



- ◆ 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)

CAPÍTULO II  
DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

SECCIÓN 1.ª  
DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

**ARTÍCULO 142. Apertura de la liquidación a solicitud del deudor o de acreedor**

1. El deudor podrá pedir la liquidación:

1.ª Con la solicitud de concurso voluntario.

2.ª Desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite.

3.ª Si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110.

4.ª Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113, salvo que el propio deudor hubiere presentado una suya.

2. Dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos si el deudor así lo hubiese pedido conforme al apartado anterior, el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de liquidación.

3. El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación.

4. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que puedan fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley. El juez dará a la solicitud el trámite

previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación (\*).

(\*) En la legislación derogada la solución de la crisis obligaba a tener en cuenta la pluralidad de procedimientos y sus particulares relaciones. Originariamente, la suspensión de pagos y la quiebra partían de presupuestos distintos y respondían a finalidades diversas e incluso incompatibles entre sí, por lo que la cuestión era muy clara: la quiebra tenía como causa la insolvencia definitiva y su finalidad, en su condición de ejecución colectiva, no era sino la liquidación y reparto del patrimonio del empresario entre sus acreedores, mientras la suspensión de pagos tenía como causa la simple iliquidez del deudor y trataba de conseguir un acuerdo de los acreedores con el empresario que permitiese restablecer la normalidad en los pagos y la continuidad de la empresa. Sin embargo, esas diferencias se atenuaron ostensiblemente, tanto por las dudas suscitadas en torno al presupuesto objetivo de la quiebra, que permitían la apertura de ese procedimiento respecto de empresarios que no fuesen insolventes, cuanto porque la Ley de Suspensión de Pagos autorizaba a tramitar como suspensiones de pagos situaciones en las que el pasivo fuese superior al activo, calificadas por su normativa como de «insolvencia definitiva» (arts. 8, 10, 19, 20 y 21), por lo que con frecuencia el expediente de suspensión de pagos terminaba con la liquidación de la empresa del deudor (v. STS 5-8-1985). Por su parte, el modo normal de clausura de la quiebra, en cuanto procedimiento de ejecución colectiva de los bienes del deudor común, era la liquidación y distribución entre los acreedores del patrimonio concursal, pero en ocasiones interesaba más al deudor y a los acreedores llegar a un acuerdo. Aparecía así el convenio como una forma potestativa de clausura de la quiebra, dirigida a la conservación de la empresa (v. expresamente, art. 928 CCom.) o, incluso, a su liquidación por una vía más eficiente que la prevista en los textos legales (v. SSTS 22-2-1983 y 27-2-1993). Sin embargo, la solución convenida a la crisis tenía como presupuesto que la quiebra no se calificase como *fraudulenta* (art. 898 CCom.). Esa opción merecía una severa crítica, pues no parecía lógico vincular la solución de la crisis a la conducta—real o presunta— del deudor.

Esa superposición de procedimientos podía haberse eliminado de dos modos: a través de un único procedimiento de concurso de acreedores (solución del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y de la Ley Concursal) o con la previsión de dos procedimientos claramente diferenciados (solución de la Propuesta de 1995). Esta última

opción no trataba de restaurar la tradicional relación entre suspensión de pagos y quiebra, sino que preveía un procedimiento general (el concurso de acreedores), que, de alguna manera, refundía los dos procedimientos existentes, a la par que creaba un nuevo procedimiento, especial, denominado de suspensión de pagos, parcialmente desjudicializado, para aquellos deudores cuyo activo fuese manifiestamente superior a su pasivo y reuniesen, además, una serie de requisitos subjetivos que legitimasen la falta de sometimiento al procedimiento concursal general. Ya desde el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 2000 se optó por un procedimiento único, con dos soluciones: el convenio y la liquidación. En gran medida, el convenio recuerda a la suspensión de pagos—y a la quita y espera— mientras que la liquidación equivale al procedimiento de quiebra (v. disposición adicional 1.<sup>ª</sup>).

