



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

LA CONVERSIÓN DE LA FASE DE CONVENIO EN FASE DE LIQUIDACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES*

por

EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

SÍNTESI

La Llei concursal ha optat per un procediment en què s'inclouen les dues solucions tradicionals: el conveni i la liquidació. La fase de liquidació s'ha d'iniciar quan és impossible un conveni negociat o quan les negociacions fracassen. Per consegüent, les dues fases acostumen a ser successives. Això és especialment important en una situació en què el conveni ja s'ha aprovat judicialment i, per tant, el conveni ja ha començat a entrar en vigor. Aquest és el cas quan la fase de liquidació s'inicia per acte resolutori després d'una terminació del conveni a causa de l'incompliment d'una o més parts, o de la declaració de la invalidesa del conveni, o a petició de la part en fallida com a conseqüència de la impossibilitat de compliment, o de qualsevol creditor que estableixi l'existència d'una fallida. En aquests casos, les implicacions de l'inici de la fase de liquidació s'han d'examinar amb atenció en vista dels efectes resultants de l'anterior aprovació judicial del conveni.

ABSTRACT

The Bankruptcy Act has opted for one procedure in which the two traditional solutions form a part: the agreement and the liquidation. The liquidation phase must be initiated where, a negotiated agreement is impossible, or where the negotiations themselves collapse. Consequently, the two phases will often be successive. This is specially noteworthy in a situation where the agreement has already been judicially approved and, as such, the agreement has already begun to take effect. Such is the case when the liquidation phase is launched by court order in the wake of a termination of the agreement due to one or more parties' breach thereof or the declaration of the invalidity of the agreement, or upon request by the party in bankruptcy as a result of impossibility of performance or by any creditor that establishes the existence or occurrence of a bankruptcy event. In such events, the implications of the initiation of the liquidation phase must be carefully examined in light of the effects resulting from the prior judicial approval of the agreement.

* Este trabajo se inserta en una investigación sobre «La reforma del Derecho concursal español: antecedentes y objetivos», financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (PROYECTO BJU2003-02024).

SUMARIO

- I. *El convenio y la liquidación como soluciones del concurso de acreedores*
 1. La unidad del nuevo derecho concursal
 2. La doble solución: convenio y liquidación
- II. *La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación*
 1. Los supuestos de conversión
 - A) Atendiendo al procedimiento de la conversión
 - B) Atendiendo a los efectos de la conversión
 2. Los efectos de la conversión
 - A) Los efectos sobre el concursado
 - B) Los efectos sobre la administración concursal
 - C) Los efectos sobre los créditos concursales
 - D) Los efectos sobre los créditos contra la masa
 - E) Las acciones de reintegración de la masa activa
 - F) La formación o la continuación de la sección de calificación

I. EL CONVENIO Y LA LIQUIDACIÓN COMO SOLUCIONES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

1. *La unidad del nuevo derecho concursal*

No es preciso insistir ya en la lamentable situación del derecho concursal que se deroga. Más interés tiene señalar la receta que dispensa la Ley Concursal para acabar con esa situación, que es en apariencia tan sencilla como eficaz: una sola ley, un solo concurso para todo tipo de deudores y un único procedimiento para todos los grados de crisis del deudor. Como dice la Exposición de Motivos, «la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema». Frente a la dispersión legislativa del derecho anterior, una sola ley regula los aspectos sustantivos y los procesales del concurso de acreedores, incluyendo los laborales, los tributarios y los internacionales —aunque no los penales—, si bien no puede ocultarse que la unidad legal se encuentra matizada por la existencia de una *Ley Orgánica para la Reforma Concursal*, por la subsistencia de una *legislación concursal especial* y por la previsión de *múltiples normas de reenvío* en los concursos internacionales. La unidad del nuevo derecho concursal significa también unificación de los procedimientos concursales por razones subjetivas, de modo que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor» (art. 1 LC).

Pero interesa detenerse ahora en la *unidad de sistema*. Como es sabido, una de las mayores insuficiencias del viejo derecho era la referente a las relaciones entre los dos procedimientos tradicionales de tratamiento de las crisis empresariales (la suspensión de pagos y la quiebra) cuyas fronteras distan mucho de ser nítidas. Si la quiebra surgió como un procedimiento de ejecución colectiva previsto para los casos más graves de insuficiencia patrimonial, por lo que implicaba normalmente la desaparición de la empresa, y la suspensión de pagos nació para el trata-

miento de las dificultades transitorias, por lo que la solución normal era un convenio que permitiese la continuación de la empresa, la evolución experimentada por el expediente de suspensión de pagos y las dudas que suscitaba el presupuesto objetivo de la quiebra convirtieron a esos dos procedimientos en soluciones claramente alternativas o intercambiables, lo que suscitó dos delicados problemas interpretativos: el de determinar cuál de los dos procedimientos debía prevalecer en caso de concurrencia de solicitudes y el de establecer los efectos de la suspensión de pagos previa sobre la quiebra declarada con posterioridad. La necesidad de acabar con esa situación fue patente en los diferentes textos prelegislativos: el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 optaba por un procedimiento único de concurso de acreedores y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 se inclinaba por dos procedimientos claramente diferenciados en su presupuesto objetivo (un procedimiento general de concurso de acreedores para deudores insolventes y un procedimiento especial y parcialmente desjudicializado de suspensión de pagos para deudores con simples dificultades transitorias).

