZ, *La quiebra*, II<sup>2</sup>, p. 1584, que atribuía al acreedor un título ejecutivo dentro de la quiebra. Por su parte GARRIDO, *Tratado*, pp. 659-660, atribuía al reconocimiento eficacia de título ejecutivo endoconcursal y dudaba de que pudiera extenderse fuera del concurso.

<sup>53</sup>. Ésta es la consecuencia que se ha destacado en la mayor parte de los comentarios. Así, por ejemplo, v. F. SALVATERRA BADIELLA, “Comentario al artículo 178 LC”, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley Concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 768 ss., p. 769 y J. GONZÁLEZ OLLEROS, “Comentario al artículo 178 LC”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 803 ss., p. 804; o P. CÁMARA ÁGUILA, “Comentario al artículo 178 LC”, en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. II (arts. 116-disp.fin. 35ª), Madrid, 2004, pp. 1844 ss., p. 1845.



queden sometidos al concurso un título que hace posible tal ejecución. Dicho título no es otro que la lista definitiva de acreedores. De este modo, la Ley concursal viene a completar el elenco de títulos ejecutivos judiciales que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (v. art. 517.2.9 LEC)<sup>54</sup>.

En contra de lo anterior podría argumentarse que la lista definitiva de acreedores no es aprobada por el juez del concurso, que sólo dicta un auto que cierra la fase común y da paso bien a la fase de convenio, bien a la fase de liquidación (art. 98 LC). En esos casos no existiría, entonces, una resolución judicial en la que se condena al pago de los créditos incluidos en la lista como si se tratara de una sentencia. Sin duda es criticable que el juez del concurso no apruebe la relación de acreedores, pero ello no empece para que pueda seguir predicándose el carácter de título ejecutivo de la lista. En efecto, dicha lista se ha generado en un proceso presidido por un juez y a resultas de un procedimiento en el que, como se ha indicado, se determina si existe o no un derecho de crédito contra el patrimonio del deudor que deba ser satisfecho. La lista definitiva de acreedores pone, así, de manifiesto una realidad: que existen unos créditos que el deudor debe pagar por una decisión adoptada en el seno del concurso y, por lo tanto, tiene el mismo valor que otros títulos ejecutivos judiciales<sup>55</sup>.

La lista definitiva de acreedores también opera como título ejecutivo cuando el concurso acaba en convenio. Lo que ocurre es que necesariamente deberá de acompañarse de éste y de la resolución de homologación, pues es el convenio debidamente homologado el que determina la forma en la que han de ser satisfechos esos créditos<sup>56</sup>. Reconocer carácter de título ejecutivo a la lista acompañada del convenio clarifica notablemente las consecuencias del incumplimiento del mismo. Así las cosas, los acreedores no se verán forzados a rescindir el convenio y a abrir la

<sup>54</sup>. Comparten esta interpretación E. BELTRÁN/A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario al artículo 178 LC", en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, p. 20, en prensa. El original nos ha sido amablemente proporcionado por sus autores, a los que agradecemos las interesantes discusiones mantenidas sobre la cuestión.

<sup>55</sup>. Sobre la estructura de los títulos ejecutivos judiciales, seguimos a M.A. FÉRNANDEZ-BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y la medidas cautelares*, Madrid, 2001, pp. 72-74.

<sup>56</sup>. Así, por ejemplo, v. A. FLESSNER, "Comentario al § 257 InsO", en D. EICKMANN/A. FLESSNER/F. IRSCHLINGER/H.P. KIRCHHOF/G. KREFT/H.G. LANDFERMANN/W. MAROTZKE, *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2ª edición, Heidelberg, 2000, RdN. 2, p. 817.

liquidación si ese no es su interés, sino que podrán realizar forzosamente su crédito sobre el patrimonio del deudor como alternativa a la rescisión por incumplimiento (v. art. 140 LC, donde la opción por la rescisión ha de entenderse establecida con carácter no excluyente –i.e., podrá solicitar la ejecución, pero también podrá pedir la ejecución forzosa-) <sup>57</sup>. Claramente, el acreedor preferirá ejecutar el contenido del convenio a solicitar la rescisión cuando haya garantes del mismo -p.ej., fiadores solidarios, subsidiarios, etc.-, o cuando un tercero solvente que hubiera comprado los activos de la concursada y hubiera, asimismo, asumido el cumplimiento del convenio, que resulta ulteriormente incumplido. En este último caso, apertura de la fase de liquidación contra ese tercero solvente no es procedente y lo oportuno será ejecutar forzosamente contra su patrimonio el contenido del convenio.

