

Trabajo Fin de Máster

LA INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA

Presentado por:

Eduardo Damià Martí

Tutora:

María del Carmen Boldó Roda

Fecha de lectura:

22 de enero de 2018

Máster en Abogacía

Curso académico 2017-2018

SUMARIO

I.	Introducción.....	3
	1.1. Resumen.....	3
	1.2. Palabras clave.....	4
II.	Determinación de la masa activa.....	5
	1.1. Inventario de bienes.....	5
	1.2. Instrumentos de reintegración de bienes a la masa activa.....	6
	1.3. Bienes obtenidos por concurso calificado como culpable.....	6
III.	Cuantificación de los créditos contra la masa.....	7
	1.1. Los parámetros de valoración de la insuficiencia de masa. Dificultades interpretativas del 176 bis.....	7
	1.2. La <i>garantía</i> de un tercero contra la insuficiencia de masa.....	8
IV.	Procedimiento de liquidación para pagar créditos contra la masa.....	9
	1.1. Comunicación de la insuficiencia de masa al juez.....	10
	1.2. Los efectos de la comunicación de la insuficiencia de masa.....	11
	1.2.1. Sustitución de la regla del pago de deudas al vencimiento..	11
	1.2.2. <i>Suspensión</i> del curso normal del procedimiento.....	12
	1.3. El pago a los acreedores de la masa.....	12
	1.4. La realización de los bienes de la masa.....	13
	1.4.1. Venta directa de bienes por la Administración Concursal....	14
	1.4.2. Ejecución de bienes: plan de liquidación o según las reglas legales supletorias.....	14
	1.4.3. Venta de bienes en los primeros momentos del concurso..	15
	1.4.3.1. La inadecuación de las reglas establecidas para la liquidación concursal.....	15
	1.4.3.2. Necesidad de autorización judicial para la realización de los bienes.....	16

1.4.4.	El pago de los créditos contra la masa.....	17
1.4.4.1.	Créditos contra la masa sometidos a graduación...18	
1.4.4.1.1.	Créditos que nazcan después de constatarse la insuficiencia de masa.....	19
1.4.4.1.2.	Créditos contra la masa.....	19
1.4.4.1.3.	Créditos imprescindibles para concluir la liquidación.....	19
V.	Conclusión del concurso por insuficiencia de masa.....	20
1.1.	Los presupuestos de la conclusión.....	20
1.1.1.	La realización de los bienes de la masa activa.....	21
1.1.2.	La terminación de la sección de calificación o la previsión de concurso calificado como no culpable.....	21
1.1.3.	Terminación de las acciones de reintegración de la masa..	23
1.1.4.	Informe final de la Administración Concursal.....	24
1.2.	Efectos de la conclusión del concurso.....	25
1.2.1.	Persona física: el beneficio del pasivo no satisfecho.....	25
1.2.1.1.	La (posible) reapertura del concurso.....	26
1.2.2.	Efectos de la conclusión: deudor persona jurídica.....	27
1.2.2.1.	Extinción de la persona jurídica.....	27
1.2.2.2.	Conclusión del concurso sin extinción de la sociedad: actuación del órgano societario.....	29
1.2.2.3.	Actuaciones para concluir la liquidación societaria en el concurso.....	29
VI.	Conclusiones.....	31
VII.	Bibliografía.....	34

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Resumen

La situación económica que atraviesa España desde la crisis del año 2008¹ ha generado un auge en la materia concursal que se ha ido prolongando hasta en la actualidad. La estadística² dice que aproximadamente ocho de cada diez concursos de acreedores quedan abocados a la liquidación. En cambio, como veremos a continuación, la Ley Concursal parece más proclive a que el convenio se presente como la conclusión *normal*³ del procedimiento.

El convenio de acreedores tiene sentido cuando la empresa es viable y puede hacer frente a los créditos de sus acreedores. Desgraciadamente, esta situación no es la habitual, por lo que entendemos que la legislación en este punto presenta un escollo de cara a salvaguardar los intereses de los acreedores⁴.

En esta situación, nos encontramos en concursos de acreedores donde existen o se generen más deudas que bienes para satisfacer los créditos de los acreedores o bien los activos del deudor no sean suficientes para cubrir la totalidad de los créditos contra la masa. Esto sucede a raíz de que el deudor no tiene suficiente patrimonio con el que pagar a sus los créditos de sus acreedores. Esta situación se conoce como insuficiencia de masa activa. En estos casos, urge concluir el concurso lo antes posible con el objetivo de que no se incrementen más las deudas.

La insuficiencia de masa puede producirse en cualquier momento procesal; en el momento anterior a la declaración del concurso, en la

¹ Fuentes del diario El País apuntan que en el año 2008 los concursos de acreedores aumentaron en un 108%.

² Estadísticas del año 2017 en el que según fuentes periodísticas cifran en un 90% los casos en los que un concurso de acreedores queda abocado a la liquidación.

³ Así ORBEGOZO, XABIER: *Boletín Quantor Contable*, número 91, el 1 de abril de 2011.

⁴ GURREA MARTÍNEZ, AURELIO: «La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso». www.hayderecho.com, 12 de junio 2017.

declaración del mismo, durante la fase común o en la fase de liquidación⁵. Como veremos a lo largo del trabajo, como consecuencia de la declaración de insuficiencia de masa se producen dos efectos trascendentes como son la *suspensión* del curso normal del proceso concursal⁶ y la sustitución de la regla del pago de deudas al vencimiento por un sistema de graduación⁷.

Es el caso que nos ocupa, cuando un deudor no tiene suficientes bienes con los que hacer frente las deudas contra la masa. En estas páginas, analizaremos la situación que se produce ante la inexistencia de masa activa y las consecuencias que de ello se derivan. Los efectos que se desprenden de esta situación tienen gran trascendencia de cara a las posibilidades de cobro de los acreedores como veremos a continuación.

1.2. Palabras clave

LC – Ley Concursal

AC – Administrador Concursal

LSC – Ley de Sociedad de Capitales

CC – Código Civil

⁵ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. y BROSETA PONT, M.: *Manual de derecho mercantil*. Tecnos 2017.

⁶ En el punto 1.2.2. *Suspensión del curso normal del procedimiento*, página 14 de este trabajo se trata de forma extendida este efecto de la insuficiencia de masa activa.

⁷ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2014 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, pp. 5. La alteración de la regla del vencimiento en el pago de los créditos contra la masa es uno de los principales efectos de la declaración de la insuficiencia de masa.

II. DETERMINACIÓN DE LA DE MASA ACTIVA

1.1. Inventario de bienes

Una de las primeras funciones de la AC es la de determinar que bienes del deudor concursado pasarán a formar parte de la masa activa. Para ello, no solo se deben tener en cuenta los bienes actualmente disponibles, sino también los bienes que pudieran reintegrarse o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76 y ss LC).⁸

Cuando se tenga la sospecha de que puede haber insuficiencia de masa activa, la AC tendrá que redactar el inventario de bienes con la mayor brevedad posible con el fin de salvaguardar los (pocos) bienes existentes. Para ello, la AC está facultada a presentar el informe preliminar con el inventario antes de que se cumpla el plazo legal previsto.

Por lo tanto, podemos decir que, para determinar la insuficiencia de masa activa tan solo se deben considerar los bienes destinados a satisfacer los créditos contra la masa. En este sentido, no se considerarían los bienes inembargables, los desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal (art. 176 bis.3 LC).⁹

En lo que respecta a los concursos en los que exista insuficiencia de masa activa y la mayoría de créditos sean privilegiados especiales, no tiene sentido continuar el proceso concursal ya que en la mayoría de estos casos existe un derecho de ejecución separada.¹⁰

⁸ ALCOVER, «Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa», *ADCo*, 2013, núm. 28, p. 23.

⁹ Así lo establece la LEC en su artículo 643.2

¹⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La liquidación de la masa activa», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.). Madrid, Civitas, 2014, p. 661.