Después de largas discusiones sobre la conveniencia de uno o más procedimientos concursales en atención al grado de la crisis económica del deudor, la Sección Especial de la Comisión General de Codificación encargada de redactar el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, del que deriva la Ley Concursal, optaría —quizá para eliminar de raíz los gravísimos problemas de concurrencia de solicitudes de suspensión de pagos y quiebra—, por un *procedimiento único*, bajo la denominación clásica de *concurso de acreedores*, desglosado en dos fases. La primera, la denominada «fase común de tramitación del concurso de acreedores», cuya finalidad es la formación de las masas activa y pasiva del concurso. La segunda, en la que se soluciona el concurso, tiene un carácter alternativo: o la fase de convenio, que recuerda a la suspensión de pagos, o la de liquidación, que evoca a la quiebra. Hay que indicar, pues, que el nuevo derecho ha prescindido de la solución preconcursal, opción que presenta un grave inconveniente: los convenios preconcursales, que, evidentemente, podrán celebrarse y seguirán celebrándose, seguirán sometidos a la regla de la unanimidad. Ese inmenso vacío ha tratado de llenarse, siquiera sea parcialmente, con el *convenio anticipado* —incorrectamente denominado propuesta anticipada de convenio—, que constituye una de las piezas básicas del nuevo derecho, en la medida en que se superponen las fases de tramitación y de solución del concurso, con el consiguiente ahorro de costes. Sin embargo, esa posibilidad de anticipar la solución del concurso queda reservada a aquellos deudores que cumplan una serie de requisitos de «merecimiento», con lo que la conservación de la empresa se subordina muchas veces a la conducta de sus titulares —olvidando la clásica idea de la separación entre el hombre y la empresa— y, además, la sanción al deudor deshonesto recae en definitiva en los acreedores.

2. *La doble solución: convenio y liquidación*

En el nuevo derecho concursal, como en el anterior, existen dos soluciones de la insolvencia: el convenio o solución pactada entre el deudor y los acreedores, próximo a la transacción, que ha de insertarse en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), y la liquidación o conversión del patrimonio en dinero y su reparto entre los acreedores, que tiene carácter imperativo, no exento de cierta flexibilidad. En el diseño de la Ley, las dos soluciones son alternativas, pero también excluyentes, porque el convenio no podrá consistir en ningún caso en la cesión de bienes a los acreedores ni en forma alguna de liquidación global del patrimonio del concursado que no sea la transmisión de la empresa en determinadas condiciones (v. art. 400). Esa decisión legal no deja de sorprender, porque no se observa contradicción alguna entre la posibilidad de solucionar el problema de la insolvencia de una forma pactada y el hecho de que la solución consista en la tradicional cesión de bienes y porque —como veremos— alarga innecesariamente el procedimiento en los casos en que no sea posible la solución negociada.

Aunque la Exposición de Motivos de la Ley afirme que el convenio es la solución normal del concurso de acreedores, la lectura de su texto articulado pone de manifiesto la existencia de un principio de «par condicio» entre las dos soluciones, perfectamente congruente con la función neutral del derecho concursal, que debe perseguir la finalidad de satisfacción de los acreedores sin prejuzgar la solución de la insolvencia. Eso no impide que, como es lógico, la solución convenida tenga una preferencia de carácter puramente formal, en el sentido de que deberá abrirse la fase de convenio siempre que el deudor no hubiera solicitado la apertura de la liquidación (art. 111.1). Ciertamente, la Ley trata, además, de fomentar el convenio con algunas medidas muy concretas (posibilidad de convenio anticipado, legitimación de los acreedores para formular propuesta de convenio, etc.); pero el *favor convenii* no constituye un principio general que esté expresa o implícitamente recogido en su articulado. Aún más, aunque existan posibilidades objetivas de un convenio, el deudor puede excluir esa solución del concurso por su simple voluntad mediante la solicitud de liquidación.

La decisión de convenir o de abrir la fase de liquidación es realmente *compleja* —excesiva e innecesariamente compleja—, como consecuencia de las múltiples combinaciones posibles que, por razón de la flexibilidad del procedimiento unitario, se ha considerado oportuno introducir. Son diferentes los momentos en que puede proponerse una u otra solución, y son también diferentes los legitimados para optar por la solución convenida. El deudor puede imponer la solución liquidatoria, sea desde el primer momento del procedimiento con la solicitud de concurso voluntario, sea en cualquier momento a lo largo de la fase común de tramitación del concurso (art. 142.1). Alternativamente, el deudor que reúna los requisitos legalmente exigidos podrá presentar una propuesta anticipada de

convenio desde el mismo momento de la solicitud de concurso hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104). Si el concursado no hubiera optado por la liquidación y no hubiera presentado tampoco propuesta anticipada de convenio, el propio deudor y los acreedores que superen el veinte por ciento del pasivo podrán presentar propuesta ordinaria de convenio. La propuesta ordinaria podrá presentarse no sólo en el último tramo de la fase común de tramitación del concurso (art. 113.1), sino también —si el concursado no hubiera solicitado la liquidación— hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta de acreedores (art. 113.2). En fin, es preceptiva la apertura de la fase de liquidación siempre que fracase la solución convenida. De un lado, la fase de liquidación habrá de abrirse *de oficio* cuando no llegare a presentarse o a admitirse a trámite ninguna propuesta de convenio o no llegare a concluirse o a aprobarse por el juez o se declarase la nulidad o el incumplimiento del convenio (art. 143). De otro lado, el concursado deberá solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio (art. 142.3), y, caso de no solicitarla, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de un hecho de concurso (art. 142.4).