Dejamos para mejor ocasión el análisis más detenido de los problemas que se plantean cuando un acreedor accede al concurso con un título ejecutivo [p.ej., porque tiene su derecho declarado en una sentencia firme (art. 517.2.1 LEC), o en una escritura pública (art. 517.2.4 LEC)] y es, consiguientemente, incluido en la lista de acreedores. El tema está, entonces, en determinar si se produce y cómo se produce la sustitución de un título ejecutivo por otro. La cuestión dista mucho de ser pacífica. Por una parte, si se produce esa vinculación entre las partes a resultas de la aprobación de la lista definitiva, deberá producirse tal sustitución con carácter irrevocable <sup>58</sup>. Sin embargo, no falta quien sostiene que de no permitirse a los acreedores invocar la configuración del derecho tal y como se presentaba antes de la declaración de concurso se generaría un agravio comparativo con respecto

<sup>57</sup>. En el Derecho italiano, esta posibilidad es controvertida cuando el acreedor puede solicitar la rescisión del convenio. Pone de manifiesto esta situación A. MAFFEI ALBERTI, “Comentario al artículo 137 Legg.Fall.”, en *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4ª edición, Padua, 2000, p. 593. A favor, se manifiesta A. BONSIGNORI, “Del concordato”, en F. BRICOLA/F. GALGANO/G. SANTINI (dirs.), *Commentario Scialoja-Branca alla Legge Fallimentare*, Bolonia-Roma, 1977, pp. 127 ss., pp. 520-522, manifestando que la previsión de una sola acción de rescisión no absorbe a la posibilidad de plantear una acción ejecutiva sobre el convenio. En el Derecho alemán la posibilidad de ejecutar el convenio en cualquier de los supuestos no plantea problemas. Así, v. FLESSNER, *Heidelberger Komm. InsO*<sup>2</sup>, § 257 RdN. 1-13, pp. 817-819.

<sup>58</sup>. Claramente, LWOWSKI/BITTER, *Münchener Komm. § 45 InsO*, I, RdN. 42-43, pp. 915-916. También U. HINTZEN, “Comentario al § 201 InsO”, en H.P. KIRCHHOF/H.J. LWOWSKI/R. STÜRNER (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. II (§§ 103-269), Munich, 2002, RdN. 10-13 y 17-18, pp. 1270-1272; e IRSCHLINGER, *Heidelberger Komm. InsO*<sup>2</sup>, § 201 RdN. 7-8, pp. 696-697, quienes además nos aclaran que ese efecto no se produce para quienes no participan en el concurso.

a aquellos acreedores que participaron en el procedimiento y sufrieron las transformaciones señaladas y frente a aquellos otros que no participaron en el procedimiento y pueden ejercitar su derecho tal y como lo tenían reconocido en el título ejecutivo originario<sup>59</sup>.

### 3. Crítica del sistema legal y reconstrucción del modelo

Si comparamos la relación de efectos del concurso que acabamos de exponer con el elenco que establece la ley apreciaremos *pocas coincidencias*. En concreto, la Ley se limita a mencionar como efectos del concurso sobre los créditos la prohibición de compensación (art. 58 LC); la suspensión del devengo de los intereses (art. 59 LC) y la interrupción de la prescripción (art. 60 LC). Faltan, claramente, algunos de los efectos que antes mencionamos. Pero tampoco todos los efectos aquí relacionados son efectos del concurso en sentido estricto. Se han “colado” en ella efectos que poco o nada tienen que ver con la idea de deformación que hemos manejado. Si se me permite la expresión, *ni están todos los que son, ni son todos los que están*.

*No están todos los efectos que realmente son* porque el legislador los ha ido desperdigado a lo largo del procedimiento. Y ha actuado así para vincular dichos efectos a distintos momentos del mismo que ha considerado relevantes: el primer momento relevante para el legislador es la declaración de concurso; el segundo momento es la comunicación de los créditos al procedimiento; y el tercer momento relevante es la apertura de la fase de liquidación. Como decíamos, los efectos que se vinculan a la declaración de concurso son tres: la prohibición de compensación (art. 58 LC), la suspensión o interrupción del devengo de intereses (art. 59 LC) y la interrupción de la prescripción (art. 60 LC). El efecto que se vincula a la comunicación de los créditos en el procedimiento es, en principio, el cómputo de los créditos en dinero (art. 88 LC). Y por fin, los efectos que se asocian a la apertura de la fase de liquidación son el vencimiento anticipado y la transformación –ya no cómputo– de los créditos en dinero (art. 146 LC), así como el descuento de los intereses (art. 159 LC). Las razones que se han invocado para justificar este escalonamiento son fundamentalmente dos: la primera, que habría determinados efec-

