

**CONSEJO DE
CONSUMIDORES Y USUARIOS**

LEY CONCURSAL 22/2.003

INFORME SOBRE:

La Ley Concursal 22/2.003 de 9 de julio. Con especial aplicación al caso FURUM FILATÉLICO - AFINSA

CON OBJETO DE:

Informar del procedimiento Concursal al Consejo de Consumidores y Usuarios y a sus Asociaciones con objeto de que pueda asesorar a los perjudicados en el caso FORUM FILATÉLICO - AFINSA

Madrid, 4 de junio de 2006

ÍNDICE

	Página
Antecedentes	4
1.Desarrollo del proceso	6
2.Fase común	7
2.1 Solicitud	7
2.2 Auto de declaración del concurso	7
2.3 Personaciones	8
2.4 La Administración concursal	10
2.4.1 Responsabilidad Administradores Societarios	13
2.4.2 Reconocimiento de créditos	15
3. Fase de Liquidación o Convenio	24
3.1 Realización de la masa activa	24
3.2 Pago de créditos	24
4. Ley de Auditoria de cuentas	26
5. Conclusiones	28

ANTECEDENTES

La Ley 22/2.003, de 9 de julio, Concursal fue promulgada como consecuencia de una amplia demanda del sector ya que la legislación anterior se encontraba muy diversificada y obsoleta: Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1.922; Código de Comercio de 1.885 e incluso gran número del articulado del antiguo Código de Comercio de 1.829 eran por lo que se regulaban los procedimientos de Suspensiones de Pagos; Quiebras, Quita y Espera y Concurso en vigor hasta el 31 de agosto de 2.004

La nueva Ley Concursal, que presenta notables mejoras especialmente por el recorte de privilegios a acreedores históricamente muy beneficiados, es susceptible de mejorarse en aspectos que no se han tenido en cuenta y como muy posiblemente se va a comprobar con los concursos de Forum Filatélico y Afinsa. La Ley está pensada para el reflotamiento de empresas –y con aspectos susceptibles de modificar- como lo demuestra que para la regulación de la fase de convenio se dedican 44 artículos, mientras que para la regulación de la fase de liquidación tan solo se dedican 21 artículo. Y ello a pesar de que la realidad demostraba y sigue demostrando que el número del procedimiento que finalizan en liquidación es muy superior a los que terminan con convenio. Piensese, por ejemplo, que si el concurso de Forum Filatélico o Afinsa (que al tiempo de redactar este informe todavía no han sido admitidos a trámite) tienen que celebrar junta para aprobar convenio de pagos porque no ha prosperado el sistema de adhesiones ¿dónde se celebra una junta en la que puedan reunirse más de 200.000 acreedores? Personalmente desconocemos la existencia de un local en España con esa capacidad. La gestión de los concursos será también otro reto: Para la formación de la lista de acreedores se emplea de media, al menos, 3 minutos que por cuatrocientos mil acreedores que, al parecer hay, y teniendo en cuenta que la jornada de trabajo en Oficinas y despachos es de 1.785 horas al año, una persona tardaría algo más de 11

años en confeccionar las lista de acreedores. Y tiene que ser realizada en tres meses como máximo.

Para el Juzgado se tiene la misma problemática, o mayor aún, pues no será sólo el registrar los cuatrocientos mil créditos, es que con tan sólo se personen el 1% de los acreedores, que ascenderían a 4.000, necesitaría un equipo de personas sólo para hacer fotocopias y dar traslados a las partes personadas.

Los costes de gestión del concurso tampoco serán nada despreciables. La simple comunicación cuya realización el artículo 21 impone a la Administración concursal ascenderá a la nada despreciable cantidad de más de un millón doscientos mil euros ($3,05 \text{ €} \times 400.000$), es decir más de doscientos millones de las antiguas pesetas. Importe con el que se podría satisfacer a más de un acreedor

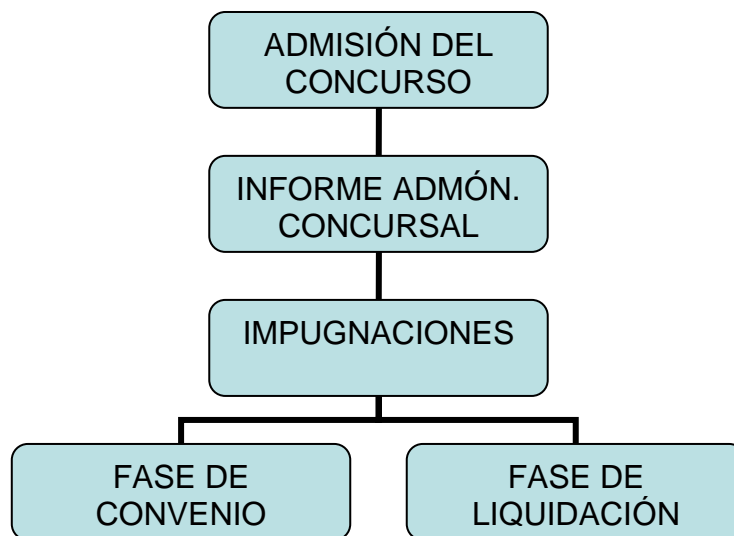
En definitiva, el desarrollo de estos dos procedimientos concursales implicará unos retos profesionales y de gestión importantes, y es muy posible que cuanto menos propicien la primera modificación de la Ley Concursal.