La Ley —consciente o inconscientemente— establece algunos mecanismos que pueden orientar la decisión de deudor y de acreedores hacia una u otra solución del concurso. En este sentido, destaca el incentivo que se concede al deudor para que inste su propio concurso, con el que se pretende ante todo paliar el gravísimo problema de la apertura tardía del procedimiento concursal. El estímulo consiste —como es sabido— en que no se formará la sección de calificación del concurso —la sexta— si llega a aprobarse un convenio de espera inferior a tres años o de quita inferior a la tercera parte de todos los créditos (art. 163.1-1.º), es decir, si el deudor satisface todas sus deudas en menos de tres años o si paga inmediatamente una parte sustancial de las mismas. De este modo, si el deudor ofrece una solución razonable a sus acreedores, no sufrirá sanción concursal alguna, lo que tiene especial interés en caso de personas jurídicas para evitar la especial responsabilidad que puede imputarse a los administradores y liquidadores de derecho o de hecho en la sección de calificación (art. 172.3). A ese incentivo puede añadirse, aunque sólo para las personas naturales, el que supone la extinción del derecho de alimentos como consecuencia de la apertura de la liquidación (arts. 47.1 y 145.2). En un sentido contrario, existen limitaciones al contenido del convenio y previsiones sobre la financiación de la empresa en crisis que pueden inclinar la voluntad de deudor y acreedores hacia la liquidación. En efecto, por lo que se refiere al *contenido del convenio*, se establece un importante límite al principio de autonomía de la voluntad: la quita o remisión no podrá exceder del cincuenta por ciento de los créditos ordinarios

ni la espera o moratoria podrá superar los cinco años (art. 100.1), de modo que existe una preferencia legal de la liquidación sobre el convenio con quitas o esperas mayores. Quizá por ello esa regla general limitativa tiene dos destacadas excepciones. La primera excepción es la relativa a aquellas empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, y siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente y lo autorice, motivadamente y a petición de parte, el juez del concurso (art. 100.1-II). Los referidos límites podrán superarse, en segundo lugar, lo que constituye una verdadera paradoja, en todo supuesto de tramitación anticipada de convenio, siempre que lo contemple el plan de viabilidad, mediante decisión judicial motivada y a solicitud del deudor (art. 104.2). Y, por lo que se refiere a la *financiación de la crisis*, la Ley dispone que los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad serán satisfechos «en los términos fijados en el convenio» (art. 100.5-II), algo que puede obstaculizar la adopción o la ejecución de un convenio cuando la satisfacción de estas auténticas deudas de la masa se pospongan, por razón de lo establecido en el convenio a la satisfacción de las deudas de los acreedores concursales. Si el convenio opta por esta postergación o por cualquier otra solución funcionalmente semejante, podrán existir serias dificultades a la hora de obtener crédito para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

II. LA CONVERSIÓN DE LA FASE DE CONVENIO EN FASE DE LIQUIDACIÓN

1. *Los supuestos de conversión*

Como se ha indicado, en el diseño legal del concurso de acreedores, a la fase primera o fase común de tramitación del concurso sigue una segunda fase, que puede ser, alternativamente, la fase de convenio o la fase de liquidación. Pero existen algunos casos en los que la fase de tramitación y la fase de convenio se superponen parcialmente, ya que determinados deudores pueden presentar propuesta anticipada de convenio, y existen otros casos en los que, a la inversa, el concurso de acreedores se integrará por *tres fases sucesivas*: la fase común, la fase de convenio y la fase de liquidación. En efecto, en caso de imposibilidad o de fracaso del convenio, la fase de convenio irá seguida de la fase de liquidación, produciéndose una conversión de fases dentro del mismo concurso de acreedores.

El diseño legal de la conversión de fases es también complejo y obliga a clasificar sus diferentes supuestos, atendiendo, de un lado, al procedimiento y, de otro, al momento en que la conversión se produce.

A) *Atendiendo al procedimiento de la conversión*

La conversión puede producirse *de oficio* por imposibilidad o por fracaso del convenio (art. 143.1), o a *instancia de parte*, pues se impone al deudor un *deber de solicitar la conversión* cuando conozca la imposibilidad de cumplir el convenio (art. 142.3), y se otorga a los acreedores la *facultad de instar la conversión* mediante la prueba de que concurre durante el convenio un «hecho de concurso» (art. 142.4).

a) La *conversión de oficio* se producirá de modo diferente según que el hecho que la motive sea o no una resolución judicial. Si el hecho que motivara la conversión no fuera una resolución judicial (sino la falta de presentación de propuestas ordinarias de convenio dentro del plazo legal, la inadmisión a trámite de las presentadas o la falta de aceptación por la junta de acreedores), la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto (art. 143.2-I). Por el contrario, si la causa de apertura de la liquidación es una sentencia firme (de no aprobación del convenio, de declaración de nulidad del convenio o de declaración de incumplimiento del convenio), la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive (art. 143.2-II). La conversión del procedimiento deberá ser, pues, decretada por el propio juez del concurso en la correspondiente *sentencia*; pero esa sentencia no producirá efectos inmediatos, ya que la apertura de la liquidación sólo tendrá lugar, por imperativo legal, con su *firmeza*, que sólo se alcanza porque la resolución no sea recurrible o porque haya transcurrido el plazo legalmente fijado sin que se haya interpuesto el recurso (v. art. 207.2 LEC). Si se tiene en cuenta que cualquiera de las sentencias que ha de determinar la apertura de oficio de la liquidación es susceptible de recurso de apelación (v. arts. 129.3 y 131.1, para la sentencia que rechaza el convenio, y 140.3 para la sentencia que declare la nulidad o el incumplimiento del convenio), habrá que distinguir: si la sentencia del juez del concurso gana firmeza porque no se presenta el recurso dentro del plazo legal, la conversión del procedimiento tendrá efectos desde ese momento; pero si se interpone recurso de apelación, la sentencia del juez del concurso no será firme, de modo que la apertura de la fase de liquidación habrá de esperar a la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelva el recurso de apelación (arts. 198 y 199) o incluso a la sentencia que resuelva el recurso de casación o el extraordinario de infracción procesal (art. 200).