1.3. Instrumentos de reintegración de bienes a la masa activa

Uno de los instrumentos que tiene la AC para *incrementar la masa activa*, es a través de los mecanismos de reintegración.

Este procedimiento permite devolver bienes a la masa activa que han salido indebidamente (acción de reintegración concursal, revocatoria, nulidad etc.), reparar el daño sufrido (acción responsabilidad extracontractual frente a terceros, administradores, liquidadores y auditores etc.) o integrar bienes de otros sujetos responsables de las deudas del concursado (acciones contra socio responsable de deudas sociales, art. 48 bis.1 LC).

Ante esta situación, pueden darse varias situaciones. La primera de ellas, excluir la posibilidad de insuficiencia de masa activa, con lo que no procederá la conclusión del concurso y la segunda puede producir que, aunque se hayan recuperado bienes, estos no alcancen para satisfacer a los acreedores, con lo que la AC considerará la insuficiencia de masa activa y se seguirán los trámites previstos para continuar con el procedimiento.¹¹

1.4. Bienes obtenidos por concurso calificado como culpable

El concurso se calificará como culpable cuando concurren los requisitos establecidos en los artículos 164 y 165 LC (STS Sala 1ª, Sección 1ª, núm. 269/2016 de 22 abril -EDJ 2016/44817-. Esta sentencia se refiere a los motivos de culpabilidad regulados en el art.164 LC).

Debemos tener presente que, no sólo se puede incrementar directamente la masa activa, sino que puede conseguirse una disminución de los créditos contra la masa pendientes de pago. En caso de concurso culpable, el juez puede condenar a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido

¹¹ En este sentido, CAMPUZANO, A.B. «La función represora y la función reintegradora de la calificación: la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y la sección de calificación.» en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Coediciones-Cívitas. «No será posible la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa cuando resulte previsible la posibilidad de reintegrar o reconstruir la masa activa, ya sea mediante el ejercicio de las acciones de reintegración propiamente dichas, incluidas las acciones de impugnación, y mediante las acciones de responsabilidad de terceros, ya mediante las pretensiones patrimoniales ligadas a la calificación del concurso como culpable». p. 347 y ss.

indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, pero también puede condenarles a «la pérdida de cualquier derecho» que dichas personas «tuvieran como acreedores concursales o de la masa». En caso de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, «el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o, de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit».¹²

Si con ello alcanza para satisfacer a todos los acreedores, el concurso seguirá. De lo contrario la administración concursal deberá constatar la insuficiencia de masa activa y seguir adelante el procedimiento.¹³

III. CUANTIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

1.1. Los parámetros de valoración de la insuficiencia de masa. Dificultades interpretativas del 176 bis

En el momento en que se plantee la posible insuficiencia de masa activa, la Ley exige al Juez del concurso la realización de una serie de predicciones sobre hechos futuros o inciertos¹⁴.

En este sentido, el artículo 176 bis LC establece en su primer párrafo del apartado 1 que no procederá la conclusión del concurso cuando es previsible la calificación del mismo como culpable. En el párrafo segundo de dicho apartado especifica que no podrá dictarse auto de conclusión del concurso mientras se

¹² CAMPUZANO, A.B. «La función represora y la función reintegradora de la calificación: la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y la sección de calificación.» en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Coediciones-Cívitas. p. 348 y ss.

¹³ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La liquidación de la masa activa», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.). Madrid, Civitas, 2014, p. 663.

¹⁴ DELGADO NIETO. «Los presupuestos del concurso de acreedores», en BROSETA PONT, M. *Manual de derecho mercantil*. Tecnos 2017. p. 244. «las pautas para constatar la insuficiencia de masa deben valorarse de forma singular e individualizada.»

esté tramitando la sección de calificación y, por su parte, el apartado 3 establece que en su informe justificativo la administración concursal afirmará y razonará *que el concurso no será calificado como culpable*.¹⁵

Otra circunstancia que constata la labor adivinatoria por parte del Juez y de la AC es que no pueden aplicarse los efectos establecidos en el artículo 176 bis.4 LC hasta que *no sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros*.¹⁶

Por esta razón, la AC debe considerar para cuantificar las deudas de la masa, la posibilidad de que el concurso sea calificado como culpable o la previsibilidad del ejercicio de acciones de reintegración.¹⁷

En definitiva, la poca precisión que se desprende del texto legal hace que tanto el Juez del concurso como la AC tengan que decidir con muy poca información (es muy frecuente que en la petición inicial del concurso no se acompañe toda la información requerida), por lo que para decidir sobre la existencia de insuficiencia de masa o no, la Ley tan solo exige que se considere *previsible* tal circunstancia, no exige certeza absoluta. Por lo que de considerarse *previsible* la insuficiencia de masa se seguirán los trámites previstos en el artículo 176 bis.2 LC.

1.2. La *garantía* de un tercero contra la insuficiencia de masa

El art. 176 bis.5 LC permite a cualquier acreedor solicitar la continuación del concurso. Para ello, deberá aportar indicios suficientes de que existen bienes ejecutables, y además prestar una garantía o aval por importe bastante para el

¹⁵ CAMPUZANO, A.B. «La función represora y la función reintegradora de la calificación: la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y la sección de calificación.» en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Coediciones-Cívitas, en las interpretaciones en torno a la valoración de la insuficiencia, p. 350 y ss.

¹⁶ DELGADO NIETO. «Los presupuestos del concurso de acreedores. Dificultades interpretativas y aplicativas del artículo 176 bis.4», en BROSETA PONT, M. *Manual de derecho mercantil*. Tecnos 2017. p. 244.

¹⁷ En este sentido, CAMPUZANO, A.B. «La función represora y la función reintegradora de la calificación: la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y la sección de calificación.» en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Coediciones-Cívitas «si el juicio de previsibilidad para enervar la conclusión por insuficiencia de masa viene referido tanto al ejercicio de dichas acciones, cuanto a la calificación del concurso como culpable, es porque la suficiencia e insuficiencia de masa activa debe valorarse desde un punto de vista funcional», p. 350 y ss.

abono de los créditos contra la masa. Por lo que la posible reanudación del concurso es decisión del Juez del concurso, no es potestad de la AC.

De producirse este hecho, no solo impediría la conclusión del concurso, sino que además pondría en marcha un procedimiento dirigido a pagar a los acreedores de la masa por el orden de graduación (art. 176 bis. 1 LC).

Dicha garantía se presta cuando no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración, impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable¹⁸.

IV. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN PARA PAGAR CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Tan pronto como conste la insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa, la AC lo comunicará al Juez y este lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas y desde ese momento, la AC deberá proceder a pagar los créditos contra la masa por el orden establecido en el artículo 176 bis.2 LC.

En este sentido, la *mera verificación* de insuficiencia de masa activa constituye la obligación por parte de la AC de comunicar la insuficiencia de masa activa al Juez del concurso.¹⁹

Se trata de una regulación del procedimiento a seguir para pagar a los acreedores de la masa absolutamente deficiente y que plantea graves problemas interpretativos.

¹⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La exclusión de la insuficiencia de masa por la garantía de un tercero», en en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 666.

¹⁹ HURTADO YELO, «La conclusión del concurso por insuficiencia de bienes. Problemas en torno a la LCon art.176 bis» en Actum Mercantil & Contable, nº 39. abril-junio 2017. «La comunicación al juez previsto en el art.176 bis, es una comunicación breve sin un fundamento detallado, contra el que no cabe oposición, ni revisión judicial.»

1.1. Comunicación de la insuficiencia de masa al juez

La AC informa al Juez acerca de la situación *previsible* de insuficiencia de masa activa y supondrá que se pongan en marcha los trámites previstos (art. 176 bis LC). Como hemos dicho anteriormente, para que la AC llegue a la conclusión de insuficiencia de masa activa, se tienen que haber *agotado* las demás vías de reintegración de bienes, como son las acciones de reintegración, rescisión, impugnación o responsabilidad de terceros a causa de la calificación culpable del concurso etc²⁰.