INFORME

1.- DESARROLLO DEL PROCESO

Aunque la Ley Concursal ha pretendido concentrar todo el proceso concursal en una sola norma, defecto que adolecía la antigua legislación, lo cierto es que dada la diversidad de aspectos que se contienen en cualquier procedimiento concursal: Afecta a sectores como el Laboral; Fiscal; Registral; Hipotecario; etc. en segunda instancia se mantiene la diversificación. Por ejemplo, mientras que los conflictos civiles que se produzcan serán resueltos por las Audiencias Provinciales los conflictos laborales deberán ser resueltos por los Tribunales Superiores de Justicia.

De una forma abreviada el esquema del concurso podría tener el siguiente organigrama



2.- FASE COMÚN

2.1 Solicitud del Concurso

La solicitud del Concurso se regula en los artículos 6 y 7 y el plazo para proveer que tiene el Juzgado en el artículo 13. Si la solicitud que se admite ha sido realizada por un acreedor el Concurso tendrá carácter de “necesario”, mientras que si la solicitud que se admita es la realizada por el deudor el Concurso tendrá el carácter de “voluntario”

Al tiempo de emitir este informe se han presentado, al parecer, en el Juzgado de lo Mercantil Nº 7 de Madrid, que se encarga del Concurso de FORUM FILATÉLICO dos solicitudes de Concurso necesario y la solicitud de Concurso voluntario. En el Juzgado de lo Mercantil Nº 6 que se encarga del Concurso de AFINSA se han presentado dos solicitudes de Concurso necesario. En los dos casos el Concurso se encuentra en plazo de ser proveído por los Juzgados (cinco días)

En este momento procesal el Juzgado podría adoptar medidas cautelares que considerase necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor o que el acreedor solicitante prestase fianza para responder de los posibles perjuicios que se puedan producir al deudor.

2.2 Auto de declaración del Concurso

La resolución por la que se declare el Concurso contendrá, al menos, los siguientes pronunciamientos

- ✓ El carácter de necesario o voluntario.
- ✓ Delimitación de las facultades del deudor y de la Administración concursal.

- ✓ En el caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor la documentación requerida en los concursos voluntarios.
- ✓ Las medidas cautelares que el Juzgado estime oportunas.
- ✓ El llamamiento a los acreedores a presentar sus créditos a la Administración concursal en el plazo de un mes a contar desde la segunda publicación que señala el artículo 23 (B.O.E. y un periódico de los de mayor difusión de la provincia).
- ✓ Y generalmente el nombramiento de la Administración concursal.

2.3 Personaciones

Desde que el Concurso se encuentre admitido a trámite cualquier acreedor podrá personarse en el mismo, mediante abogado y procurador, para la mejor defensa de sus intereses. A este respecto tenemos que manifestar que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, en su artículo 7.3 determina:

“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.”

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 11 regula la Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios:

“1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.”

Como conclusión a lo anterior, en nuestra opinión, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas podrán personarse –con

abogado y procurador- en los concursos de acreedores de FORUM FILATÉLICO Y AFINSA, pero no podrán ser designados “Administrador concursal acreedor” a menos que sean titulares de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado.

Dicho esto tenemos que tener en consideración que el Concurso de acreedores no es un procedimiento judicial en el “*lo que uno gana lo pierde el otro*”. En el Concurso de acreedores –que es un procedimiento eminentemente económico- pierden todos, por que su finalidad es el reparto de los despojos del deudor. Y aunque el procedimiento concursal pretende basarse en el principio jurídico de la *par conditio creditorum*, lo cierto es que por imperativo de la Ley este principio no se cumple pues la norma determina tres categorías de acreedores, o mejor dicho, tres categorías de créditos: Privilegiados, Ordinarios y Subordinados.

Desde el punto de vista del reparto equitativo de la masa activa del deudor no parece lógico, ni justo –por ejemplo- la preferencia que se regula en el artículo 91 de los créditos salariales cuando pueden existir –y de hecho existen- acreedores ordinarios en situaciones más precarias que los asalariados. Ni siquiera, con la vigente Ley se cumple la *par conditio creditorum* entre los acreedores ordinarios. ¿Por qué el beneficio implícito de un acreedor por entrega de bienes al concursado se reconoce como ordinario y el beneficio explícito de un préstamo –los intereses-, que puede haber sido concedido incluso por un particular, hay que reconocerlo como subordinado? Y todo esto con independencia de que el acreedor en cuestión se encuentre personado en el concurso con abogado y procurador.