<sup>59</sup>. En la literatura alemana, plantea esta cuestión, junto a la subsistencia de las modificaciones concursales fuera del concurso para los acreedores que participaron en él, L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, 2ª edición, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 2002, pp. 549-554. Entre nosotros, se decantan por permitir a los acreedores optar entre el título ejecutivo que proporciona el concurso y su título original BELTRÁN/MARTÍNEZ-FLÓREZ, *Comentario art. 178 LC*, p. 21.

tos -como el vencimiento anticipado- que tendrían una dimensión esencialmente liquidativa y que, por lo tanto, habrían de quedar vinculados a ese momento del procedimiento<sup>60</sup>; y la segunda, favorecer la adopción de los procesos de reorganización evitando la aparición de estos efectos eminentemente liquidativos<sup>61</sup>. Piénsese –nos dirían en un diálogo hipotético los defensores de estas tesis- lo difícil que podría resultar reorganizar un patrimonio si tenemos todos los créditos vencidos en el momento de tomar la decisión de reestructurar. Sin embargo, no se puede compartir ninguna de estas afirmaciones. Por una parte, el vencimiento anticipado, como los demás efectos del concurso, no tiene sólo una dimensión liquidativa (*i.e.*, posibilitar el pago de los créditos no vencidos), sino *también una dimensión valorativa* que, ya hemos visto, es esencial para fijar la cuota de responsabilidad que corresponde a cada crédito a fin de determinar su participación en el concurso (*i.e.*, para determinar la base material sobre la que se aplican las quitas y esperas, para cuantificar el voto de cada acreedor o para fijar la cuota de liquidación)<sup>62</sup>. Pero, por otra, en contra del argumento de la reorganización cabe traer a colación el Derecho comparado. Así, en Ley concursal alemana y en la italiana todos los efectos se desencadenan de una sola vez con la declaración de concurso y frente a ello, no se ha levantado ni una sola voz exigiendo el cambio porque esta solución pueda frustrar las expectativas de

<sup>60</sup>. Entre nosotros, la apuesta por el carácter liquidativo de la regla de vencimiento anticipado es casi unánime en nuestra doctrina; así, por ejemplo, v. GARRIGUES, *Curso*, II<sup>8</sup>, p. 448, o VICENT CHULIÁ, *RJC*, 2 (1978), pp. 681-682 y 687-688, quien señala que los efectos de la quiebra sobre los créditos son, entre otros, los propios de la preliquidación (*i.e.*, vencimiento anticipado, descuento, paralización del devengo de los intereses), mientras que en la suspensión de pagos, ese tipo de efectos no se produce, limitándose a la paralización de ejecuciones y prohibición de compensación. Respecto de la nueva Ley, v. HERBOSA, *Diario La Ley*, 5993 (2004), p. 9, siguiendo la tesis expresada respecto del Derecho anterior por J.L. TOMILLO URBINA, *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Madrid, 1996, pp. 75-76. También, A. SALA ALCAYDE, “Comentario al artículo 146 LC”, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 657 ss., p. 658 y UCEDA, *Derecho concursal práctico*, p. 686.

<sup>61</sup>. Un argumento similar lo encontramos en PULGAR, *RDM*, 250 (2003), p. 1435.

<sup>62</sup>. En el derecho alemán se conoce desde el siglo diecinueve esta doble vertiente del vencimiento anticipado. Así lo ponen de manifiesto LWOWSKI/BITTER, *Münchener Komm. § 41 InsO*, I, RdN. 1-2, p. 851 y p. 852, nota nº 7, donde se citan a favor los textos preparatorios de la vieja *Konkursordnung*. Así, v. G. HAHN, *Die Gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz*, Berlín 1881, pp. 256-257 de la edición facsímil. Particular, sin embargo, es la opinión de JACKSON, *The Logic*, pp. 36-38, aunque más adelante, *ibid.*, p. 45, señala que la única corrección que precisan los créditos “futuros” es el descuento para su valoración actual. Lo que no nos dice es que esa valoración actual presupone una exigibilidad del mismo también actual.

saneamiento de una empresa<sup>63</sup>. A la vista de todo lo anterior es, pues, evidente que no existe ninguna justificación para escalonar estos efectos.