Es la misma AC quien debe valorar si con el ejercicio de dichas acciones se podrían satisfacer los créditos de los acreedores o no. El problema que plantea el ejercicio de dichas acciones es que la pendencia podría ser un obstáculo a la hora de valorar los bienes.

Sin embargo, una vez comunicada la insuficiencia de masa al juez, el siguiente paso es proceder al pago de los créditos de los acreedores²¹, conforme a las reglas del art. 176 bis LC, y al mismo tiempo la AC tramita las acciones de reintegración etc. que considere oportunas; si bien el concurso no terminará hasta que se hayan tramitado todas estas acciones.

Situación parecida la que sucede cuando la AC considere la calificación del concurso como culpable o cuando la sección de calificación se encuentre en tramitación. La terminación de calificación del concurso supone un presupuesto de conclusión del concurso, pero no del procedimiento de realización de bienes. No tiene sentido esperar a la terminación de calificación para hacer la comunicación de insuficiencia de masa activa al juez y comenzar la fase de liquidación, ya que supondría dilatar más el concurso y aumentar las deudas de la masa²².

²⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La comunicación de insuficiencia de masa al juez», en en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 668.

²¹ GARCÍA-CRUCES, «El fracaso del proceso concursal ya declarado», *ADCo*, 2013, núm. 30, p. 18.

²² *Cfr.* GARCÍA-CRUCES, «El fracaso del proceso concursal ya declarado» *ADCo*, 2013, núm. 30, pp. 21-22 y LÓPEZ-SÁNCHEZ, *El proceso*, Cizur Menor, 2012, p. 468.

1.2. Los efectos de la comunicación de la insuficiencia de masa

Constatada la insuficiencia de masa y comunicada la misma al Juez, todos los esfuerzos ya no se dirigen a la satisfacción de los acreedores concursales, sino a la de los acreedores de la masa y a concluir el concurso. La reforma de la Ley Concursal en 2011 propició que desde el momento en que se prevé que no va a ser posible el pago de dichos créditos contra la masa, se concluya el concurso sin proceder a la liquidación de los créditos concursales²³. Este hecho tiene dos efectos trascendentales:

1.2.1. Sustitución de la regla del pago de las deudas de la masa al vencimiento.

Es uno de los efectos más importantes. Supone la constatación de la insuficiencia de masa respecto con el pago de los créditos. Se establece el pago de conformidad con el orden de graduación (art. 176 bis.2 LC); sustitución que prohíbe a los acreedores reclamar el pago de sus créditos al vencimiento o según el vencimiento, y la de iniciar o continuar ejecuciones.

La Ley 38/2011 introdujo una matización a la regla de vencimiento. En el artículo 84.3 LC dispone: *«Los créditos del número 1º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La AC podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social»*.

Por lo que, frente a la regla del vencimiento de pago, la AC puede acogerse a algunas excepciones, siempre que prevea que en el futuro la masa activa será suficiente para atender los créditos contra la masa «postergados». Hay un grupo de créditos *impostergables*; trabajadores, alimenticios, tributarios o

²³ VÉLAZ NEGUERUELA, Actualidad Jurídica Aranzadi num.832/2011 parte Comentario «conclusión del concurso por insuficiencia de masa».

de Seguridad Social. Pero los demás, podrán dejar de abonarse conforme a la regla de vencimiento, de concurrir las circunstancias que establece la norma²⁴.

1.2.2. *Suspensión* del curso normal del procedimiento.

Constatada la insuficiencia de masa activa, el objeto del procedimiento es el pago de los acreedores de la masa hasta donde sea posible. Por ello, tan solo se realizarán los trámites necesarios para alcanzar dicho objetivo²⁵.

Ahora bien, dicha suspensión del desarrollo normal del procedimiento *no supone una suspensión del concurso en sentido estricto*. En este sentido, la AC continuará los trámites para que el concurso siga con sus efectos²⁶

Debemos entender que se seguirán todas aquellas actuaciones que puedan ayudar a la finalización del concurso. Es decir, las actuaciones que no sean precisas para pagar a los acreedores de la masa o para concluir en concurso, quedarán en suspenso (elaboración de la lista de acreedores concursales y/o su impugnación) y, por el contrario, las indispensables continuarán (continuación de acciones de reintegración pendientes, sección de calificación del concurso cuando la AC estime que debe ser culpable).

1.3. El pago a los acreedores de la masa

Otro de los problemas que presenta el texto legal es el momento en el que debe satisfacerse el pago a los acreedores.

No queda bien claro en la Ley si el momento del pago debe realizarse tras la comunicación al Juez de la insuficiencia de masa o si por el contrario

²⁴ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2014 parte Estudios

²⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ. «Los efectos de la comunicación de la insuficiencia de masa al juez», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 672.

²⁶ En este sentido LÓPEZ SÁNCHEZ, establece como efectos la limitación de facultades del concursado (si la insuficiencia de masa se produce antes de la fase de liquidación y el concursado estuviera intervenido, la Administración Concursal debe solicitar al juez que se pase a la suspensión para que la Administración Concursal pueda realizar los bienes), la existencia de masa activa y su separación del patrimonio personal concursado, la prohibición de acciones ejecutivas individuales por parte de los acreedores y la prohibición de compensación, *El Proceso*, p. 477; (Así también MARTÍNEZ FLÓREZ, FLOREZ «La liquidación de la masa activa, p. 673.)

hasta que se haya puesto de manifiesto la comunicación en la oficina judicial a las partes personadas. Esta situación es problemática porque existe un lapso considerable entre ambos momentos.

Por un lado, la primera opción perjudica el derecho a los acreedores a solicitar la reanudación del concurso mediante su desarrollo ordinario, ya que podrían enterarse de dicha comunicación cuando hubieran concluido las operaciones de liquidación y el pago de los créditos contra la masa. Además, pueden existir terceras personas con derechos e intereses que se vean afectados por la liquidación y cuya tutela requiere protección²⁷. Por otro lado, la segunda opción conlleva un incremento de las deudas de la masa, que es de lo que se trataría de evitar con la insuficiencia de masa.

El art. 176 bis.2 LC exige que, *tan pronto como se conozca la insuficiencia de masa se comuniquen sin más al juez del concurso*²⁸. Por lo tanto, el precepto no fija momento exacto, siendo tan solo necesario que se dé la insuficiencia de bienes para satisfacer los créditos contra la masa. El juez del concurso lo pondrá de manifiesto a las partes personadas en la oficina judicial. En cuanto al contenido de la comunicación, parece que ha de ser sencilla, comunicando los extremos que funden la conclusión (art. 176 bis LC).

En definitiva, la doctrina se inclina por la opción más *conservadora* ya que prioriza los derechos de los acreedores y terceros legitimados respecto a la rápida ejecución de los bienes. Aunque deja abierta la puerta a la realización de bienes para el pago de acreedores que no se vean afectados por la posible impugnación, adoptando en su caso medidas cautelares.

1.4. La realización de los bienes de la masa

La AC procederá al pago de los créditos contra la masa. Sin embargo, no especifica las medidas para realizar los bienes y obtener liquidez. En el caso

²⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ. «El comienzo de las actuaciones dirigidas a pagar a los acreedores de la masa», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 675-676.

²⁸ Así HURTADO YELO «La conclusión del concurso por insuficiencia de bienes. Problemas en torno a la LCon art.176 bis. Aspectos procesales del artículo 176 bis LCon», en *Actum Mercantil & Contable*, nº 39. abril-junio 2017.

que el poco patrimonio del deudor sea solamente dinero, no será necesario. Pero dicha masa puede estar constituida por bienes de importante valor patrimonial (naves industriales o mercantiles)²⁹.