En este precepto y en el siguiente se establece cuándo procede la solución de la liquidación, distinguiendo según que tenga lugar a petición de parte o de oficio por el juez. En el Anteproyecto de 1983 la solución convenida era claramente preferida, de modo que la apertura de la liquidación por el juez sólo tenía lugar una vez que se hubiera constatado el fracaso del convenio y siempre, además, que no se impusiese la gestión controlada (arts. 241 a 243). Ya en la Propuesta de 1995 el convenio y la liquidación se sitúan como soluciones alternativas, de modo que el deudor podía pedir la apertura de la liquidación en la propia solicitud de concurso voluntario o en la comparecencia previa a la declaración de concurso necesario (art. 182). Ésta será la solución seguida finalmente por la Ley Concursal, que, sin embargo, regula esa opción de forma más complicada como consecuencia de la introducción de la figura del convenio anticipado de la ampliación de la legitimación para la solicitud a los acreedores y de un *casuismo* excesivo en la determinación de los plazos para que el deudor presente propuesta de convenio o solicite la apertura de la liquidación.

La primera parte del precepto (apartados 1 y 2) enumera, de forma excesivamente casuista, los diferentes supuestos en que puede el deudor solicitar la apertura de la liquidación y el procedimiento correspondiente. En realidad, tal y como se formula, el precepto merece severas críticas por las complicaciones que genera y porque, en definitiva, puede obstaculizar la apertura de la liquidación aun en el caso de que ésa sea la voluntad de los interesados. Hubiera sido mucho mejor establecer

## COMENTARIO

SUMARIO: I. LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—II. LA FACULTAD DEL DEUDOR DE SOLICITAR LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN: 1. *Consideración general*. 2. *Distinción de supuestos*: 2.1. La solicitud simultánea

de la suspensión de pagos y, simultáneamente, que el deudor podrá solicitar en cualquier momento la apertura de la liquidación, ya que, en definitiva, sobre él recae la decisión de negociar o liquidar.

La segunda parte del precepto (apartados 3 y 4) introduce una doble novedad para facilitar el tránsito de la fase de convenio a la de liquidación, con la que, además, se resuelve el tradicional problema de la *quiebra consecutiva*: se impone al deudor el deber de instar la apertura de la liquidación cuando sea consciente de la imposibilidad de cumplir sus obligaciones y se faculta a los acreedores para solicitar esa apertura cuando durante la vigencia del convenio concurra algún hecho de concurso. En efecto, en los casos de apertura de un procedimiento de quiebra tras el de suspensión de pagos, era preciso determinar si la quiebra podía considerarse una *continuación* de la suspensión de pagos, mereciendo entonces la calificación de *quiebra consecutiva*, o si se trataba de un procedimiento autónomo. A juicio de la doctrina, merecía la consideración de quiebra consecutiva toda aquella que trajese su causa inmediata de un expediente de suspensión de pagos fracasado, ya que entonces existiría una clara relación de interdependencia y de sucesión entre los dos procedimientos, que, si bien formalmente distintos, constituirían funcionalmente dos fases de un único proceso destinado a la satisfacción de los acreedores. Así, merecía la calificación de quiebra consecutiva la que se instase *dentro* del expediente de suspensión de pagos cuando el juez mantuviese la calificación de insolvencia definitiva dictada en el auto de declaración del estado legal de suspensión, y lo solicitase el deudor o el cuarenta por ciento del pasivo, en un plazo de cinco días (art. 10-I LSP), y cuando el deudor faltase al cumplimiento del convenio y cualquier acreedor lo solicitase (art. 17-IV LSP), que constituiría, en rigor, una *conversión* de la suspensión de pagos en quiebra. Merecía igualmente esa calificación la quiebra instada durante el denominado *periodo intermedio* (art. 13-VI LSP). En cuanto a las quiebras instadas una vez concluido el expediente de suspensión, serían consecutivas cuando trajesen su causa de la suspensión y autónomas en otro caso, circunstancia que debería ser apreciada por el juez. La quiebra consecutiva era una quiebra abreviada en el sentido de que debía respetarse todo lo actuado durante la tramitación de la suspensión (formación de la lista de acreedores, formación de la masa activa, etc.), si bien

ingresarían también en la masa los nuevos acreedores del deudor surgidos tras la finalización de la suspensión.