Así pues, el acreedor no tendrá mejor trato por haberse personado en el concurso con abogado y procurador. Su interés es que se reconozca su

crédito por la cuantía y clasificación que pretenda. Y para ello no necesita personarse con abogado y procurador que le implicarían unos costes adicionales sin ninguna mejora en su crédito. Y para que se reconozca su crédito deberá comunicarlo al Juzgado en el plazo de un mes a contar desde la segunda publicación de admisión a trámite del concurso de acreedores (B.O.E. o diario de los de mayor difusión de la provincia de Madrid)

De no reconocerse las pretensiones solicitadas por alguno de los acreedores, con independencia de estar personado o no en el procedimiento, recibirá una comunicación de la Administración concursal en la que se le informará de las modificaciones a su solicitud –en cuantía o en clasificación del crédito- y en este momento, de no estar de acuerdo, es cuando tendrá que acudir a un abogado y procurador para, mediante un *“incidente concursal”* en el seno del Juzgado de lo mercantil defender sus intereses

No obstante lo anterior, es previsible la personación de un gran número de acreedores en los dos concursos y ello debido al desconocimiento del procedimiento concursal por parte de los acreedores y al interés, legítimo en nuestra opinión, de los profesionales beneficiados. Aunque sólo sirva para generar trabajo innecesario en el juzgado y alargar inútilmente el procedimiento. Hay que tener en cuenta que aunque solamente se personase el 1 por 1.000 se tendrían fácilmente 400 personaciones lo que implicaría al Juzgado realizar 400 fotocopias de cada providencia, incidente, etc.

2.4 LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La Administración concursal es el órgano auxiliar del Juez bajo cuya responsabilidad se tramita el Concurso. De acuerdo con el artículo 27 la administración concursal estará formada por tres miembros:

1. Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo
2. Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, colegiados con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo
3. Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado.

Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, designará a una persona física que lo represente que de forma un tanto enrevesada la Ley determina que deberá ser un auditor economista o titulado mercantil que estando colegiado y con la experiencia dicha anteriormente haya manifestado a su colegio su compromiso de formación y su disposición de colaboración con los Juzgados de lo mercantil¹. (Si el administrador concursal designado es una persona física en la que no concurra la condición de auditor, economista o titulado mercantil también podrá designar un profesional auditor, economista o titulado mercantil.

El Juzgado determinará las facultades de la administración concursal, que podrán ser de “intervención” de la administración social, o las propias de dicha administración social.

Las principales funciones de la administración concursal son:

- Comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, de la declaración del mismo y del deber de comunicar sus créditos al Juzgado (Art. 21.4).
- Proponer al Juzgado las medidas necesarias para la debida conservación de las masas activa y pasiva (Art. 43.1)

¹ La Unión interprofesional de Madrid tiene publicado y depositado en todos los Juzgados de Madrid el listado de los profesionales que reúnen los requisitos para actuar como administrador concursal

- Proponer al Juzgado la enajenación de los activos que procedan, incluso el cese o la suspensión de la actividad empresarial en beneficio de la masa (Art. 43.3 y 44).
- Proponer al Juzgado el embargo de los bienes y derechos de los administradores de hecho o de derecho (Art. 48.3).
- Ejercer las pertinentes acciones contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso (Art. 48.5).
- Solicitar al Juzgado la acumulación de los juicios declarativos que procedan (Art. 51)
- Solicitar del Juzgado la modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo (Art. 64.2)
- Extinguir los contratos de trabajo del personal de alta dirección (Art. 65.1)
- Rehabilitar contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y créditos (Art. 68 y 69).
- Enervar la acción de desahucio contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso (Art. 70).
- Rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (Art. 71)
- Elaboración del informe del concurso (Art. 75)
- Formación del inventario de la masa activa (Art. 75)
- Formación de la Lista de acreedores y clasificación de los créditos (Art. 75)
- Formación de la lista de créditos contra la masa (Art.75)
- Comunicación individualizada a todos los acreedores cuyos créditos han sido excluidos o incluidos por cuantía inferior a la pretendida o con calificación distinta a la pretendida (Art. 95.1)
- Asistencia a los incidentes concursales de impugnación de créditos y del inventario (Art. 96.1)

- Elaboración de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores (Art. 96.4).
- Elaboración del informe de calificación (Art. 169)
- Elaboración del plan de liquidación en su caso (Art. 148)
- Realización de los activos y pago de los créditos (Art. 154 y sgtes.)
- Elaboración de los informes trimestrales de liquidación (Art. 152)

2.4.1 Responsabilidad de los administradores societarios

De entre las funciones de los administradores concursales enumeradas anteriormente destaca la facultad de solicitar al Juzgado las medidas cautelares en virtud del artículo 48.3:

“Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.”

De las dos condiciones que la Ley impone para ejercer esta acción, una -que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas- se cumple prácticamente siempre, incluso en los concursos que puedan terminar en convenio. Para que se cumpla la segunda condición – calificación de culpable- la Ley concursal determina dos presupuestos: El primero es concluyente mientras que el segundo admite prueba en contrario.

El artículo 164 de la Ley determina que “En todo caso el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos:

- *Cuando el deudor legalmente obligado a llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de sus situación patrimonial o financiera en la que llevara*
- *Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.*
- *Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.*
- *Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.*
- *Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.*

De las informaciones aparecidas en prensa: sobrevaloración de los activos patrimoniales, las empresas de FORUM FILATÉLICO y AFINSA podrían haber incurrido en el primero y el último de los supuestos.