1.4.1. Venta de los bienes por la Administración Concursal.

Una vez comunicada la insuficiencia de masa activa al juez, se produce una *suspensión de su curso normal*. Esto supone que el principal objetivo del concurso sea satisfacer a los acreedores de la masa y concluir lo antes posible el concurso para no generar más deudas de la masa³⁰.

Durante la fase común, la AC tiene muy difícil enajenar los bienes de la masa activa del concursado sin autorización judicial. Sin embargo, la Ley contempla algunas excepciones (arts. 43.2 y 3 LC) que no están pensadas para realizar la totalidad de los bienes con el fin de satisfacer los créditos de los acreedores y además no quedan al margen de la supervisión del Juez.

En la fase de liquidación, igualmente es requisito la autorización del Juez, aunque se articula por otras vías; aprobación del plan de liquidación, al adoptar la decisión de realizar los bienes de acuerdo con las reglas legales (art. 148.2 LC) o de otras expresamente previstas (art. 149.1.1ª LC)³¹.

1.4.2. Ejecución de bienes: plan de liquidación o según las reglas legales supletorias

Si constatada la insuficiencia de masa activa, existe ya un plan de liquidación aprobado o una decisión del juez del concurso de realizar el activo según las reglas legales supletorias, la liquidación se llevará a cabo según el plan aprobado o de acuerdo con las citadas reglas legales³². Lo obtenido por

²⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso*, p. 472.

³⁰ Así GARCÍA-CRUCES, *ADCo*, 2013, núm 30, p. 24 y 28, entiende que el concurso ha quedado suspendido por la comunicación de insuficiencia de masa por parte de la administración concursal y, en definitiva, el artículo 176 bis LC suspende –en su opinión– la aplicación de las reglas concursales.

³¹ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La venta de los bienes por la administración concursal de modo directo», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 679.

³² LÓPEZ SÁNCHEZ, *El Proceso*, p. 466-467

las enajenaciones de los bienes irá a parar a los acreedores de la masa y no a los acreedores concursales³³ (art. 176 bis. 2 LC).

Por otro lado, cuando la AC tenga elaborado el plan de liquidación, aunque todavía no haya concluido su tramitación, siempre que estime que se aprobará en un breve plazo, el plan de liquidación permite una realización de los bienes adaptada las particulares necesidades del caso concreto³⁴.

1.4.3. Venta de bienes en los primeros momentos del concurso:

1.4.3.1. *La inadecuación de las reglas establecidas para la liquidación concursal*

En la mayoría de los casos se produce la *imposibilidad de presentar el plan de liquidación antes de la elaboración del informe y del inventario*. Esto supone retrasar el procedimiento de enajenación de los bienes a costa de seguridad jurídica³⁵.

Sin embargo, en el supuesto que estamos tratando de la insuficiencia de masa, no existirían problemas para la presentación del plan de liquidación antes de la emisión del informe, ya que, si existe insuficiencia de masa, la AC debe realizar un inventario de bienes.

Ahora bien, pueden surgir inconvenientes en los casos donde la masa activa sea escasa porque la tramitación del plan de liquidación y el seguimiento de las reglas establecidas por la Ley para la liquidación concursal pueden resultar inadecuadas en estos casos.

³³ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La realización de los bienes», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 679.

³⁴ En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ «La realización de los bienes», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 680. sostiene que la «realización de los bienes según esas reglas es perjudicial por el retraso y la pérdida de valor que comporta la realización a través de subasta prevista por las reglas legales supletorias»; No así LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso*, p. 477, señala que, si la insuficiencia de masa se aparece tras la apertura de la fase de liquidación, pero antes de la aprobación del plan de liquidación deberá estarse a lo establecido en el artículo 149 de la Ley Concursal.

³⁵ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ. «La realización de los bienes», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 681 y LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso*, p. 611.

Esto se debe a que la Ley exige que se cumplan una serie de requisitos, como el plazo de 15 días para formular observaciones o propuestas de modificación del plan (art. 148.2 LC). Este precepto legal resulta incomprensible, ya que por un lado alarga todavía más el proceso, lo que puede llevar a generar todavía más deudas al mismo y, por otro lado, no tiene sentido que sean los acreedores concursales quienes presten las observancias o propuestas de modificación, puesto que la liquidación ya no *busca satisfacer* su interés, sino el de los acreedores de la masa; por lo que lo lógico sería que las observaciones y propuestas fueran presentadas por estos³⁶.

Por estas razones, entendemos que el precepto legal resulta inadecuado como hemos apuntado anteriormente, por lo que el legislador debería plantearse una reforma de la norma, con el fin de agilizar más el proceso de realización de los bienes y que los acreedores estén en disposición de que se les satisfaga (hasta donde sea posible) su crédito.

1.4.3.2. *Necesidad de autorización judicial para la realización de los bienes*

La insuficiencia de masa activa supone la liquidación de los bienes. Constatado este hecho, el procedimiento se dirige a la realización de los bienes para satisfacer a los acreedores de la masa y, tras ello, a la conclusión del concurso³⁷.

No obstante, esta situación no justifica prescindir de autorización judicial, salvo que concurran los requisitos del art. 43.3 LC de liquidación anticipada. La autorización judicial no supone un retraso importante y además constituye un mecanismo de garantía para los interesados.

La AC, propondrá al juez una especie de *plan de liquidación* en el que considere que la enajenación de los bienes resulte más satisfactoria para los acreedores. En este sentido, cabe destacar que desaparecen las

³⁶ En este sentido. MARTÍNEZ FLÓREZ. «La inadecuación de las reglas establecidas para la liquidación concursal», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 683

³⁷ En este sentido GARCIA CRUCES, ADCo, 2013, núm 30, p. 24.

enajenaciones conservativas en las que había limitaciones a la hora de realizar los bienes y ahora se pasa a las enajenaciones liquidatorias

El procedimiento de realización de los bienes resulta mucho más sencillo cuando ya no existe actividad empresarial. Esta opción sería la ideal por la rapidez con la que se desarrollaría la enajenación del conjunto de bienes.

En el lado opuesto, nos encontraríamos con una empresa en funcionamiento y con contratos en vigor. Este supuesto resulta más problemático y puede ser debido al existir acuerdos de refinanciación o convenio concursal que fracasa y determina la apertura de liquidación.

La solución a estos casos es la de seguir los principios de la Ley relacionados con la enajenación de establecimientos mercantiles; deberán ser vendidos buscando la mejor solución para todos los interesados, como unidad íntegra³⁸.

En la transmisión de la empresa, habrá audiencia con los representantes de los trabajadores (como en la fase de convenio). Es un trámite para la autorización judicial que sean oídas todas las partes interesadas.

El gran inconveniente surgirá por el hecho de que si la venta de la empresa determina la modificación, suspensión o extinción de los contratos laborales, se producirá la tramitación del *ERE concursal* (arts. 148.4 y 149.1.2ª LC). La consecuencia es que se prolongue el concurso y se generen nuevas deudas de la masa. Si dichas medidas se adoptan *fuera* del concurso, sería el nuevo adquirente y los trabajadores los que debería acudir a lo establecido en la legislación laboral.

1.4.4. El pago de los créditos contra la masa.

Una vez enajenados los bienes, la AC procederá al pago de los acreedores de la masa por orden de graduación (art. 176 bis.2 LC) y, en su

³⁸ ST 367/2016 JPI Palencia, de 12 de septiembre de 2016, «en el que muestra como la Ley concursal parte de la premisa básica consistente en que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se realice libre de deudas, con lo cual el nuevo adquirente no se subroga en las deudas preexistentes del concursado».

caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación.

1.4.4.1. *Créditos contra la masa sometidos a graduación*

Quedan sometidos a graduación todos los créditos contra la masa vencidos tras la constatación de la insuficiencia de masa³⁹.