Siendo esto así, nos parece todavía más discutible que con base en esta vinculación entre vencimiento anticipado y liquidación se niegue toda vigencia a las cláusulas de vencimiento anticipado sea por incumplimiento, sea para el evento concursal, que se incorporen a los distintos contratos<sup>64</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la cláusula introducida para provocar el vencimiento de la obligación garantizada con una hipoteca y aplazada a quince años; o en la obligación del fiador—que no se ve, en principio, afectada por el vencimiento concursal—, o en un contrato de apertura de crédito para vincular la posibilidad de disponer fondos a la subsistencia de unas determinadas condiciones patrimoniales en la contraparte. La cláusula de vencimiento anticipado permite en esos casos plasmar jurídicamente la desconfianza en la solvencia futura de la contraparte exigiendo el pago anticipado de la obligación, que una vez declarado el concurso, tendrá que ser necesariamente un pago concursal. No debe, tampoco, caerse en la tentación de equiparar las cláusulas de vencimiento anticipado a otros remedios como pueda ser la denuncia. Mientras que la denuncia y la resolución son por lo general instrumentos agresivos para el patrimonio concursal—i.e., porque extinguen contratos pendientes y privan de su valor al concurso— y se dejan, por ello, sin efectos en buena parte de los casos (v. art. 61.3 LC), las cláusulas de vencimiento anticipado no suelen producir ese tipo de consecuencias, pues se limitan a hacer exigible un derecho que sólo debería poder exigirse más tarde. Por lo tanto, y con las correcciones que introduce la regla de rehabilitación del art. 68 LC, estas cláusulas han de considerarse, en línea de principio, válidas.

Todo esto quedaría reducido a una mera discusión académica si no fuera por las *negativas consecuencias* que arrastraría consigo aplicar la solución que se deriva de la estricta literalidad del art. 146 LC. En efecto, de seguirse a pies

<sup>63</sup> En el derecho italiano, por todos, v. A. MAFFEI ALBERTI, “Comentario al art. 55 Legg.Fall.”, *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4ª edición, Padua, 2000, pp. 210 ss., p. 212. Sin embargo, la solución contraria se consagra en el art. 56 de la norma concursal francesa. Así v. M.D. SCHÖDERMEIER/F. PÉROCHON, “National Report for France”, en W.W. Mc.BRYDE/A. FLESSNER/S.C.J.J. KORTMANN (eds.), *Principles of European Insolvency Law*, Nijmegen, 2003, pp. 233 ss., p. 274, al señalar que el vencimiento anticipado sólo se produce con la liquidación o con la venta en bloque de la empresa.

<sup>64</sup> Sin embargo, v. PULGAR, RDM, 250 (2003), p. 1435. En la literatura alemana, la admisibilidad de este tipo de cláusulas no plantea dudas. A modo de ejemplo, v. LWOWSKI/BITTER, *Münchener Komm. § 41 InsO*, I, RdN. 33, p. 861, respecto de las obligaciones de los fiadores.

juntillas el tenor literal de esta norma *podría quedar de facto imposibilitada la determinación de la cuota de responsabilidad en el momento en que realmente procede*, esto es, durante la fase común, en el trámite de reconocimiento. ¿Y por qué es ése -y no otro-, el momento relevante? Porque es el momento inmediatamente anterior a que se abran las fases que requieren de una participación activa de los acreedores en el concurso: bien la fase de liquidación, o bien la fase de convenio. Si, por ejemplo, mantenemos -como de hecho se mantiene por algunos comentaristas-, que el vencimiento anticipado no se produce hasta la liquidación sería imposible determinar el *quantum* del derecho de voto de ese acreedor o el valor del mismo a los efectos de computar la quita. Pero tampoco sería posible computar de manera homogénea su espera. Esto se aprecia con facilidad a través de un ejemplo: una espera de tres años para los créditos vencidos a la fecha de la declaración de concurso sería de tres años, mientras que una espera para los créditos que hubieran de vencer a la vuelta de cinco años, no sería de tres sino de ocho años. A la vista de lo anterior, se hace necesario reconstruir un sistema en el que *efectos del concurso se desencadenen de forma unitaria vinculados al momento de la declaración*. Para ello, hay que realizar dos operaciones. En primer lugar, vamos a ver que, en principio, no son tres, sino dos los momentos relevantes para que se desencadenen los efectos del concurso sobre los créditos [v. *infra* a)]; y en segundo lugar, vamos a poner de manifiesto que la vinculación al segundo de los momentos -al momento de la apertura de la liquidación- es muy débil. En todos estos casos (*i.e.*, vencimiento anticipado, descuento de los intereses y transformación dineraria), lo que hace la Ley es concretar en sede de pago un efecto que silenciosamente ya se ha producido en un momento anterior [v. *infra* b)].