Por otra parte, el artículo 165 determina que se presumirá la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

- *Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.*
- *Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.*
- *Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a*

auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Hasta el momento solo ha habido una sentencia de calificación de los administradores (Juzgado de los Mercantil Nº 5 de Madrid – Kaher II, S.A.), condenando a los administradores societarios al pago a los acreedores de los daños y perjuicios.

2.4.2 Reconocimiento de los créditos

Es también función de la administración concursal el reconocimiento de los créditos, tanto en su cuantía como en su calificación. Y dado el corto espacio de tiempo que la Ley otorga para su comunicación a la administración concursal es previsible que más de un acreedor realice su comunicación a la administración concursal fuera de plazo. Esto podría implicar, en principio, la calificación del crédito como subordinado.

De la lectura de los artículos 22.1.5º, 23.1, 85.1, 86.1 y 92.1 se desprenden los siguientes extremos a tener en cuenta:

1. El plazo de comunicación de los créditos por los acreedores es de un mes desde la última publicación del auto declarativo del concurso.
2. La comunicación de los créditos a la Administración Concursal es una competencia exclusiva de los acreedores, e indelegable. En su razón, la falta de comunicación o comunicación tardía –pasado el mes- despliega sus efectos de forma automática sobre los créditos de los acreedores morosos.
3. En el supuesto particular de la comunicación tardía, la sanción recogida en el artículo 92.1º, afecta únicamente a la calificación del crédito –crédito subordinado-, no así a su reconocimiento.
4. El artículo 92.1º regula excepciones a la norma anterior que afecta tanto a la comunicación tardía como a la falta de comunicación de créditos.

Así pues, a los efectos jurídicos que despliega la comunicación tardía o falta de comunicación de los créditos, es de observar, en primer término y principalmente, lo que regulan los artículos 85.1. -respecto de la obligatoriedad de la comunicación de créditos- y 92.1º, -de los efectos de la falta de comunicación o comunicación tardía. Así:

Art. 85.1.: *“Dentro del plazo señalado en el número 5º del apartado 1 del artículo 21, LOS ACREEDORES DEL CONCURSADO **COMUNICARÁN** a la administración concursal la existencia de sus créditos”.*

Art. 91.1º: *“SON CREDITOS SUBORDINADOS:
1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, SALVO QUE SE TRATE DE CRÉDITOS CUYA EXISTENCIA RESULTARE DE LA DOCUMENTACIÓN DEL DEUDOR, constaren de otro modo en el concurso o en el procedimiento judicial”*

Una breve miscelánea o repaso de las posiciones que los tratadistas de la nueva Ley Concursal mantienen respecto de las dos cuestiones que se contemplan en las disposiciones reseñadas anteriormente, nos permitirá obtener una primera conclusión respecto del tratamiento que hemos de dar a los créditos que han sido comunicados/insinuados tardíamente – o no comunicados- por los acreedores.

De inicio, cabe señalar que la doctrina está bipolarizada en torno a dos tesis contrapuestas:

- I.- **TESIS MINORITARIA:** Según esta doctrina ***la insinuación o comunicación de créditos se constituye en sí misma como un presupuesto legal de obligada observancia para todos los acreedores – por tanto, independiente de los supuestos excepcionales contemplados en el artículo 92.1º.-. esto es, la obligación de la comunicación se configura como un requisito***

***inexcusable previo al estudio de la administración concursal
siquiera de la existencia del crédito.***

Según esta postura doctrinal – totalmente minoritaria- la falta de observancia de este presupuesto tiene la consecuencia jurídica de la postergación del crédito, siendo su consecuencia inmediata la calificación del mismo como “crédito subordinado”.

De mantener este criterio, la operatoria a seguir sería como sigue:

- a) La falta de insinuación o comunicación del crédito por el acreedor –cualquiera que sea la razón que asista al acreedor, y a salvo de su derecho a impugnar en el plazo habilitado al efecto por la propia norma-, tendría el efecto automático de la no inclusión en la lista de acreedores-
- b) La comunicación tardía del crédito por el acreedor (desde el vencimiento del mes a que hace referencia el art. 21 hasta la emisión de la lista definitiva), supondría la inclusión en la referida lista, pero con la calificación de crédito subordinado.

Aún de que sólo he encontrado una posición en este sentido, entiendo que la argumentación -fundamentación jurídica de la tesis que mantiene- es muy meritoria, razón por la que la recojo en sus términos literales dichos argumentos:

1. COMENTARIOS A LA LEY CONCURSAL (Volumen I): “ Comentarios artículos 85 y 92 Encarna CORDERO LOBATO Tecnos, 2004, pags. 1008 y sigs.