La sustitución de la regla de pago al vencimiento por la de pago por orden de graduación es consecuencia de la insuficiencia de masa activa, por lo que la graduación afecta a todas las deudas de la masa pendientes. Este cambio supone que los créditos de los acreedores vencidos antes de la constatación de la insuficiencia de masa (deberían haber sido pagados por la regla del pago al vencimiento o del pago inmediato) no pueden cobrar al vencimiento porque ya están vencidos ni tampoco de forma inmediata.

Esto se debe a que la Ley al aplicar la graduación de los créditos contra la masa, no distingue entre créditos de vencimiento anterior y créditos de vencimiento posterior a la constatación de insuficiencia de masa activa. La explicación es que, si se pagaran los créditos vencidos antes de la constatación de la insuficiencia de masa activa fuera de la graduación, eliminaría la protección de los intereses que pretenden tutelarse con el orden de graduación, por lo que estos créditos serán sometidos a graduación⁴⁰.

Por lo que se refiere a los créditos contra la masa que no han vencido tras constatarse la insuficiencia de masa activa, también deben ser sometidos a graduación como los demás. Cuestión distinta sería si la AC tuviera que actuar con el fin de evitar nuevos créditos contra la masa; solicitando el cese de actividad, poniendo fin a los contratos en vigor, alquiler de instalaciones o servicios etc.), con el objetivo de fijar las deudas de la masa.

³⁹ JM núm. 1 de Bilbao de 20 de junio de 2013 y de 19 de septiembre de 2013, «... la comunicación de la administración concursal de insuficiencia de masa activa (...) procederá a aplicar el régimen previsto en el artículo 176 bis, no tiene eficacia constitutiva (...)».

⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ. «Los créditos contra la masa sometidos a graduación», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 688. y GARCIA CRUCES, *ADCo*, 2013, núm. 30, p. 32.

1.4.4.1.1. Créditos que nazcan después de constatarse la insuficiencia de masa

Son créditos que se originan a causa de la responsabilidad extracontractual del concursado. Por ejemplo, el caso de una empresa que sigue en funcionamiento por daños al medio ambiente o en los créditos debidos a daños causados a terceros debido a otro bien, propiedad del concursado integrado en la masa activa⁴¹.

1.4.4.1.2. Créditos contra la masa

Estos créditos se originan como consecuencia de la tramitación del concurso. Deben ser satisfechos junto con los demás por el orden establecido en la Ley, a no ser que nacieran cuando ya se haya terminado la liquidación y antes de que se declare la conclusión del concurso. Los daños producidos por bienes de la masa activa a terceros serán deudas de dicha masa (art. 84.2.10º LC) y se colocarán en el último lugar de la graduación (art. 176 bis.2 LC).

1.4.4.1.3. Créditos imprescindibles para concluir la liquidación

Son los que han suscitado mayor problemática como veremos a continuación. Son créditos que quedan fuera del orden de graduación y *deben satisfacerse con carácter previo*; las labores precisas para la realización de los bienes y para pagar con el producto a los acreedores de la masa activa hasta donde sea posible (estos son doblemente preferenciales)⁴². De la masa activa disponible para pagar a los acreedores de la masa deben detraerse las cantidades necesarias para satisfacer los créditos imprescindibles para finalizar la liquidación⁴³.

⁴¹ Así GARCIA CRUCES, ADCo, 2013, núm 30, p. 32, interpreta que la comunicación de insuficiencia de masa por parte de la administración concursal supone que ya no pueden surgir nuevos créditos contra la masa más allá de los imprescindibles para concluir el concurso. En cambio, supone un problema la determinación jurídica de los *créditos involuntarios*.

⁴² MARTÍNEZ FLÓREZ. «Los créditos imprescindibles para concluir la liquidación», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 690.

⁴³ Vid. Entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso*, p. 471; GARCIA CRUCES, ADCo, 2013, p. 29.

En este sentido, debemos entender como créditos imprescindibles para concluir la liquidación aquellos que deriven de actos o negocios que resulten *absolutamente necesarios* para llevar a cabo la realización de los bienes y pagar a los acreedores de la masa⁴⁴.

La *retribución de la AC* considerada como crédito imprescindible es la que ha suscitado mayor polémica. La actuación de la AC resulta imprescindible en la vida del concurso por lo que la necesidad de contar, como mínimo, con la misma es indiscutible⁴⁵. A lo largo del Título II de la Ley Concursal dedicado a la AC no se hace la expresa mención a esta situación.

V. CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INSUFICIENCIA DE MASA

1.1. Los presupuestos de la conclusión

Los presupuestos de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa son distintos de los del procedimiento de liquidación dirigido a satisfacer a los acreedores de la masa⁴⁶. Para la puesta en marcha de este procedimiento basta con la constatación de insuficiencia de masa activa. En este momento del procedimiento ya no se busca satisfacer los créditos de los acreedores, sino concluir lo antes posible con el fin de que se generen nuevas deudas contra la masa.

⁴⁴ GARCIA CRUCES, *ADCo*, 2013, p. 30.

⁴⁵ Así GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.4/2013 «No hay motivo alguno para entender que, si ello es imprescindible para que el proceso concursal exista y avance, ha dejado de serlo para practicar las diligencias de enajenación de activos y pago de los créditos contra la masa, debiendo entenderse incluidos sus honorarios en la excepción que el artículo 176bis2 impone al orden de pagos de los mismos.».

⁴⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La distribución de la masa activa realizable», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 692.

1.1.1. La realización de los bienes de la masa activa

Es una actuación que la AC debe llevar a cabo para pagar a los acreedores de la masa (art. 176 bis.3 LC). Una vez *realizados* los bienes, comenzarán las actuaciones con el fin de que el Juez concluya el concurso.

Sin embargo, la realización de los bienes no constituye un requisito de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, ya que podría haber *inexistencia* de bienes para pagar a los acreedores de la masa⁴⁷. Esto supone que podrá concluirse el concurso siempre que concurren los demás presupuestos del art. 176 bis LC para la conclusión.

En resumidas cuentas, nos podemos encontrar en un concurso donde no existan bienes suficientes para satisfacer a los acreedores de la masa. Este hecho supone que todas las actuaciones se dirijan a concluir el concurso. Esta consecuencia responde a la lógica de no alargar sine die las actuaciones y evitar que se generen nuevas deudas contra la masa.

1.1.2. La terminación de la sección de calificación o la previsión de concurso calificado como no culpable

Es uno de los requisitos que exige el art. 176 bis de la LC para poder concluir el concurso por insuficiencia de masa activa para abonar los créditos contra la masa. Por lo que cabe entender el hecho que el concurso ha sido calificado como fortuito. La AC mediante informe justificará sus razones para considerar como culpable o no el concurso⁴⁸. La razón de ser de este requisito

⁴⁷ Así LÓPEZ SÁNCHEZ, *El Proceso*, p. 482

⁴⁸ ST TS 5-2-15, núm. 45/2015, EDJ 12007, considera este informe del administrador concursal como el único necesario en esta sección: «*el informe de la Administración Concursal previsto en el art. 169.1 de la Ley Concursal tiene el carácter de necesario, ya proponga que el concurso se califique como culpable, ya como fortuito. No ocurre lo mismo con el dictamen del Ministerio Fiscal (último inciso del art. 162 de la Ley Concursal), ni con la oposición de la concursada o de las personas afectadas o cómplices en el caso de que la Administración Concursal o el Ministerio Fiscal postulen la calificación del concurso como culpable, pues si no comparecen se les declara en rebeldía*». No así otra parte de la doctrina en ST AP Baleares, Sección 5ª, 11-1-17, núm. 1/2017, EDJ 4561 «*analizado el precepto legal (176 bis LCon), si los presupuestos para que proceda la conclusión por insuficiencia son tres (la propia insuficiencia, la ausencia de posibles reintegraciones y la certeza de que el concurso no será calificado como culpable) todos deben ser objeto de valoración por el juez y esta resolución es susceptible de recurso de apelación (176 bis 4 LCon) por lo que pueden ser objeto de revisión cualquiera de los tres postulados*».

no es otra que la posibilidad que con la calificación culpable del concurso y la determinación de responsabilidad de personas afectadas o de cómplices, puedan reintegrarse nuevos bienes al concurso, ya sea vía responsabilidad civil (art. 172 de la LC), o vía cobertura del déficit (art. 172 bis LC)⁴⁹.