El texto del artículo procede prácticamente en su integridad del Anteproyecto aprobado por la Comisión General de Codificación en 2000, a pesar de que en el Congreso el Grupo Socialista presentó una importante enmienda (la núm. 352), que trataba de racionalizar la materia. En efecto, la enmienda proponía una redacción general del precepto. Así, en cuanto a la facultad del concursado de solicitar la apertura de la fase de liquidación, se proponía sustituir la enumeración de hipótesis por una formulación general según la cual dicha solicitud del deudor sería procedente «en cualquier momento, aunque hubiera formulado propuesta de convenio o hubiera sido aprobado el convenio». Y en cuanto a la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento de convenio, se proponía no sólo la supresión de la facultad subsidiaria de los acreedores, sino también la simplificación del deber del concursado, que se limitaría a los casos en que conociera o hubiera debido conocer la imposibilidad de cumplir el convenio o de satisfacer regular y puntualmente las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. Además, toda la materia relativa al auto de apertura de la liquidación se remitía a otro precepto. La enmienda fue rechazada y, sin embargo, en el texto aprobado por el Congreso se produjo una pequeña modificación en el apartado 4, más formal que sustancial, según la cual la facultad de los acreedores de instar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación se hacía depender de la circunstancia de que el deudor no solicitara la liquidación «durante la vigencia del convenio» (en lugar de la expresión «conforme al apartado anterior»), expresión que no puede entenderse literalmente, porque entonces los acreedores deberían esperar a que el convenio ya no estuviese vigente, lo cual carece de sentido.

No estará de más, señalar, en fin, que el precepto—como a menudo sucede en la Ley—abusa de las remisiones internas (pueden contarse hasta cuatro) y de las reiteraciones, como se apreciará en el comentario. Es más, en este caso existe incluso una reiteración en su propio contenido, cuando se refiere al momento hasta el cual puede el deudor solicitar voluntariamente la liquidación (apartado 1-2.<sup>ª</sup>) y, en consecuencia, puede el juez declararla (apartado 2).

del concurso y de apertura de la fase de liquidación. 2.2. La solicitud de apertura de la liquidación durante la fase de tramitación del concurso: 2.2.1. La regla general. 2.2.2. La solicitud de apertura de la liquidación en caso de falta de aprobación de un convenio anticipado. 2.2.3. La solicitud de apertura de la liquidación tras la presentación de una propuesta de convenio por los acreedores. 3. *El auto de apertura de la fase de liquidación*.—III. LA CONVERSION DE LA FASE DE CONVENIO EN FASE DE LIQUIDACION A PETICION DE PARTE: 1. *Consideración general*. 2. *El deber del deudor de solicitar la apertura de la liquidación*: 2.1. El presupuesto objetivo: el conocimiento de la insolvencia. 2.2. El procedimiento para la apertura de la liquidación. 3. *La facultad de los acreedores de solicitar la apertura de la liquidación*: 3.1. El presupuesto objetivo: la concurrencia de un hecho de concurso. 3.2. El procedimiento para la apertura de la liquidación.