Art. 85, (pag. 1009): En la legislación derogada la inclusión de los créditos en la masa pasiva era una operación que requería un acto voluntario del acreedor consistente en la solicitud de reconocimiento de su créditos, la llamada “insinuación” del crédito (cfr. Arts. 1101 y 1102 C de C de 1829 y arts. 1250, 1251 y 1378 a 1381 de la LEC de 1881)¹ . Entendemos que las cosas siguen siendo así bajo la nueva LC. Pese a que el art. 86.2 LC determine que ciertos créditos son de reconocimiento obligado o necesario para la administración concursal, no creemos que ello exima a los acreedores de la carga de comunicarlos oportunamente y también a pesar de los términos en que se expresa el art. 86.1 LC² . En primer lugar, porque el art. 85.1 LC impone a todos los acreedores, sin excepción alguna, la carga de comunicar sus créditos a la administración concursal en tiempo y forma. En segundo lugar, porque la necesidad de comunicar los créditos que figuren en el procedimiento se presupone en el art. 21.4 LC, precepto que obliga a la administración concursal a poner en conocimiento de tales acreedores la existencia de este

deber. En tercer lugar, porque sin tal comunicación no habría posibilidad alguna de que la administración concursal procediera al reconocimiento necesario de ciertos créditos que no tienen por qué constar en el procedimiento concursal (por ejemplo, los que consten en sentencia o laudo, en documento con fuerza ejecutiva, los asegurados con garantía real inscrita). Por último, porque no parece razonable entender que ciertos créditos han a ser incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores sin que ello haya sido solicitado por sus titulares mediante la oportuna comunicación del crédito. Por el contrario, como veremos al comentar el art. 86 LC, el necesario reconocimiento que prescribe su número 2.º no exime a los acreedores de la carga de comunicar sus créditos, sino que sólo determina la obligación de la administración concursal de proceder al reconocimiento forzoso de los que le sean oportunamente comunicados.

¹ Cfr. Ramírez, *La quiebra*, 1959, II, pp. 790-791; Uría/Menéndez/Beltrán, *Curso...*, 2001, II, p. 973.

² De acuerdo con este precepto, es competencia de la administración concursal la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos que hayan sido comunicados expresamente o de los que resultaren por cualquier otra razón en el concurso.

Art. 92 (pag. 1097): Las excepciones establecidas en el art. 92.1.º LC no constituyen excepciones a la carga de comunicar los créditos, ya que, como vimos en el comentario al art. 85 LC, con excepción de los créditos contra la masa, la misma incumbe a todos los acreedores del concurso, incluidos también los créditos que son de reconocimiento forzoso para la administración concursal. Tampoco significa que la comunicación tardía de alguno de los créditos contemplados expresamente en el art. 92.1.º LC no vaya a tener consecuencia alguna. Por el contrario, lo único que significa el elenco de excepciones previsto en el art. 92.1.º LC es que la morosidad en la comunicación de los créditos allí mencionados no determinará que sus titulares adquieran la condición de acreedores subordinados.

El momento relevante para determinar si la comunicación es o no tardía es el establecido en el art. 85.1 LC: los acreedores deberán comunicar sus créditos dentro del plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones de que sea objeto el auto que declare el concurso.

- II.- **Tesis mayoritaria**: Es criterio sustentada en los seguidores de esta tesis que **“las consecuencias de la falta de insinuación o comunicación de créditos –regla general- despliegue sus efectos –tratamiento como créditos subordinados- únicamente en el caso de que no se cumplan los supuestos de excepción contemplados en el artículo 92.1º: “(...salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las**

Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que le corresponda según su naturaleza.” .

Al caso que nos ocupa, el despliegue de las consecuencias del artículo 92.1º. -consideración de crédito subordinado- se vería supeditado al hecho de que del examen de la contabilidad del deudor no se pudiera obtener fehaciencia de la existencia del crédito. Solamente en este caso, esto es: a) que se den las dos premisas de falta de insinuación del crédito –afecta al reconocimiento: no se incluye en la lista- o comunicación tardía –afecta exclusivamente a la calificación: se incluye en lista como crédito subordinado- ,y, b) que de la contabilidad del deudor –además de los otros supuestos excepcionales ex art. 92.1º- no se pueda obtener fehaciencia de la existencia del crédito, justificaría que por la Administración concursal se procediera a excluir o, en su caso, modificar calificación del crédito –crédito subordinado-. De alguna forma, deja al arbitrio de la administración concursal –al menos, en primera instancia; por tanto, a salvo del derecho de impugnación de la inclusión del crédito por el acreedor- esta importante y trascendental decisión.

Son autores que sustentan esta tesis:

1. COMENTARIOS A LA LEY CONCURSAL (Tomo II): “ Comentario artículo 92”
Sebastián SASTRE PAPIOL
Bosch, 2004, pag. 1133.

Art. 92, (pag. 1133): Naturalmente, nunca podrán tener la consideración de créditos morosos y, por consiguiente, la calificación de subordinados, los que resulten de la documentación del deudor

2. NUEVA LEY CONCURSAL: “ Comentario artículo 92”
Francisco MERCADAL VIDAL
Bosch, 2004, pags. 450

Art. 92, (pag. 450): A su vez, hay una serie de créditos que, aún habiendo sido comunicados tardíamente, permanecen ex lege inmunes a su calificación como subordinados por la causa que nos ocupa, teniendo, por tanto, la naturaleza que les

corresponda en cada caso (ordinaria o privilegiada), según aclara el inciso final de este nº 1. Se trata de supuestos de la máxima relevancia. Así: A) Créditos “créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor” (vid. Art. 86.1 LC). Debe notarse que no se exige que los créditos hayan causado los asientos contables preceptivos, sino que la fórmula utilizada es mucho más amplia, bastando su constancia en los libros, correspondencia, documentación y justificantes del negocio del deudor (para utilizar la expresión del art. 30.1 Ccom., suponiendo que se trate de un comerciante o empresario).