b) La Ley impone al deudor que hubiera convenido con sus acreedores un *deber* específico de solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación cuando constate la imposibilidad de cumplimiento del convenio. El presupuesto objetivo es que el concursado «conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación» del convenio, que es tanto como decir que «prevea que no podrá

cumplir regularmente sus obligaciones» (art. 2.2), o, en términos más simples, que se encuentre en *estado de insolvencia*. En consecuencia, existe deber del concursado de instar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación cuando el incumplimiento del convenio resulte objetivamente previsible, aun cuando ese incumplimiento no se haya producido todavía y aun cuando no sea ni siquiera inminente. La imposibilidad de cumplir puede referirse tanto a los «pagos comprometidos» como a las «obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación» judicial del convenio, es decir, a todas las deudas del concursado anteriores o posteriores a la aprobación judicial del convenio, o, en otros términos, «sus obligaciones exigibles» (art. 2.2). Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación, algo que deberá hacer, a falta de plazo expreso, sin dilación (art. 186.3). Contra el auto de apertura de la fase de liquidación cabe recurso de reposición (art. 197.2) y contra la sentencia que resuelva ese recurso podrá interponerse recurso de apelación (art. 197.3 y 4).

c) El sistema legal de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación se completa con un supuesto en el que, de forma excepcional, puede un acreedor instar la apertura de la liquidación. La facultad se concede «si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio», pero el presupuesto de esa especial facultad no es, en sentido estricto, el incumplimiento del deber previamente impuesto al concursado, algo que sería prácticamente imposible de acreditar, sino «la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley». No resulta fácil, desde un punto de vista sustantivo, distinguir este supuesto de apertura de la liquidación a instancia de parte de aquel otro que tendrá lugar —como vimos— de oficio, como consecuencia de la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio (art. 143.1-5.º), ya que una y otra resolución judicial obedecen en definitiva a la petición del acreedor y derivan de un incumplimiento del convenio —real o inminente— por parte del concursado. La Ley dispone, de un lado, que los acreedores podrán instar *directamente* la apertura de la liquidación cuando acrediten la existencia de alguno de los *hechos* que pueden fundamentar una declaración de concurso necesario, y, de otro lado, que podrán solicitar del juez la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.1), que determinará la apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1-5.º). Sin embargo, desde un punto de vista procesal las diferencias son muy significativas: la *legitimación* para solicitar la conversión directa se extiende a cualquier acreedor, mientras que la legitimación para solicitar la resolución del convenio se restringe a «cualquier acreedor que estime incumplido el convenio *en lo que le afecte*» (art. 140.1), y, en cuanto al *procedimiento*, la conversión directa se someterá a los trámites previstos para la declaración del concurso necesario, en la medida en que resulten aplicables.

B) *Atendiendo a los efectos de la conversión*

Pueden distinguirse *dos clases de conversión*, en función de que en la fase anterior se hubiese alcanzado o no la aprobación judicial del convenio. Si el convenio todavía no hubiera sido aprobado, existirá, en un sentido amplio, conversión de fases, pero se producirán sólo los efectos propios de la apertura de la fase de liquidación, porque el convenio no habría llegado a producir efecto alguno (arts. 112 y 133) —salvo en el caso en que el juez, al admitir a trámite la oposición a la aprobación del convenio concluido entre el deudor y la colectividad de los acreedores, hubiese acordado «que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine» (arts. 133.3 y 129.4)—. Cuando, por el contrario, el convenio hubiese sido ya aprobado y, por tanto, hubiera comenzado a desplegar su eficacia, existirá una conversión en sentido estricto, que obliga a analizar los efectos de la apertura de la fase de liquidación a la luz de los que con anterioridad hubiesen producido tanto la aprobación judicial del convenio como, en su caso, la parcial ejecución del mismo.

2. *Los efectos de la conversión*

Como es sabido, mediante la remisión a las normas del título III, la Ley establece una *regla de continuidad* de los efectos de la declaración de concurso durante la fase de liquidación (art. 147) —similar a la prevista para la apertura de la fase de convenio (art. 112)—. Esa remisión —que se incorpora incluso a la rúbrica del precepto— se produce a las normas del título III en cuanto no se opongan a las específicas de la fase de liquidación, que dicta sendas disposiciones en materia de efectos de la liquidación sobre el concursado y, en su caso, sobre la administración concursal (art. 145) y sobre los créditos concursales (art. 146). Pues bien, la aplicación de esos efectos específicos se hace más compleja en los casos de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación porque la aprobación judicial del convenio produce también efectos sobre el concursado, sobre la administración concursal y sobre los créditos, que, necesariamente, habrán de verse modificados como consecuencia de la conversión. De otro lado, la conversión de fases obliga a pronunciarse sobre la reintegración de la masa activa y sobre la fase de calificación del concurso. Antes de precisar esos efectos, conviene señalar que la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación no produce un cambio de sección en el juicio de concurso, sino que *continúa* su tramitación dentro de la misma sección quinta (art. 183.5.º), y que, desde la fecha de la notificación de la resolución judicial —firme— de conversión a la administración concursal, correrá el plazo de quince días para que ésta presente el plan de liquidación (art. 148.1), plan que, lógicamente, deberá tener en cuenta el mayor o menor grado de ejecución del convenio previamente aprobado.