## I. La apertura de la fase de liquidación

El artículo 142 regula los diferentes supuestos de apertura de la fase de liquidación a *solicitud de parte*, para distinguirla de la que tiene lugar *de oficio* por resolución del juez en los casos taxativamente establecidos (art. 143). La solicitud sólo puede ser presentada por el deudor y, excepcionalmente, por los acreedores. Ni la administración concursal ni ningún otro sujeto (socio, cónyuge, trabajador, etc.) pueden pedir la apertura de la liquidación. La solicitud de apertura de la fase de liquidación constituye unas veces una facultad y otras un deber del deudor. El deudor tiene, en efecto, la *facultad de presentar la solicitud* de apertura de la fase de liquidación en cualquier momento de la fase común de tramitación del concurso, siempre —claro está— que no hubiese presentado propuesta de convenio (*infra*, II). Además, tiene el *deber* de presentarla cuando conozca la imposibilidad de cumplimiento del convenio o de las obligaciones contraídas con posterioridad, y en su defecto, podrán presentarla los acreedores que justifiquen la existencia de un hecho de concurso. En estos casos de fracaso de la solución convenida, nos encontramos ante una *conversión de la solución del procedimiento*, pues de la fase de convenio se pasa a la fase de liquidación (*infra*, III). En fin, la Ley enumera cinco supuestos de *apertura de oficio* de la liquidación, algunos de los cuales suponen también la conversión de la solución del procedimiento (v. *infra*, comentario al art. 143).

Cualquiera que sea su causa y forma, la apertura de la fase de liquidación trae consigo necesariamente la formación de la sección de calificación del concurso (arts. 163.1-2.º y 167.1) y se producen los efectos especialmente establecidos sobre el deudor (art. 145) y sobre los acreedores (art. 146), sin perjuicio de que continúen los restantes efectos del concurso que sean compatibles con las disposiciones establecidas para esta fase (art. 147).

## II. La facultad del deudor de solicitar la apertura de la fase de liquidación

### 1. Consideración general

El deudor puede imponer la solución liquidatoria del concurso de acreedores, sea desde el primer momento, con la solicitud de concurso voluntario, sea en cualquier momento de la fase común de tramitación del concurso. Como pone de mani-

fiesto la expresión «podrá», se trata de una *facultad* del deudor de optar por la solución liquidatoria, en lugar de hacerlo por la solución convenida (v., repetidamente, arts. 113.1, 113.2, 114.1 *in fine*). En realidad, una declaración legal de ese tenor hubiera sido suficiente; pero la Ley prefiere delimitar los diferentes supuestos —y plazos— en que podrá producirse la decisión del deudor de proponer la liquidación —v. simultáneamente, de rechazar una solución negociada— (*infra*, 2). Es posible incluso que el deudor no llegue a realizar opción expresa alguna. En ese caso, se abrirá de oficio la fase de liquidación (art. 143.1-1.º), a menos que el veinte por ciento del pasivo presente una propuesta de convenio (art. 113.2), lo que, a su vez, faculta al concursado para prestar su conformidad o disconformidad a la propuesta, para oponerse a la aprobación del convenio que fuera aceptado por la junta de acreedores o incluso para solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 128.3).

Cualquiera que sea el momento en que tenga lugar la solicitud del deudor, la apertura de la fase de liquidación sólo se producirá tras la finalización de la fase común de tramitación del concurso y la correspondiente resolución judicial (art. 142.2; v. también art. 98). En otros términos, no hay en la liquidación una opción equivalente a la del convenio anticipado. No será posible anticipar la liquidación ni en el caso en que el deudor presente la solicitud de apertura de la fase de liquidación con la propia solicitud de concurso, aunque se exija que acompañe propuesta de plan de liquidación (art. 6.3), ni tampoco en el supuesto en que la solución convenida sea manifiestamente imposible de alcanzar por imperativo legal (v. gr.: imposibilidad de una quita inferior al cincuenta por ciento de los créditos ordinarios: art. 100.1).