Por otro lado, partimos del presupuesto en que la AC considera que el concurso debe ser calificado como culpable. En este caso, se tramita la sección de calificación del concurso y éste no podrá concluir hasta que el Juez determine la culpabilidad o no del mismo. Es en este punto donde pueden surgir problemas, debidos a que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y la calificación del concurso no está bien articulada en la Ley⁵⁰.

Decimos que pueden surgir problemas por el hecho de que la sección de calificación está pensada para los casos de Convenio, Liquidación o Liquidación conforme a las normas legales supletorias (art. 167 LC) y en cambio, plantea muchos problemas en la insuficiencia de masa activa.

Los problemas surgen porque en caso de insuficiencia de masa activa, esta puede aparecer en cualquier momento; antes de la apertura de la fase de liquidación o tras la apertura anticipada de la fase de liquidación sin que se haya aprobado el plan de liquidación.

Esto puede suponer que se ponga en marcha la sección de calificación y no exista todavía un plan de liquidación, a no ser que el concursado haya presentado plan de liquidación en el escrito de solicitud de concurso (art. 190.3 LC)⁵¹. La consecuencia es que la AC elaborará un plan de liquidación o que el Juez proceda a la liquidación según las normas legales cuando se considere que existan bienes que puedan satisfacer los créditos contra la masa.

En ambos casos no resulta favorable para la satisfacción de los créditos. El tiempo que puede tardar en elaborarse el plan de liquidación y la espera a

⁴⁹ HURTADO YELO, *La conclusión del concurso por insuficiencia de bienes. Problemas en torno a la LCon art. 176 bis*, «presupuestos para la conclusión del concurso por insuficiencia de masa», en *Actum Mercantil & Contable*, nº 39. abril-junio 2017.

⁵⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ. «La terminación de la sección de calificación o la justificación de que el concurso no se calificará como culpable», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 694.

⁵¹ Así MARTÍNEZ FLÓREZ. «La distribución de la masa activa realizable», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 695.

que este sea aprobado, supone una vez más que se alargue el procedimiento con las consecuencias que ello conlleva.

En casos de inexistencia de masa es habitual que no existan bienes realizables para satisfacer los créditos de los acreedores, ya que los pocos bienes pueden estar afectos al pago de créditos con privilegio especial. En este caso, no tendría sentido la elaboración de un plan de liquidación, ni acordar la liquidación según las normas legales, pues carecerían de objeto⁵².

En resumidas cuentas, la Ley establece que la tramitación de la sección sexta constituye un presupuesto de conclusión del concurso por insuficiencia de masa. Sin embargo, como hemos comentado, no establece los mecanismos adecuados para que la sección de calificación se ponga en marcha. Por lo tanto, lo más lógico es que el Juez ordene formar de la sección de calificación pese a no haber plan de liquidación o liquidación conforme a las reglas legales, con el objetivo de concluir lo antes posible el concurso.

1.1.3. Terminación de las acciones de reintegración de la masa

No podrá concluirse el concurso cuando sea previsible el ejercicio de alguna de estas acciones o cuando estas se encuentren en fase de tramitación (art. 176 bis.1 II LC). Sin embargo, si la pendencia de dichas acciones no representa un obstáculo para la conclusión del mismo, aunque pueden surgir dos problemas que veremos a continuación.

En primer lugar, en caso de cesión de las acciones de reintegración a un tercero no impedirá la conclusión del concurso. En este caso, si el resultado de la misma es positivo, no supondrá la integración de bienes en la masa activa del concurso cuando las acciones pendientes hubieran sido objeto de cesión.

En segundo lugar, cuando la AC aprecie que lo que se obtuviese de ellas no será suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa. En este caso el propio art.176 bis 1 LC aclara este extremo: *«fuese manifiesto que*

⁵² No así la ST AP de Sevilla de 25 de junio de 2013 «[I]a inexistencia de activo hace innecesaria la tramitación y formulación de un plan de liquidación (...)».

lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa».

Ahora bien, cuando la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa se manifiesta una vez declarado el concurso, la norma no puede entenderse en sentido literal⁵³. El concurso no concluirá pese a no poder obtener beneficio alguno del ejercicio de dichas acciones. Esas acciones deben tramitarse, aunque no sirvan para pagar los créditos íntegramente.

En resumidas cuentas, la *previsibilidad* del ejercicio de acciones de reintegración, impugnación, de responsabilidad a terceros o la pendencia de dichas acciones es un requisito establecido en la LC que impide concluir el concurso por insuficiencia de masa como hemos comentado al principio de este apartado. Sin embargo, en el caso de que no pudiera obtenerse patrimonio, en este caso sí que podrá concluirse el concurso.

1.1.4. Informe final de la Administración Concursal

La AC presentará al Juez un informe justificativo. En este informe, debe afirmar y razonar que concurren los presupuestos para concluir el concurso, rendir cuenta de las operaciones de liquidación realizadas, además de hacer mención expresa a las cuestiones relacionadas con la calificación del concurso y con la reintegración de masa activa (art. 176 bis.3 LC).

La AC debe incluir en todos los informes previos al auto de conclusión del concurso una completa rendición de cuentas⁵⁴. Junto a ello, solicitará al juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, con el fin de satisfacer a los acreedores de la masa⁵⁵.

⁵³ Cfr. HURTADO YELO, en *Actum Mercantil & Contable*, nº 39. abril-junio 2017. *La conclusión del concurso por insuficiencia de bienes. Problemas en torno a la LCon art.176 bis*, donde establece que *debe seguirse el mismo criterio ya visto respecto de la sección de calificación, es decir, no impedirá la existencia de estas acciones la conclusión del concurso si se ve que dichas acciones no conllevan un aumento efectivo de patrimonio.*

⁵⁴ Así LÓPEZ SÁNCHEZ, *El Proceso*, p. 481

⁵⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, *El Proceso*, p. 481

1.2. Efectos de la conclusión del concurso

1.2.1. Persona física: el beneficio del pasivo no satisfecho

Dos efectos principales de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa del deudor persona física. El primero, el *beneficio del pasivo exonerado por el deudor persona natural* y el segundo la *recuperación por los acreedores de las acciones individuales* que habían quedado paralizadas.

El art. 178 LC establece el beneficio del pasivo insatisfecho por el deudor. Para ello, el deudor tiene que cumplir los requisitos del art. 178 bis.3 1º al 3º LC, permitiendo la norma la alternatividad entre el requisito del apartado 4º o el 5º que han de darse, uno u otro cumulativamente con los del 1º al 3º. Este requisito fue introducido por el añadido por el RDL 1/2015 y modificado posteriormente por la Ley 25/2015. En consecuencia, a los concursos que por aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionatorias o restrictivas de derechos no les sea de aplicación la nueva redacción de la norma, no se les puede exigir que se satisfaga el requisito de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos (JM Palma de Mallorca núm 1 3-3-16, EDJ 40730)⁵⁶.

Estos requisitos que debe cumplir el deudor persona natural son los siguientes. El primero de ellos es que el concurso no haya sido declarado culpable. En segundo lugar, que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. Por último, de

⁵⁶ En cualquier caso, el beneficio de la exoneración de los créditos pendientes supone una *excepción* a la regla del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil

acuerdo con el art. 231 de la LC, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos⁵⁷.

Por otro lado, se produce la recuperación de las acciones individuales por los acreedores. Esto supone que los acreedores podrán ejercitar *acciones individuales* cuando el deudor venga a mejor fortuna, por ejemplo, cuando los bienes que carecían de valor en el mercado adquieran valor posteriormente, etc. Además, también podrá iniciar o continuar las acciones procedentes contra los bienes que queden en el patrimonio del deudor en el momento de la conclusión⁵⁸.