A) *Los efectos sobre el concursado*

La apertura de la fase de liquidación produce una serie de efectos sobre el concursado. En primer lugar, su situación será necesariamente la de *suspensión* del ejercicio de las facultades de administración (art. 145.1-I), de manera que se pone fin a la flexibilidad existente hasta ese momento, consistente en facultar al juez para acordar aquella medida limitativa —suspensión o simple intervención— que considere más adecuada a los intereses del concurso (art. 40). La razón es clara: tras la apertura de la liquidación, el procedimiento se orienta de modo inevitable a la realización de los bienes y derechos integrantes de la masa activa para repartir el producto entre los acreedores, tarea que se reserva a la administración concursal. El sistema legal obliga, pues, a distinguir, en general, si en el momento de la apertura de la fase de liquidación el concursado se encuentra sometido a intervención o a suspensión, y eso mismo es aplicable al supuesto de conversión de fases. La Ley establece que, con la aprobación judicial del convenio, los efectos de la declaración de concurso podrán ser sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el convenio (art. 133.1) y precisa que el propio convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 137.1), que podrán concretarse en la fijación de algún tipo de control del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer o incluso en la privación temporal de su ejercicio y su atribución a otros sujetos. De este modo, la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación producirá sobre las facultades patrimoniales del concursado más o menos efectos en función de los que previamente hubiese producido el convenio aprobado.

Algo parecido sucederá con los restantes efectos legales de la apertura de la fase de liquidación sobre el concursado. De un lado, se extinguirá el especial derecho de alimentos con cargo a la masa activa nacido con la declaración de concurso (art. 145.2), pero sólo si no se hubiese extinguido ya como consecuencia de la aprobación judicial de un convenio. En ese sentido, de conformidad con la regla del cese de los efectos sobre el concursado que no se refieran a su deber de colaboración (art. 133.2), el derecho de alimentos habrá de considerarse extinguido con la eficacia del convenio, salvo que se pactase lo contrario. De otro lado, se producirá la disolución de la persona jurídica concursada, pero sólo si no se hubiese producido ya (expresamente art. 145.3). En ese sentido, la disolución podrá haberse producido, de acuerdo con las reglas aplicables a cada persona jurídica, durante la fase común de tramitación o durante la fase de convenio previa. En cambio, la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación producirá, en todo caso, la sustitución de los administradores o de los liquidadores de la persona jurídica por la administración concursal a los efectos de proceder a la liquidación de la misma (art. 145.3). Aunque otra cosa parezca deducirse del tenor li-

teral del precepto, el cese de los administradores o de los liquidadores no podrá ser completo, porque la persona jurídica necesitará todavía valerse de órganos.

B) *Los efectos sobre la administración concursal*

La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación produce efectos específicos sobre la administración concursal, que han sido expresamente contemplados (art. 145.1-II). Como consecuencia de la aprobación judicial del convenio, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el propio convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y sin perjuicio también, en su caso, de la emisión del informe previsto en materia de calificación (art. 133.2), de modo que, si con posterioridad se abre la fase de liquidación, el juez deberá reponer a los administradores concursales en el ejercicio de su cargo o nombrar a otros, «cuando en virtud de la eficacia del convenio, y conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 133, los administradores concursales hubieran cesado» (art. 145.1-II). La Ley no precisa si los administradores concursales cesan o no en todo caso con la aprobación judicial del convenio. La regla general es el cese, porque se establece que «desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso» (art. 133.2), aunque el convenio pueda encomendarles algunas funciones. Excepcionalmente, sin embargo, serán mantenidos en el cargo para emitir el pertinente informe en materia de calificación del concurso (art. 169) y para convocar, en su caso, la junta o asamblea de socios que proceda a la sustitución de los administradores o liquidadores de la persona jurídica que hubieran sido inhabilitados (art. 173).

Aunque la Ley parece dejar a elección del juez la *reposición* de los antiguos administradores concursales en el cargo o el *nombramiento* de otros nuevos, es más razonable entender que haya de reponer a los mismos administradores, salvo que ello no fuera posible. El juez debe actuar siempre en interés del concurso y este interés exige que, continúen aquellos administradores concursales que conocen la situación patrimonial, financiera y de todo orden del deudor (por haber actuado en la fase o fases anteriores del concurso), evitando así los costes (de tiempo y de dinero) que supondría la familiarización de otras personas con el concurso en fase de liquidación. Sólo cuando exista una causa justificada —que deberá señalarse expresamente— para no reponer en el ejercicio del cargo a los viejos administradores, podrá proceder el juez a nombrar otros. La reposición no puede considerarse como un nuevo nombramiento, de modo que no será aplicable la regla que impide a los profesionales ser designados administradores concursales si hubieran sido nombrados por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores (art. 28.2). En cambio, sí debe aplicarse la incompatibilidad sobrevenida: si el antiguo administrador concursal hubiera colaborado con el concursado durante la fase de convenio prestando cualquier tipo de «servicios profesionales» (art. 28.1), no podrá ser repuesto en el cargo. Por lo demás, son aplicables

a la reposición las normas generales sobre nombramiento de administradores concursales. Así, por ejemplo, el administrador concursal que rechace sin causa justificada la reposición en el ejercicio del cargo no podrá ser designado administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años (art. 29.2). Así, también a la reposición se le dará la misma publicidad que hubiere tenido el nombramiento de los administradores concursales cesados (art. 38.3) y contra la resolución que adopte el juez no cabrá recurso alguno (art. 39).