a) En primer lugar, como decíamos, si examinamos de cerca los preceptos contenidos en la Ley concursal en rigor no hay tres, sino sólo dos momentos relevantes para que se desencadenen los efectos del concurso sobre los créditos. El primero es la declaración de concurso y el segundo sería, en principio, la apertura de la fase de liquidación. El cómputo de los créditos en dinero, formalmente vinculado a la comunicación de créditos, es un efecto que *también toma como referencia el primer momento, la apertura del concurso*. Su vinculación a la comunicación de créditos es un espejismo que ha confundido al legislador, pues, en puridad, todos los créditos han de valorarse en dinero desde el momento en que es declarado el concurso. Esta tasación ha de efectuarse de conformidad con su valor a la fecha de la declaración del mismo. Lo que sucede es que, a diferencia de la interrupción del devengo de intereses o del vencimiento anticipado, dicha valoración no se produce de forma impersonal. La valoración de los créditos en dinero es llevada a cabo por el acreedor cuando comunica su crédito al con-

curso<sup>65</sup>. De ahí la vinculación establecida entre la valoración dineraria y el trámite de comunicación. A la vista de lo anterior, es evidente que el desplazamiento introducido por el legislador resulta equívoco. Lo que importa realmente es que a partir de la declaración de concurso todos los créditos han de medirse tomando la misma vara de medir, esto es, el dinero, y en un mismo momento: la fecha de declaración o apertura del mismo. Y ello con independencia de quién dependa el desencadenamiento de estos efectos. Para deshacer el equívoco, hay que reducir la literalidad del precepto a sus justos términos y vincular el cómputo de los créditos en dinero al momento a partir del cual surte efecto: la propia declaración de concurso.

b) En segundo lugar, a simple vista la Ley dispondría que el vencimiento anticipado, la transformación –ya no el cómputo– de los créditos en dinero y el descuento resultan aparentemente desplazados a un momento posterior, a saber, la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, la *conexión* con este momento del procedimiento es *muy endeble*. Para explicar su debilidad vamos a tomar como ejemplo el caso del vencimiento anticipado. En una interpretación literal del art. 146 LC, buena parte de los comentarios ya publicados señalan que éste sólo se produce con la apertura de la fase de liquidación<sup>66</sup>. Pues bien, tal afirmación no es del todo exacta. En el art. 88.4 LC el legislador exige que se valoren a la fecha de la declaración de concurso las obligaciones futuras, esto es, aquéllas cuya exigibilidad sea posterior a la fecha de declaración de concurso (p.ej., créditos aplazados, rentas, créditos resultantes de seguros de supervivencia, expectativas de derecho, etc.). Esta valoración entraña necesariamente el vencimiento de la obligación, el descuento de los intereses a fecha de declaración de concurso y, lo que es más importante, se lleva a cabo en el trámite de reconocimiento, tomando como referencia el valor del crédito a la fecha de declaración del procedimiento. Dicho esto, lo cierto es que esa valoración de las obligaciones futuras al momento de la declaración de concurso transforma el crédito. Como ya se ha avanzado, dicha transformación se produce desde el momento en que el crédito es incluido en la lista de acreedores *ex art. 97.1 LC*. Entonces, *la referencia del art. 146 LC a la liquidación sólo sirve para poner de manifiesto la concurrencia de un efecto que ya se ha desencadenado y que, precisamente, en esos momentos se manifiesta con especial intensidad*. No hay que olvidar que ese es el momento en que hay que atender el pago de los créditos y por ello, resulta de particular interés destacar que éstos son

<sup>65</sup> Ciertamente serán los acreedores quienes procedan a valorar sus créditos cuando sean ellos quienes comuniquen su crédito al concurso. Por el contrario, cuando los datos del crédito consten en el concurso y se tenga a éste por comunicado al procedimiento, será la administración concursal quien lleve a cabo tal valoración. Sobre estas cuestiones, en detalle, v. N. BERMEJO GUTIÉRREZ, “Comentario al artículo 86 LC”, en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, en prensa.

<sup>66</sup> V. *supra* nota n.º 60.