3. DERECHO CONCURSAL PRÁCTICO: “Comentarios a la Nueva Ley Concursal”.
Comprobación de la Masa Pasiva. Comentario al art. 85.1
Javier BEJAR
La Ley, 2004, pags. 451 y sigs.

Art. 85, (pág. 451): La tradicionalmente denominada insinuación de los créditos no constituye, en sentido propio, una obligación, sino una carga procesal de los acreedores, que, de no levantarse temporáneamente, comportará, aunque no siempre, consecuencias gravosas para sus créditos, en especial, su conversión en subordinados –artículo 92, apartado primero LC- o, incluso, su extinción.

Referencia a las consecuencias de la falta de comunicación de créditos:

- a) Como regla general, la comunicación tardía del crédito determina su clasificación como subordinado, según resulta del apartado primero del artículo 92 LC.*
- b) Los créditos que no sean comunicados ni siquiera tardíamente o al impugnar la lista de acreedores se extinguirán pura y simplemente.*
- c) En la práctica las consecuencias de la falta de diligencia de los acreedores no serán tan gravosas como pudiera deducirse de lo anterior, pues no tendrán la consideración de subordinados, sino la que les corresponda según su naturaleza, los créditos cuya existencia resulte de la documentación del deudor o consten de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial*

4. DERECHO CONCURSAL: Estudio Sistemático de la Ley 22/2003
Carmen ALONSO LEDESMA
Editorial Diles, S.L., 2003, pág 398

*En ambos casos la idea que subyace en la norma es la de sancionar a los acreedores que no hacen uso de su derecho en el momento oportuno ya que esta falta de diligencia entorpece el desarrollo del concurso y perjudica a los restantes acreedores. O, si se quiere, viéndolo desde el lado positivo, se trata de estimular a los acreedores para que comuniquen sus créditos tempestivamente agilizando así la tramitación del proceso.
De esta regla general se exceptúan los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor.*

5. LA NUEVA LEY CONCURSAL: “La determinación de la masa pasiva”
Antonio García Martínez (Magistrado de la Sala Civil y penal del TSJ del País Vasco
Cuadernos de Derecho Judicial
Consejo General del Poder Judicial, 2004, pag. 429

Se trata puesto que el precepto no establece especificaciones, de todos los créditos, por lo que la subordinación puede afectar a cualquier crédito con independencia de su clase o categoría, lo que quiere decir que pueden verse afectados, tanto los créditos ordinarios como privilegiados. QUEDAN EXCLUIDOS, como señala la propia norma, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que....

Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso...

La subordinación por morosidad en la comunicación de los créditos se considera razonable por la doctrina al entender que la tardanza por parte de los acreedores a la hora de insinuar sus créditos resulta, cuando menos, perturbadora de cara a la buena marcha del procedimiento, lo que justifica la sanción, cuya amenaza sirve para incentivar la actuación diligente de los acreedores.

6. REFORMA CONCURSAL: Nueva Legislación Concursal Ley 22/2003 DOSSIER PRÁCTICO
Francis LeFebvre, 2003, pag. 96 y 98

En definitiva, la Ley regula la comunicación de los créditos como una carga procesal; como es propio de la ejecución en el ámbito civil, la ley supone que el acreedor insta el cobro de la deuda.

No obstante, aún cuando no se haya comunicado un crédito, éste puede ser reconocido, pues la ley obliga a la administración concursal a pronunciarse sobre todos los créditos cuya existencia resulta de la contabilidad del deudor (Lcon art. 92. 1º).

Los administradores concursales deben adoptar una decisión en cuanto al reconocimiento o no de cada uno de los créditos, no sólo de los que han comunicado los acreedores, sino también de aquellos cuya existencia resulta de la documentación que obre en poder del concursado, o que conste por cualquier otro motivo.

7. COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL: Créditos Subordinados
Pilar LÓPEZ MEDINA
Dykinson, 2004, pág. 779

Sólo en caso de que la existencia del crédito se derive de la documentación del deudor; conste de otra forma en el concurso, o para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas, podrán los créditos ser incluidos en la lista de acreedores sin haber sido comunicados oportunamente por su titular. En estos casos no serán calificados como subordinados (calificación que les correspondería por el mero hecho de su no comunicación oportunamente al deudor) sino que tendrán la categoría que por su naturaleza les corresponda.

En los demás supuestos de comunicación tardía y en los de ausencia de comunicación e inclusión en la lista por el Juez, los créditos serán considerados como subordinados, quedando sometido su pago a la íntegra satisfacción de los créditos de rango superior, es decir, los privilegiados y los ordinarios (art. 92 y 159 Lc).

8. COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN CONCURSAL (Tomo II): De la Comunicación y del Reconocimiento de Créditos.
Fernando GOMEZ MARTÍN
Lex Nova, 2004, págs. 1722 y sgtes.

El incumplimiento por los acreedores del deber de comunicación de créditos, cuando no sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores y los reconozca el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, así como los incluidos por la administración concursal en dicha lista, pero comunicados tardíamente, serán

clasificados como créditos subordinados, según dispone el artículo 92.1º, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultase de la documentación del deudor.

9. MANUAL DE REFORMA CONCURSAL
Edorta HERRERA CUEVAS
Europea de Derecho, 2004, pag. 475

La morosidad –inclusión en la lista de acreedores sin comunicación tempestiva, o por éxito de la impugnación ante el Juez, no habiéndose comunicado-, es la primera causa de subordinación (art. 92.1º LECO). Según se ha apuntado, es tradicional, aunque en el nuevo régimen no se produce pérdida de privilegio sino subordinación. Este acuciamiento para que se comuniquen los créditos se coordina con el principio de reconocimiento de oficio de los créditos del art. 86.1 LECO, es decir, no afecta a créditos que resulten de la documentación del concursado o consten en el concurso, y además a los que consten en otro procedimiento judicial, o que para su determinación haya sido precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas.

Bajo esta posición doctrinal (mayoritaria), el reconocimiento y clasificación –calificación- de créditos bajo las circunstancias expuestas (falta de comunicación o comunicación tardía), conllevaría la siguiente operativa:

- 1º.- Se habría de tomar como referencia la lista de acreedores presentada por el deudor.
- 2º.- Se habría de observar que los créditos recogidos en dicha lista estén debidamente documentados y contabilizados.
- 3º.- En otro caso, esto es: i) créditos que no estén recogidos en la contabilidad del deudor – y demás supuestos ex art. 92.1º- o ii) que estando recogidos, a juicio de la Administración Concursal, no estén debidamente soportados –documentados y/o contabilizados-, sería de aplicación lo dispuesto en los artículos precitados 21.1.5º, 23.1, 85.1., 86.1 y 92.1º, primer párrafo.

En consecuencia, entre las dos posiciones encontradas: **comunicación-obligación versus comunicación-opción** (aún de con consecuencias jurídicas), tiendo a inclinarme por la primera alternativa..

Este posicionamiento está fundamentado en la siguiente reflexión: la Ley no puede penalizar con mayor rigor o castigo al acreedor no diligente que se retrasa en unos días la comunicación de sus créditos sobre aquellos

acreedores “negligentes” que “pasando olímpicamente del procedimiento” dejan el reconocimiento de su crédito al albor -y trabajo de la administración concursal- y eventualidad de la formal constancia de su crédito en la contabilidad del deudor. Es así que, del análisis de esta reflexión se concluye de la existencia de incuestionables injusticias comparativas. Así, podría darse el caso de que un acreedor cuyo crédito conste en la contabilidad y hubiera emitido la comunicación de su crédito tardíamente fuera penalizado y su crédito clasificado en el grupo de los créditos subordinados, mientras que un acreedor que ni siquiera hubiera comunicado sus créditos –premisa mayor-, pero sí conste en la contabilidad del deudor, tuviera el trato preferente de reconocerlo con la calificación que conlleve la naturaleza jurídica de dicho crédito.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la comunicación del crédito no solamente tiene la finalidad de facilitar el cotejo o verificación de su existencia, sino, además, de conocer la pretensión de la calificación que pretende el acreedor. Aspecto, sin duda de orden práctico, que apoya la tesis de la obligatoriedad de que por el acreedor exista una formal insinuación de su crédito.

No obstante, soy partidario en este punto de que se consensuase entre los profesionales un criterio que, independientemente de lo que en su día pueda constituir doctrina jurisprudencial, represente un criterio uniforme y mayoritario. Hoy por hoy, si obedecemos al sentido literal de la Ley, y doctrina imperante, sería lo propio que nos inclináramos por los criterios de la tesis mayoritaria.

Como conclusión a este apartado habrá que tener muy en cuenta que los créditos no comunicados, o comunicados tardíamente -con posterioridad al transcurso de un mes desde la segunda publicación de la admisión a trámite del concurso- podrían ser clasificados por la Administración concursal como créditos subordinados.

3. Fase de Liquidación o Convenio

Con toda la prudencia que el caso requiere y a pesar de la falta de conocimiento directo del concurso, es previsible que la segunda fase sea la de Liquidación. Por ello centraremos nuestra información en este aspecto.

3.1 Realización de los activos

Es también función de los administradores concursales la elaboración de un plan de liquidación (Art. 148) en los quince días siguientes a la fecha de la apertura de la fase de liquidación, debiendo ser este aprobado por el juzgado.