C) *Los efectos sobre los créditos concursales*

La aprobación judicial del convenio produce también efectos sobre los créditos concursales, que deberán modificarse en caso de posterior apertura de la fase de liquidación. Así, «los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio» (art. 136). La Ley se preocupa de señalar que la declaración de incumplimiento del convenio supondrá la desaparición de esos efectos (art. 140.4), pero hay que entender que dichos efectos cesarán igualmente en los casos de declaración judicial de nulidad y de conversión directa de la fase de convenio en fase de liquidación. En el primer caso, porque los efectos de la nulidad no pueden ser menores a los de la resolución. En el segundo, porque se trata, en sentido amplio, de un incumplimiento de convenio. En consecuencia, la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación determinará el cese de la eficacia de las quitas y esperas acordadas y, en general, de todos los efectos que se hubieran establecido sobre los créditos. Además, como en cualquier otro caso de apertura de la fase de liquidación se producirán el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los créditos que consistan en otras prestaciones (art. 146). Finalmente, continuarán los efectos de prohibición de compensación, de suspensión del devengo de intereses y de interrupción de la prescripción de las acciones contra el concursado y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica concursada (arts. 58 a 60 y 146 y 147). Cuando un convenio que no fuese de quita hubiese contemplado la satisfacción total o parcial de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido, la conversión determinará también la ineficacia de ese pacto, de modo que en la liquidación sucesiva los citados intereses sólo podrán ser satisfechos «si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales» (art. 59.2).

La Ley sí se preocupa del régimen de los *pagos realizados durante la fase de convenio* anterior a la de liquidación (art. 162). Bajo la rúbrica de «coordinación con pagos anteriores en fase de convenio», se refiere a los pagos ya realizados en todos aquellos supuestos en que «a la liquidación hubiese precedido el cumpli-

miento parcial de un convenio», es decir, los que hemos denominado de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación. La regla es que los pagos se presumirán legítimos, «salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores» (art. 162.1). La presunción deberá ser destruida por «sentencia firme de revocación». Se trata, pues, de un supuesto de rescisión de los pagos realizados en fraude de acreedores o en contravención del propio convenio o alterando la igualdad de trato de los acreedores. Cuando la nulidad del convenio derive, precisamente, del fraude o de la alteración de la igualdad de trato a los acreedores, la prueba del pago ineficaz deberá considerarse ya suministrada. En ese sentido, cabe incluso acumular las acciones de nulidad —o de incumplimiento— del convenio y de revocación de los pagos realizados. Si no se produce la rescisión de los pagos, los acreedores «los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente» (art. 162.2). Se trata de una consecuencia evidente de las reglas de graduación de créditos.

Por otro lado, la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación determinará que los titulares de créditos con *garantía real* que no hubiesen continuado su ejecución como consecuencia de la aprobación judicial de un convenio que no les afectara (art. 56.1) pierdan la posibilidad de la ejecución separada (art. 57.3), debiendo someterse, en consecuencia, al plan de liquidación o a las normas legales supletorias. Pero si dichos acreedores ya hubieran iniciado o continuado la ejecución, como consecuencia precisamente de la aprobación de un convenio que no afectara a esa facultad, podrán continuarla tras la apertura de la fase de liquidación, ya que se establece expresamente que las actuaciones iniciadas o reanudadas no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso (art. 57.2).

D) *Los efectos sobre los créditos contra la masa*

En caso de conversión de fases presenta un interés especial el tratamiento de los *créditos contra la masa*, que la Ley no ha contemplado de modo expreso. En el diseño legal, cuando la solución del concurso sea el convenio, constituyen créditos contra la masa sólo los contraídos hasta su aprobación judicial (expresamente, art. 84.2-2.º, 5.º y 10.º), a pesar de que el concurso no concluye, en realidad, hasta el cumplimiento íntegro del convenio (arts. 139, 141 y 176.1-1.º). Ciertamente, con la aprobación judicial del convenio cesan —como hemos visto— los principales efectos de la declaración de concurso y, entre ellos, la separación patrimonial que está en la base de la distinción entre créditos contra la masa y créditos contra el concursado (v. arts. 133.2 y 137), de modo que los créditos nacidos durante la ejecución del convenio no merecen la calificación de créditos contra la masa, sino que constituyen nuevos créditos contra el concursado. La «desaparición» de la categoría no implica, desde luego, que el concursado no deba hacer frente a los créditos