1.2.1.1 La (posible) reapertura del concurso

En el año siguiente a la fecha de resolución de conclusión de concurso (...) los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido, art. 179.3 LC. Sin embargo, la reapertura del concurso queda supeditada a la existencia suficiente de bienes para poder cubrir las deudas que se generaría con la reapertura del concurso, tal como establece el art. 176 bis. 4º LC⁵⁹.

En el caso de que se solicite la reapertura *aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación del concurso como culpable*. La calificación del concurso no persigue la reintegración de bienes solamente, sino que también tutela intereses públicos. En estos casos, se tramitará la

⁵⁷ Cuando sea de aplicación la norma, la tramitación previa del acuerdo extrajudicial de pagos implicará una carga procesal imperativa, de obligado cumplimiento, aun cuando no exista apariencia de posibilidad de alcanzarlo (AP Pontevedra 25-1-16, EDJ 24203).

⁵⁸ Así MARTÍNEZ FLÓREZ. «la recuperación de las acciones individuales por los acreedores», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 701.

⁵⁹ Vid MARTÍNEZ FLÓREZ. «la posibilidad de instar a la reapertura del concurso», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 702., considera *indiferente* si la reapertura del concurso significa una *continuación del proceso viejo* o por el contrario una *nueva declaración de concurso*. Lo que es innegable es el hecho de que la reapertura del mismo *generará unos gastos y deben ser tenidos en cuenta para decidir si merece la pena reabrir el concurso o no*.

reapertura con el fin de permitir que la calificación del concurso cumpla su función sancionadora y de protección de los terceros

Sin embargo, puede haber excepciones; cuando el juez aprecie la insuficiencia de masa durante la declaración del concurso, pues la previsible calificación del concurso como culpable no está entre los hechos que debe considerar el juez a la hora de declarar la conclusión del concurso. Y, por otro lado, cuando se estime la reapertura del concurso para la tramitación de la sección de calificación. A pesar del silencio legal, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso en otros supuestos: *cuando el deudor adquiera nuevos bienes* en una cuantía que justifique la reapertura del concurso (cuando los bienes sean suficientes para pagar las deudas generadas con la reapertura y que satisfagan en parte a los acreedores)⁶⁰.

1.2.2. Efectos de la conclusión: deudor persona jurídica

Los acreedores pueden solicitar la reapertura si aparecen nuevos bienes (art. 179.2 LC) o ejercitar acciones individuales cuando los bienes adquiridos no justifiquen la reapertura del concurso. Además, también podrá solicitarse la reapertura del concurso como en el caso anterior (art. 179.3 LC).

1.2.2.1. Extinción de la persona jurídica

El art. 178.3 LC, señala que “la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda...” Estos efectos tienen una serie de consecuencias en cada caso concreto.

La extinción de la personalidad jurídica representa una *presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de los terceros de buena fe*, pero carece de efectos para el resto de acreedores subsistentes, ya que éstos

⁶⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ. «la posibilidad de instar a la reapertura del concurso», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 703

podrán iniciar ejecuciones individuales contra el deudor persona jurídica, por lo que ésta ha de conservar su personalidad jurídica para poder *soportar* esas reclamaciones⁶¹.

La conclusión del concurso por insuficiencia de masa puede tener lugar tanto en casos en los que la persona jurídica no cuenta con bien alguno como en otros en los que puede seguir teniendo sus bienes en su patrimonio (bienes desprovistos de valor de mercado, bienes cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal), incluso bienes de importante valor (bienes afectos al pago de acreedores con garantía real). Incluso estando en tramitación o pendiente de entablar procesos dirigidos a la ejecución de esos bienes⁶².

Por lo que se plantea la cuestión de si el juez debe extinguir la persona jurídica en aquellos casos en que ésta dispone de bienes y/o es parte de procesos en tramitación. Sin embargo, existen razones para entender que el juez no debería declarar la extinción en estos supuestos:

Por un lado, porque la concursada puede seguir contando con bienes una vez finalizado el proceso concursal, bien sea por la terminación de la fase de liquidación o tras la insuficiencia de masa para satisfacer los créditos de los acreedores, arts. 152.2 y 176 bis.3 LC.

Y, por otro lado, causaría graves perjuicios a los acreedores en el plano procesal, es decir, los bienes o derechos existentes de la concursada se quedarían sin titular, con lo que pasarían a ser *res nullius*. Y, en el plano procesal, la concursada perdería la capacidad de ser parte dentro de un (futuro) proceso como por ejemplo por reintegración de bienes. Además, los acreedores con garantía real (bancos) no podrían ejercitar los procesos correspondientes para el pago de sus créditos, como por ejemplo sería el procedimiento de ejecución hipotecaria⁶³.

⁶¹ MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEVRE, 2015, punto 4438

⁶² MARTÍNEZ FLÓREZ. «el problema de la extinción de la persona jurídica», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 705.

⁶³ MARTÍNEZ FLÓREZ. «el problema de la extinción de la persona jurídica», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 705.

Por todas estas razones, en el caso en que la concursada disponga de bienes o derechos, el juez no debe declarar la extinción de la sociedad.

1.2.2.2. Conclusión del concurso sin extinción de la sociedad: actuación del órgano societario

La insuficiencia de masa ha aparecido en la fase de liquidación, por lo que según el art. 145.3 LC, *la sociedad concursada estará disuelta y en período de liquidación societaria* al momento de la conclusión del concurso.

No se produce el cese de la administración de la sociedad en fase de liquidación. El cese solo se produce cuando se vayan a realizar las operaciones de liquidación, pudiendo los administradores de la sociedad continuar en la misma en todo aquello no relacionado con el concurso (art. 145.3 LC)⁶⁴.

Con la apertura de la fase de liquidación concursal, se nombrarán liquidadores societarios para que representen a la sociedad “en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”, pero también fuera del procedimiento concursal en todo lo que no resulte afectado por el concurso. Nombramiento que será la conversión de la AC en liquidadores (art. 376.1 LC).

El periodo de liquidación societaria se dirige a poner fin a la persona jurídica de la sociedad. Lo único que persigue la LC y la LSC es que la liquidación del patrimonio concursal se realice por los órganos concursales y por el procedimiento establecido en la Ley; *en todo lo demás* (aspectos societarios o relacionados con la actividad empresarial etc.) *serán aplicables las normas societarias relativas al periodo de liquidación*⁶⁵.

1.2.2.3. Actuaciones para concluir la liquidación societaria en el concurso

En esta fase del procedimiento, las actuaciones se dirigirán al pago de los acreedores con garantía real (hasta donde sea posible) ya que es posible

⁶⁴ MARTÍNEZ FLÓREZ, *La extinción*, p. 116.

⁶⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ. «El órgano societario de representación de la sociedad a partir de la disolución determinada por la liquidación concursal», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 707.

que los bienes no alcancen para pagar a los demás acreedores, que sean inembargables, que carezcan de valor de mercado o la realización sea desproporcionada atendiendo a su valor venal y, por último, proceder a la extinción de la sociedad.

Sin embargo, si después del pago a los acreedores privilegiados, aún quedara algo de remanente, los liquidadores lo utilizarían para pagar a los acreedores de acuerdo con las reglas sobre clasificación y graduación de créditos del CC (1921 CC y ss.)⁶⁶.

En último lugar, agotados los bienes para pagar a los acreedores, los liquidadores procederán a entregar los restantes bienes a los socios, como establece el art. 393.1 LSC.

El problema surge a la hora de extinguir la sociedad y cancelar sus asientos registrales. La cancelación registral no determina la desaparición de la sociedad. Como establece la doctrina más autorizada⁶⁷, al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo (TS 20-3-13, EDJ 42036).