exigibles en ese preciso instante. Lo mismo sucede en los supuestos de convenio, cuando en el art. 133.2 LC se señala que los efectos del concurso cesan con la vigencia del convenio y son sustituidos por los que establezca el convenio. Estos efectos no sólo serán las quitas y esperas que se acuerden entre deudor y acreedores. El convenio también recogerá las transformaciones mencionadas, pues de otro modo difícilmente se podrá atender al pago de los créditos de la forma convenida (p.ej., el cómputo de una espera, o el cómputo de una quita o reducción cuando la prestación adeudada es una prestación de dar, etc.). Esta interpretación resulta en buena medida extensible *al descuento de los intereses y a la transformación de los créditos no dinerarios en dinero*. En el caso del descuento, la valoración del crédito se ha producido a fecha de declaración de concurso y el art. 159 LC actúa ahora como una regla de ajuste *ex post*: por un lado, nos recuerda que no estando vencido el crédito no fructífero en el momento del pago, éste deberá practicarse con los descuentos oportunos; pero, por otro lado, nos indica acertadamente que en el momento del pago sólo se practica el descuento que se corresponde con un verdadero anticipo en relación con el momento en que debería haberse producido el vencimiento natural de crédito y el cumplimiento de lo pactado. La referencia al “vencimiento que tuviere a la fecha de la apertura de la liquidación” se explica por el fenómeno anteriormente descrito: si se toma la liquidación como el momento en que se produce el vencimiento, tiene sentido que el descuento se mida con relación a dicho momento (= diferencia entre el momento del pago y el momento en el que debería vencer el crédito antes de que se produzca el vencimiento anticipado); pero si mantenemos que la regla del art. 146 LC simplemente declara un efecto que se ha producido antes, la referencia al momento de la liquidación también habrá de entenderse referida a ese momento anterior (*i.e.*, al vencimiento que tuviera el crédito antes de que se produjera el vencimiento anticipado, esto es, a fecha de declaración). Por lo que se refiere a la transformación en créditos dinerarios, los créditos no dinerarios o expresados en una moneda distinta a la de curso legal se computan por su valor en euros a la fecha de declaración de concurso. Ese cómputo transforma el crédito sólo en el sentido de que queda fijado en la lista y la eficacia de dicha transformación se reflejará luego tanto en el convenio (art. 133.2 LC), como en la liquidación (art. 146 LC).

Naturalmente, dado el carácter meramente procedimental de la transformación y su condición de deudas de valor, en el sentido de deudas de un determinado poder patrimonial, las deudas expresadas en moneda extranjera no quedan reducidas a deudas en moneda nacional<sup>67</sup>. La efi-

<sup>67</sup>. Pone de manifiesto la condición de “deudas de valor” de las deudas de dinero C. PAZ-ARES, “sistema de las deudas de dinero (Notas para una revisión de la doctrina española” en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. III, Madrid, 1994, pp. 2071 ss., pp. 2071-2073.



cacia del reconocimiento en estos casos es recalcular en una unidad de medida homogénea el valor del crédito al momento de la declaración de concurso, pero ello no afecta a la unidad monetaria en la que se expresa dicha deuda. Aún más, el pago de ese valor debe hacerse de conformidad con las reglas generales. Refuerza esta interpretación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de ejecución forzosa, que dispone el cómputo en moneda nacional de las deudas en moneda extranjera a los solos efectos de la ejecución (art. 577 LEC). En sede de concurso, eso significa que en caso de las deudas en moneda extranjera efectiva o propia, el acreedor puede exigir a la administración concursal que satisfaga el valor que le corresponda en dicha moneda, dando así cumplimiento a lo pactado y satisfacción al interés de la parte *in bonis*. Sin embargo, este supuesto será poco frecuente; lo más habitual es que se trate de créditos en moneda extranjera impropia. La administración concursal podrá entonces invocar la facultas *solutionis* y satisfacer dicho valor en moneda nacional. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo: Cayo debe pagar a Ticio 1000 yenes dentro de un año, pero es declarado en concurso. El valor del yen a la fecha de declaración es de dos euros, con lo cual el crédito que debe reconocerse a Ticio es de 2000 euros. En la liquidación, sólo se consigue satisfacer un 25 por 100 del crédito, esto es, 500 euros. Si Ticio manifestó en el contrato su interés en recibir yenes (deuda en moneda extranjera propia), podrá reclamar a la administración concursal que satisfaga en yenes ese valor (= 250 yenes). Si, por el contrario, no se manifestó dicha voluntad, la administración concursal podrá pagar en euros ejercitando la referida facultad.

Como decíamos, ni están todos los que son, ni son todos los que están. En efecto, *no todos los efectos que enuncia el legislador son realmente efectos del concurso sobre los créditos*. Nos estamos refiriendo a la prohibición de compensación contenida en el art. 58 LC [v. *infra* c)] y en la interrupción de la prescripción del art. 60 LC [v. *infra* d)].

c) La finalidad de la prohibición de compensación es clara: evitar que un acreedor pueda realizar su crédito sobre el contracrédito del concursado eludiendo el sistema de pago concursal<sup>68</sup>. Desde nuestro punto de vista, además, *esta prohibi-*

<sup>68</sup>. Entre los comentaristas, v. P. LÓPEZ MATEO, “Comentario al artículo 58 LC”, en A. SALA/F. MERCADAL/J. ALONSO-CUEVILLAS (coords.), *Nueva Ley concursal*, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 314 ss., p. 315.