surgidos durante el convenio (tanto gastos como obligaciones), y en ese sentido, la Ley establece incluso que, en caso de imposibilidad de incumplimiento de «las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél», el concursado deberá solicitar la liquidación (art. 142.3); pero la técnica utilizada plantea delicados problemas interpretativos. Ante todo, debería ser el mismo el tratamiento de todos los créditos contra el concursado nacidos tras la aprobación judicial del convenio: los nuevos créditos contra el concursado deberían ser satisfechos de forma ordinaria, sin quedar afectados por las quitas y esperas del convenio, como si no existiera concurso, es decir, de la misma manera en que se satisfacen los créditos contra la masa. Pero la opción legal hay que ponerla en conexión con otro precepto de la propia Ley que confiere un tratamiento especial a «los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad», los cuales «se satisfarán en los términos fijados en el convenio» (art. 100.5-II). Quiere ello decir que, aprobado el convenio, existirán dos clases de nuevos créditos contra el concursado: unos que tendrán que ser satisfechos de forma ordinaria, como si no existiera concurso y con independencia del convenio (es decir, *como* los créditos contra la masa), y otros, los que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad, que «se satisfarán en los términos fijados en el convenio». Por imperativo legal, el convenio puede afectar, pues, a la naturaleza de créditos nacidos durante el concurso, que será la que el propio convenio determine. Con esa previsión, la Ley ha tratado de resolver el conflicto entre nuevos y viejos acreedores, que constituye la cuestión principal que suscita la categoría de los créditos contra la masa: la financiación de la empresa en crisis será objeto del propio convenio, que determinará la forma y el tiempo de satisfacción de los correspondientes acreedores. El convenio podrá establecer, pues, que los créditos sean satisfechos como «créditos contra la masa» o como «créditos concursales», sean privilegiados, sean ordinarios o sean incluso subordinados. Se establece, en definitiva, que el concursado podrá pactar con los terceros el carácter del crédito, o, lo que es lo mismo, una forma especial de subordinación convencional. Naturalmente, los acreedores que financien la viabilidad de la empresa deberán prestar su conformidad a la propuesta de convenio (art. 99.2) y al plan de viabilidad que lo integre, aceptando las condiciones de la financiación. Pero el problema que ahora interesa es el del tratamiento de los créditos nacidos con posterioridad a la aprobación judicial del convenio en caso de conversión del procedimiento. Si la Ley no hubiera fijado un límite temporal a la existencia de créditos contra la masa, no habría ninguna duda: todos los nuevos créditos del concursado serían créditos contra la masa y, por tanto, continuarían siéndolo en caso de conversión del procedimiento, con la única duda del alcance de la previsión del convenio respecto de los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad; pero al negarles expresamente el carácter de créditos contra la masa surge la duda de si «recuperan» esa condición en caso de que sobrevenga la fase de liqui-

dación. La Ley Concursal no resuelve, pues, el clásico problema del derecho derogado de si los gastos y las obligaciones de una suspensión de pagos conservan o no la condición de deudas de la masa en una quiebra posterior. Es cierto que el convenio puede pronunciarse sobre esa cuestión, determinando si en la posterior liquidación habrán de considerarse créditos contra la masa o créditos concursales, lo que sucederá particularmente en el caso de créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad; pero, en caso de silencio, cuando se produzca la conversión, dichos créditos habrán de «recuperar» su carácter de créditos contra la masa, sin perjuicio, claro está, de que se respeten los pagos que se hubieran realizado a los acreedores concursales en virtud del convenio (art. 162).

E) *Las acciones de reintegración de la masa activa*

La Ley tampoco ha contemplado expresamente qué sucede con las acciones de reintegración de la masa durante el convenio, aunque la declaración de que «desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso» (art. 133.2-I), entre los que se encuentran por decisión legal expresa los denominados «efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa» (capítulo IV del título III), el necesario cese de los administradores concursales en el cargo (art. 133.2-II) y el carácter subsidiario de las acciones rescisorias (art. 1.294 CC) llevan a entender que no podrán ejercitarse acciones rescisorias durante el convenio a menos que esa facultad se contemple expresamente en el propio convenio, que —recordemos— habrá de ser aprobado judicialmente. Pues bien, cuando el convenio no contemplase el ejercicio de acciones de reintegración de la masa activa, en caso de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación, renacería esa facultad de ejercitar acciones de reintegración, cuya posibilidad es indudable durante la liquidación por remisión expresa de la Ley (art. 147).

Por el contrario, la Ley sí prevé expresamente el ejercicio durante la fase de convenio de acciones dirigidas a recuperar para la masa activa del concurso los bienes que hubieran salido del patrimonio del deudor durante el propio concurso, sea en la fase común de tramitación sea durante la propia fase de convenio, con infracción de las medidas prohibitivas o limitativas de sus facultades patrimoniales que se hubieran establecido, respectivamente, en la declaración de concurso (art. 40.7) y en el convenio (art. 137.2). Las dudas que pudieran existir respecto al ejercicio de acciones de anulación de los actos realizados durante la fase común de tramitación quedan disipadas con la afirmación legal de que dichas acciones caducarán con el cumplimiento del convenio. En cuanto a las acciones dirigidas a atacar las contravenciones de las limitaciones establecidas por el propio convenio, no debe inducir a equívoco la circunstancia de que se designen como «acciones de reintegración» (art. 137.2), porque su naturaleza es similar a las de anulación de los actos del concursado que contravengan las limitaciones impuestas con la declaración de concurso.