*La voluntad de la LC es que las personas jurídicas que terminan el concurso sin haber satisfecho a todos sus acreedores se extingan, para ello será preciso proceder a integrar las normas societarias con las concursales*⁶⁸.

En definitiva, los liquidadores societarios deben justificar al juez la terminación de la liquidación de los bienes y de las relaciones jurídicas de la sociedad para que el este acuerde la extinción de la sociedad concursada.

⁶⁶ Así MARTÍNEZ FLÓREZ. «El órgano societario de representación de la sociedad a partir de la disolución determinada por la liquidación concursal», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 708.

⁶⁷ JM Oviedo núm. 1 auto 13-2-15, donde tras un análisis pormenorizado, concluye en el caso concreto se combinan todos los escenarios posibles, dando lugar a una especie de «tormenta jurídica perfecta»: liquidación societaria previa, concurso y liquidación societaria consecutiva al concurso, pero que nada obsta, para que los liquidadores (nunca cesados por el juzgado, recordemos) subsistan en sus cargos y culminen el proceso de liquidación en su día abierto

⁶⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ. «Las actuaciones necesarias para finalizar la liquidación de la sociedad», en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.), *La liquidación de la masa activa*, Madrid, Civitas, 2014, p. 709.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo sobre la insuficiencia de masa activa, he tratado de ofrecer una visión global sobre la misma. Por lo que, en las conclusiones acerca de la insuficiencia de masa activa, me gustaría poner de manifiesto las cuestiones que a mi modo de ver me han resultado más trascendentes debido a su regulación en la Ley.

- I. En mi opinión, uno de los problemas más significativos que plantea la actual regulación legal es el *obstáculo* de no poder ejecutar los bienes durante los primeros momentos del concurso cuando se haya constatado la insuficiencia de masa. Este punto lo hemos tratado en el trabajo y, como hemos expuesto, el *problema* existe por el hecho de que se debe dar traslado a todos los acreedores para posteriormente realizar los bienes.

Desde mi punto de vista, esta situación debería ser revisada por el legislador ya que en la actual LC prima el derecho de audiencia de acreedores y terceros sobre la ejecución rápida de los bienes del concursado. En este sentido, está claro que deben respetarse unas mínimas garantías legales que permitan que no se vulneren los derechos de los acreedores y terceros, y, además, que se facilite una rápida intervención de la AC con el objetivo de poder ejecutar los escasos bienes que pueda disponer el concursado y así poder satisfacer los créditos de los acreedores.

En definitiva, a la hora de establecer un punto de partida sobre como entrar a valorar ambas posturas, el legislador debería partir de la opción *menos gravosa* para los intereses del concurso, esto es, la de evitar que se generen más deudas contra la masa y, desde mi punto de vista, se debería partir de este presupuesto y no por ello se debe entrar en conflicto sobre los derechos de los acreedores y terceros, pues puede agilizarse todo el proceso de tal manera que ambas opciones resulten compatibles y beneficiosas para todos los interesados.

- II. El siguiente punto que destacar y, probablemente uno de los más polémicos que rodean los supuestos de insuficiencia de masa activa, lo representan los honorarios de la administración concursal. Como hemos comentado en el punto (...), uno de los efectos que se producen tras la declaración de insuficiencia de masa activa es la de la sustitución de la regla del pago de los créditos al vencimiento por un sistema de graduación de créditos que establece el art. 176 bis. LC.

Como hemos visto a lo largo del trabajo, los honorarios de la administración concursal se articulan de forma muy difusa en la Ley. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se inclina por la postura de que los honorarios de la administración concursal sean considerados como créditos imprescindibles para la conclusión del concurso. Esta situación ha generado no pocos problemas en la práctica y en los últimos años hemos observado como la jurisprudencia también se inclina por considerar dichos honorarios como créditos imprescindibles para concluir el concurso.

Dicho esto, si tuviera que posicionarme a favor de alguna de las posturas, mi opinión es la de que los honorarios de la administración concursal deben ser considerados como créditos imprescindibles para la conclusión del concurso. Me parece de sentido común considerar como *imprescindible* la labor de la AC dentro del concurso, tal y como hemos comentado a lo largo de este trabajo y, por ello, entiendo que es lógico y coherente considerar como crédito imprescindible el trabajo de la AC, por lo que en base a ello se remuneren sus honorarios. En este sentido, creo que la LC necesita una revisión en este apartado, con el objetivo de clarificar este punto para disolver las dudas que se han venido manifestando a lo largo de estos últimos años.

III. Finalmente, me gustaría destacar uno de los casos que la Ley Concursal podría regular de otra forma, ya que en la práctica creo que sería interesante que en los casos en los que en una empresa manifieste

insuficiencia de masa activa, la Ley permita continuar con la actividad productiva siempre y cuando se den una serie de circunstancias concretas en cada caso.

En los casos donde la AC esté negociando la venta de la unidad productiva de la empresa, el valor de ésta será mayor si se encuentra activa que si por el contrario carece de actividad, por lo que según casos convendría conservar esta actividad empresarial ya que beneficiaría tanto al concurso, pues es más factible atraer a posibles compradores y la oferta de estos puede ser superior y, a los acreedores ya que tendrían más posibilidades de cobrar sus créditos si la venta se produce en mejores condiciones y por último, a los trabajadores de la empresa ya que si se consigue realizar la venta de la unidad productiva se evitarían muchos costes (ERES concursales, resolución de contratos por despido, etc.). Si bien es cierto que, en caso de no existir una oferta firme de compra se correría el riesgo de aumentar las deudas contra la masa, que es precisamente lo que se pretende evitar. Sin embargo, la Ley debería contemplar el supuesto de una oferta formal de compra de la unidad productiva empresarial por todos los motivos expuestos anteriormente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER, G.: «Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa», *Anuario de Derecho Concursal*, 2013, núm. 28, pp. 23 y ss.

CAMPUZANO, A.B.: «La función represora y la función reintegradora de la calificación: la conclusión del concurso por insuficiencia de masa y la sección de calificación.» en *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Coediciones-Cívitas, p. 347 y ss.

GARCÍA-CRUCES, J.A.: «El fracaso del proceso concursal ya declarado», *Anuario de Derecho Concursal*, 2013, núm. 30, p. 18 y ss.

LÓPEZ-SÁNCHEZ, J.: *El proceso concursal*, Cizur Menor, 2012, pp. 468 y ss.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «La liquidación de la masa activa», en en Rojo, A. Quijano, J. y Campuzano, A.B. (dirs.). Madrid, Civitas, 2014, p. 661 y ss.

DELGADO NIETO, C.: «Los presupuestos del concurso de acreedores», en Broseta Pont, M. *Manual de derecho mercantil*. Tecnos 2017. p. 244

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., en Broseta Pont, M.: *Manual de derecho mercantil*. 23ª ed., Tecnos, Madrid 2016.

MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, 2015, epígrafe 4438.

HURTADO YELO, J.J.: «La conclusión del concurso por insuficiencia de bienes. Problemas en torno a la LCon art.176 bis» en *Actum Mercantil & Contable*, nº 39. abril-junio 2017.

GURREA MARTÍNEZ, A.: «La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso». www.hayderecho.com, 12 de junio 2017.

ORBEGOZO, X.: «La aprobación judicial del convenio en el concurso de acreedores.» *Boletín Quantor Contable*, número 91, el 1 de abril de 2011.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «La alteración de la regla del vencimiento en el pago de los créditos contra la masa». *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.9/2014 parte Estudios, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, pp. 5.

GONZÁLEZ NAVARRO, A.: «Los honorarios de la administración concursal en caso de conclusión anticipada por insuficiencia de masa». *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.4/2013, parte Estudios, Aranzadi, Cizur Menor. 2013, p. 29 y ss.

VÉLAZ NEGUERUELA, J.L.: «Conclusión del concurso por insuficiencia de masa tras la reforma de la Ley Concursal». *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, num.832/2011, pp. 7.