*ción sólo opera cuando la compensación actúe como un mero instrumento de pago, pero no cuando no haya sido utilizada por deudor y acreedor como un instrumento de garantía (p.ej., en operaciones recíprocas en las que las partes anticipen en el momento de conceder crédito la posibilidad de satisfacerse por compensación, en un contrato de cuenta corriente, en operaciones de netting, etc.)*<sup>69</sup>. Sea como fuere, esta interdicción encaja mejor en la *lógica de vetar las acciones individuales de tutela del crédito* que en la idea de deformación del crédito para asegurar su participación en el concurso<sup>70</sup>. No en vano, la mejor doctrina comparada ha afirmado que la facultad de autotutela que confiere la compensación guarda extraordinarias similitudes con la ejecución forzosa. De ahí que debería haberse incluido entre los efectos examinados en el apartado anterior. Además, este dato explica que, la prohibición de compensación cese con la conclusión del procedimiento, al igual que las ejecuciones forzosas y a diferencia de los verdaderos efectos del concurso que quedan fijados en la lista de acreedores y se proyectan fuera de éste cuando se utilice la lista para obtener la ejecución del crédito<sup>71</sup>.

d) Pasando ya a *la interrupción de la prescripción*, ésta tampoco es propiamente un efecto del concurso, sino una concreción en sede concursal del régimen general de la prescripción contenido en el Código civil. Como es sabido, el art. 1973 CC dispone que la prescripción se interrumpe por el ejercicio judicial de la pretensión, por reclamación extrajudicial y por el reconocimiento de deuda que realice el deudor. La mejor doctrina ha venido sosteniendo hasta la fecha que la comunicación o insinuación de un crédito a un procedimiento concursal era equiparable al ejercicio judicial de un derecho. Esta producía la interrupción de la prescripción durante el tiempo que duraba el procedimiento para evitar que la pretensión acreedora pudiera extinguirse en el transcurso del mismo<sup>72</sup>. A la vista

<sup>69</sup>. Con más detalle, v. N. BERMEJO GUTIÉRREZ, "Comentario al artículo 58 LC", en A. ROJO/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid, 2004, en prensa.

<sup>70</sup>. En sede de suspensión de pagos, así lo reconocían J. TORRES DE CRUELLS/R. MÁZ Y CALVET, *La suspensión de pagos*, 2ª edición, Barcelona, 1995, pp. 163-164, pero no hacían salvedad alguna respecto de la función de garantía. En contraste, y respecto del Derecho derogado, entendían la compensación como un efecto de la quiebra, GARRIGUES, *Curso*, II<sup>8</sup>, pp. 451-452 y RAMÍREZ, *La quiebra*, II<sup>2</sup>, pp. 1056-1057 y 1078-1084 y VICENT CHULIÁ, *RJC*, 2 (1978), pp. 682-688, que se extendía al procedimiento de suspensión de pagos. Respecto de la nueva Ley, v., por ejemplo, HERBOSA, *Diario La Ley*, 5993 (2004), p. 9, siguiendo la propia sistemática legal.

<sup>71</sup>. Sobre el cese de este pretendido efecto del concurso, v. BELTRÁN/MARTÍNEZ FLÓREZ, *Comentario art. 178 LC*, p. 25.

<sup>72</sup>. Destacadamente, L. DÍEZ-PICAZO, "Comentario al artículo 1973 CC", en L. DÍEZ-PICAZO/R. BERCOVITZ/C. PAZ-ARES/P. SALVADOR CODERCH (coords.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 2169 ss., p. 2171.