Pues bien, parece claro que la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación no impedirá que dichas acciones continúen ejercitándose. En caso de contravención de las limitaciones derivadas de la declaración de concurso, se establece expresamente que las acciones caducarán con la finalización de la liquidación (art. 40.7), y esa misma regla deberá aplicarse a la contravención del convenio. Parece igualmente claro que la legitimación para el ejercicio de unas y otras acciones corresponderá exclusivamente a la administración concursal, sin que puedan considerarse legitimados subsidiarios los acreedores. Eso es indudable de nuevo en el caso de contravención de las limitaciones originarias, ya que la facultad de los acreedores se limita a requerir a los administradores concursales para que se pronuncien acerca del ejercicio de las acciones (art. 40.7), pero debe extenderse a las acciones derivadas de la contravención del convenio. En efecto, aunque, a primera vista, podría entenderse aplicable la regla prevista para las acciones de reintegración y considerar legitimados a aquellos acreedores que hubieran instado por escrito su ejercicio a la administración concursal señalando el acto concreto que se trata de impugnar y su fundamentación jurídica, siempre que hubieran transcurrido dos meses desde el requerimiento sin que la administración concursal hubiera actuado (art. 72.1), ya hemos indicado que no se trata en realidad de acciones de reintegración, sino de acciones de anulación de actos efectuados por el concursado en contravención de sus limitaciones a las facultades de administrar y disponer, realizados, por tanto, por quien carecía de facultades para ello. En consecuencia, los acreedores no gozarán de legitimación (subsidiaria) para el ejercicio de la acción de anulación, sino tan sólo para requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la acción; pero, al mismo tiempo, estarán también legitimados para requerir a la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la acción quienes hubieran sido parte en el acto afectado por la infracción. Si se formulare requerimiento, la acción de anulación caducará transcurrido un mes sin que la administración concursal hubiera manifestado su posición. A falta de requerimiento, la acción caducará con la conclusión del procedimiento concursal por alguna de las causas previstas en la Ley, a no ser que en el momento de la conclusión se acuerde la cesión de la acción para que sea ejercitada con posterioridad (art. 40.7).

F) *La formación o la continuación de la sección de calificación*

Como es sabido, en el diseño de la Ley Concursal, la calificación no constituye una sección necesaria del concurso, sino que la sección sexta sólo se formará cuando se abra la liquidación o cuando se apruebe un convenio en el que se pacte, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años (art. 163). La sección de calificación procederá «en todos los supuestos de aper-

tura de la fase de liquidación» (art. 163.1-2.º), incluidos, por tanto, aquellos en que la fase de liquidación se abra a continuación de la de convenio. Si, de acuerdo con el contenido del convenio, no se hubiera formado en ese momento la sección de calificación, deberá decretarse su *formación* en la propia resolución judicial que declare la conversión de fases (art. 167.1), y, además, el concurso se calificará como culpable cuando la conversión haya sido acordada de oficio «por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado» (art. 164.1-3.ª). Si, por el contrario, la sección de calificación se hubiese formado durante la fase de convenio, *continuará su tramitación* durante la fase de liquidación sucesiva, pero habrá que distinguir si la conversión de fases en el concurso deriva del *incumplimiento* del convenio o de otra causa. Si la conversión se produjera por causa distinta del incumplimiento del convenio, simplemente continuará la tramitación de la sección de calificación, dándose por buena, en su caso, la calificación ya realizada. En cambio, como la apertura de oficio de la liquidación «por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado» constituye causa de calificación del concurso como culpable (art. 164.2-3.º), se contempla expresamente el supuesto en que el convenio «resultare incumplido», «a los efectos de determinar las causas del incumplimiento» (arts. 167.2 y 168.2). Aunque la Ley dista mucho de ser clara, parece que esa presunción sólo será de aplicación cuando la conversión sea acordada de oficio como consecuencia del incumplimiento en sentido estricto del convenio (arts. 140.1 y 143.1-5.º), y a fin de determinar si dicho incumplimiento fue o no imputable al concursado. Por tanto, cuando la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación derive de la específica solicitud en tal sentido del propio concursado o de alguno de sus acreedores (arts. 142.3 y 4), deberá formarse o continuar igualmente la sección de calificación, pero no será de aplicación la presunción legal de culpabilidad del concurso ni, por tanto, esta especial previsión, porque no habrá concurrido el incumplimiento requerido.

Por lo demás, la decisión deberá adoptarse en la propia resolución judicial de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación y, lógicamente, será diferente en función de la tramitación de la sección de calificación que ya se hubiera llevado a cabo. Así, si ya hubiera finalizado la tramitación de la sección (se hubiera dictado auto de archivo o sentencia de calificación), procederá su *reapertura*, incorporando las actuaciones anteriores y la propia sentencia que declare la conversión (art. 167.2-1.º). Si, por el contrario, la sección de calificación se encontrase todavía en tramitación, la sentencia de conversión ordenará la formación de la oportuna *pieza separada* dentro de la sección para su tramitación de forma autónoma (art. 167.2-2.º). La Ley prevé, en especial, que los interesados podrán personarse en la sección reabierta o en la pieza separada, aunque sus escritos se limitarán a valorar si el concurso debe ser calificado o no como cul-

pable en razón de la causa del incumplimiento del convenio (art. 168.2), y que el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable (art. 169.3). En fin, como la propia Ley se encarga de recordar (art. 172.3), la sentencia de calificación del concurso podrá condenar a los administradores o a los liquidadores de la persona jurídica concursada a cubrir, total o parcialmente, el déficit que resulte de la liquidación de la masa activa con independencia de que la apertura de la fase de liquidación haya provocado la formación o la continuación de la sección de calificación.