Dado que, al parecer, la mayor parte de los activos son sellos la venta masiva y precipitada de estos previsiblemente provocará una bajada en sus precios. Y en consecuencia con esta venta precipitada se estará perjudicando –sin intención de ello- a la propia masa activa. Y esto es así porque en el mercado filatélico las dos empresas en concurso deben de representar un porcentaje muy alto. El inconveniente legal es que la propia Ley obliga a los administradores concursales a que la fase de liquidación se realice en un año. En caso contrario podrán ser penalizados (Art. 153). En nuestra opinión y aún desconociendo el volumen que pueda tener este activo, un año me parece un corto espacio de tiempo.

3.2 Pago de créditos

La Ley determina que el pago de los créditos –una vez realizados los pagos de los créditos contra la masa- se efectuará por el siguiente orden: 1º) Créditos con privilegio especial; 2º) Créditos con privilegio general; 3º) Ceditos ordinarios y 4º) Créditos subordinados.

El pago de los créditos con privilegio especial se realizará con cargo a los bienes y derechos que les sean afectos. El pago de los créditos con

privilegio general se realizará por el orden establecido y en su caso a prorrata dentro de cada grupo. Con el activo restante se atenderá a los créditos ordinarios que serán satisfechos a prorrata. Si restase activo se atenderá el pago de los créditos subordinados que serán satisfechos por el orden establecido y a prorrata dentro de cada grupo.

Lo que la Ley no determina es como debe de ser esa prorrata. Lo habitual es que sea directa con la misma quita proporcional para todos los créditos. Es decir, si tuviésemos un concurso con tres acreedores cuyos créditos ascienden a 200 unidades, 300 unidades y 1.500 unidades y tan solo 800 unidades de masa activa para satisfacerles lo habitual sería hacerles una quita del 60 por 100 a cada crédito, con lo cual recibiría cada acreedor 80 unidades, 120 unidades y 600 unidades.

Ahora bien, dado el carácter eminente mente social de estos concursos se podría proponer a la administración concursal que el prorrateo para el pago de los créditos fuese por tramos de crédito con quitas progresivas. Con el ejemplo anterior las quitas podrían ser: El 10% para las 100 primeras unidades de crédito. El 50% para las 500 siguientes unidades de crédito. Y el 85,55% para las siguientes 1.000 unidades de crédito.

Realizando los cálculos tendríamos:

Acreedor		Crédito	Prorrata directa		Prorrata por tramos						TOTAL
					tramo	100	tramo	500	tramo	1000	
			Quita	Importe	Quita	Importe	Quita	Importe	Quita	Importe	
A	200	60	80	10	90	50	50	-	-	-	140
B	300	60	120	10	90	50	100	-	-	-	190
C	1500	60	600	10	90	50	250	85,55	130	-	470
			800								800

Como se puede observar el efecto para los pequeños créditos es más beneficioso con el segundo sistema de prorrata y en nuestra opinión cumple el principio de la par conditio creditorum pues se está aplicando el mismo criterio a todos los créditos. Ahora bien, el aplicar un sistema u otro, en principio es un criterio exclusivo de la Administración concursal e indudablemente el segundo sistema es más complicado y costoso de realizar.

4. Ley de Auditoría de Cuentas

Como ya hemos manifestado anteriormente en los concursos de acreedores la masa activa suele ser muy inferior para dar satisfacción a todos los acreedores. Por este motivo no podemos concluir nuestro informe sin manifestar que la Ley 19/1988, de 12 de junio de Auditoría de Cuentas determina en su artículo 11 que:

- 1. Los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones.*
- 2. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditores, responderán tanto el auditor como la sociedad en la forma establecida en el apartado 1. Los restantes auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario.*

Si como parece ser los informes de auditoría de las dos sociedades se emitían “limpios” –extremo este que habría que confirmar- cabría entender que existe la posibilidad de que los acreedores no satisfechos podrían reclamar los daños y perjuicios a:

FORUM FILATÉLICO

Auditor: CARRERA AUDITORES, S.L
c/ Alberto Alcocer, 10 – 3º A
28036 MADRID

Socios: Alonso Martínez, María Jesús
Carrera Sánchez, José
Rico Acuña, Manuel
Ruiz Berrio, Rafael

AFINSA

Auditor: GESTYNOSA AUDITORES EXTERN
c/ Reina Mercedes, 20 – Esc. Dcha. 1º
28020 MADRID

Socios: Blázquez Lidoy, Alejandro
Blázquez Ortiz, Francisco
Zabala Martinez, María Yolanda

CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo expuesto se pueden deducir las siguientes conclusiones:

- El acreedor mejor personado en un procedimiento concursal es el que designe el Juzgado como Administrador concursal, que podrá nombrar a un profesional –auditor, economista o titulado mercantil- o una persona física de su confianza.
- La personación de los acreedores en el concurso con abogado y procurador no les añadirá un mejor resultado económico en su crédito.
- La no comunicación o comunicación tardía del crédito puede implicar su clasificación como subordinado.
- Se pueden realizar diversos sistemas de liquidación de créditos.
- Para la satisfacción de los créditos es posible que se pueda acudir, además del activo de las sociedades, al patrimonio personal de los administradores societarios y de los auditores.
- Dadas las cifras que se barajan se tendrá que hacer una meticulosa planificación del concurso. A pesar de ello, será de difícil cumplimiento los plazos que marca la Ley.