está que no se trata propiamente de un efecto del concurso, sino de *la concreción en sede concursal de una regla de Derecho común*. Esta interpretación está avalada por el Derecho comparado: en este punto, resulta de particular interés citar las soluciones que a esta cuestión proporciona el derecho italiano (v. art. 2943 del *Codice civile*) o en el derecho alemán (§ 209 BGB), ordenamientos éstos donde, además, se abordan las cuestiones relativas a la interrupción de la prescripción en su sede natural: el Código civil. Sin embargo, el legislador español no lo ha entendido así. A primera vista, parecería que la interrupción de la prescripción habría sido tratada como un efecto del concurso y -ahora viene el problema- vinculado a la propia declaración del mismo. Con esta solución, se introduce en el sistema la siguiente paradoja: fuera del concurso, un acreedor que se quede cómodamente en su casa y que no realice ningún esfuerzo por ejercitar a tiempo su pretensión frente al deudor verá cómo ésta se extingue al término del plazo de prescripción; por el contrario, si se abre el concurso esa misma prescripción queda interrumpida por mor de la mera apertura del procedimiento. Y ello aunque el acreedor no haga nada ni quiera hacer nada para impedirlo -piénsese, por ejemplo, que el acreedor sea un amigo del deudor o la matriz de la sociedad concursada y que ninguno de ellos tenga interés en reclamar el pago del crédito-. La contradicción de valoración entre uno y otro supuesto resulta evidente. Además, de admitirse que la mera declaración de concurso interrumpe la prescripción quedaría modificado de manera un tanto sorpresiva el régimen de la prescripción en el Código civil, al introducirse un nuevo motivo de interrupción discordante con la lógica general, a saber, la mera declaración de concurso. Para evitar las distorsiones que esta lectura del precepto impondría en el régimen general de la prescripción es necesario *limitar la literalidad del mismo a sus justos términos*. En concreto, esta regla ha de entenderse referida a aquellos supuestos en los que al tiempo de la declaración de concurso se haya producido un hecho apto para producir la interrupción de la prescripción. Ello sucederá cuando, por ejemplo, a la fecha de declaración de concurso el deudor presente la lista de acreedores que han de quedar sometidos al mismo. También sucederá cuando un acreedor inste la declaración de concurso y conste de esa forma su crédito en éste, pues en ese caso quedaría comunicado *de facto* al procedimiento (art. 86.1 LC)<sup>73</sup>. Se entiende así que esos acreedores se han beneficiado de un reconocimiento de deuda o han ejercitado su derecho de crédito en el concurso y que, por lo tanto, en lo que a la prescripción se refiere, queda interrumpida la prescripción en ese momento. Por el contrario, los acreedores que no se beneficien de tales situaciones, deberán recurrir al trámite tradicional de la comunicación para provocar tal efecto. Al igual que sucede con la compensación, este pretendido

<sup>73</sup>. Con más detalle, v. N. BERMEJO GUTIÉRREZ, "La interrupción de la prescripción: ¿un verdadero efecto del concurso?", *Estudios en homenaje al profesor Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, en prensa.

efecto no queda fijado en la lista de acreedores, sino que en términos generales desaparece con la conclusión del procedimiento<sup>74</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

La Ley concursal no es, precisamente, un ejemplo de buena técnica legislativa. El afán de ofrecer a los operadores jurídicos un nuevo texto legal que colmara las grandes carencias evidenciadas por el Derecho anterior ha dado lugar a la aparición de una norma que acusa notables deficiencias técnicas y que, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer -y con alguna excepción-, no ha tomado en consideración las más modernas tendencias en la materia. Como muestra, un botón: nótese que la Ley no dispone nada acerca de la posibilidad de que el deudor persona natural se libere del pasivo impagado tras el concurso para no gravar sus posibilidades futuras de obtención de rentas (lo que se conoce con el nombre de *discharge* y que otorga al acreedor un *fresh-start*)<sup>75</sup>. Ahora corresponde a los intérpretes suplir algunas de estas carencias, proporcionando respuestas que permitan reconstruir un sistema racional y, de paso, sentar las bases de una doctrina concursal sólida. Sólo así conseguiremos, de verdad, que nuestro Derecho concursal abandone la oscuridad de las cavernas y se aproxime cada vez más a los parámetros de transparencia, predecibilidad y equidad que se reclaman de cualquier sistema jurídico confiable y que permite el desarrollo del mercado del crédito<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Además del trabajo citado en la nota anterior, también v. BELTRÁN/MARTÍNEZ FLÓREZ, *Comentario LC*, p. 25.

<sup>75</sup> Y ello a pesar de los esfuerzos realizados en este sentido, incluso durante la tramitación parlamentaria. Sobre la cuestión, v. BELTRÁN/MARTÍNEZ-FLÓREZ, *Comentario art. 178 LC*, p. 3, en nota.

<sup>76</sup> En el informe publicado por el Fondo Monetario Internacional hace unos años se señalaba que los objetivos generales que debe alcanzar cualquier norma concursal son, en primer lugar, dotar de predecibilidad al sistema; en segundo lugar, asegurar un tratamiento equitativo de todos los acreedores de modo que a cada uno se le reconozca en el concurso lo que le corresponde y, en tercer lugar, dar transparencia al procedimiento. Así, v. IMF, *Orderly & Effective*, pp. 5-6. En una dirección muy parecida avanza el informe del Banco Mundial ya citado, THE WORLD BANK, *Principles and Guidelines*, pp. 2-4 en el que se afirma que la transparencia y la predecibilidad de un sistema concursal son fundamentales para garantizar la existencia de un sistema crediticio sólido: "Competition in credit delivery is handicapped by lack of access to accurate information on credit risk and by unpredictable legal mechanisms for debt enforcement" [...] "A modern, credit-based economy requires predictable, transparent and affordable enforcement both of unsecured and secured credit claims by efficient mechanism outside of insolvency, as will a sound insolvency system. These systems must be designed to work in harmony".