Esa solución legal permite afirmar que la solicitud de apertura de la liquidación realizada voluntariamente por el deudor puede considerarse *revocable*, de manera que, mientras no se dicte la resolución judicial de apertura, el deudor podrá retirar su petición de abrir la liquidación, optando o no por presentar una propuesta de convenio (v. comentario a los arts. 6 y 113), del mismo modo que puede revocar su propuesta de convenio mientras no haya sido admitida a trámite (art. 114.2). Ahora bien, si se hubiera producido la solicitud de apertura de la liquidación, no podrá darse trámite a la fase de convenio (v. expresamente arts. 104.1, 113.1, 113.2 y 114.1 *in fine*) si no se procede antes a la revocación de la solicitud. Del mismo modo, la solicitud de apertura de la fase de liquidación podrá ser tenida en cuenta por el juez del concurso —en el propio auto de declaración o con posterioridad— a los efectos de modificar la regla general de intervención en el concurso voluntario y acordar la sustitución (v. *supra*, comentario al art. 40).

Durante la fase común de tramitación del concurso el concursado tiene, pues, la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación; pero no un deber de hacerlo, ni siquiera en los casos en que considere que no puede alcanzarse convenio. No dice la Ley cómo deberá realizarse la solicitud de apertura de la liquidación; pero es claro que constituye una declaración de voluntad pura y simple del deudor o, en caso de persona jurídica, de su órgano de administración o de liquidación (arg. ex art. 3.1-II), que deberá realizarse por escrito firmado por procurador y abogado (art. 184.2).

## 2. Distinción de supuestos

Como hemos señalado, la Ley opta por enumerar los diferentes momentos del procedimiento en que el deudor puede presentar voluntariamente la solicitud de apertura de la fase de liquidación.

### 2.1. LA SOLICITUD SIMULTÁNEA DE CONCURSO Y DE APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

El primero de los momentos en que el deudor puede optar por la solución liquidatoria es, obviamente, el de la propia *solicitud* de concurso (art. 142.1-1.º). El deudor puede solicitar su declaración de concurso (concurso voluntario) y optar en ese mismo momento por la liquidación, que se impondrá a los acreedores, como puede, a la inversa, caso de cumplir las exigencias legalmente impuestas, presentar propuesta anticipada de convenio (art. 104). El deudor puede presentar también la solicitud de apertura de la fase de liquidación con posterioridad a la solicitud de concurso, dentro del plazo concedido por el juez para complementar la acreditación de la insolvencia alegada (art. 14.2). En cualquier caso, «deberá acompañarse propuesta de plan de liquidación» (art. 6.3; v. art. 148) y la solicitud de liquidación se hará constar expresamente en el propio auto de declaración de concurso (art. 21.1-1.º).

Ha de admitirse igualmente la posibilidad de que el deudor solicite la liquidación durante el período que media entre la admisión a trámite de la solicitud de concurso por otro legitimado y la declaración de concurso, algo que podrá hacer indudablemente al allanarse a la solicitud o, simplemente, instando su propio concurso (v. art. 18.1). En efecto, la Ley no exige que la solicitud de concurso voluntario que incluya la solicitud de liquidación sea la primera de las presentadas. Es perfectamente posible que el deudor inste la declaración judicial del propio concurso con posterioridad a la solicitud que hubiera presentado cualquier otro legitimado y que esa solicitud de concurso voluntario se acumule a la primeramente reparada (art. 15.2), y en esa solicitud puede incluirse la de apertura de la fase de liquidación. En cualquiera de esos casos, *deberá hacerse constar en el auto de declaración de concurso* —sea necesario o sea voluntario— la solicitud de apertura de la fase de liquidación realizada por el deudor (art. 21.1-1.º) e incluso habrá de exigirse al deudor la presentación de una propuesta de plan de liquidación entre los documentos legalmente establecidos (arts. 6.3 y 21.1-3.º).

Cuando el deudor solicite la apertura de la fase de liquidación junto con la solicitud de su propio concurso o en la fase instructoria de un concurso necesario, el *inventario* de bienes y derechos que necesariamente debe presentar (arts. 6.1-3.º y 21.1-3.º) deberá reflejar esa opción a la hora de fijar el valor real actual de los bienes y derechos que incorpore.

### 2.2. LA SOLICITUD DE APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN DURANTE LA FASE DE TRAMITACIÓN DEL CONCURSO

El concursado podrá solicitar también la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento de la fase común de tramitación del concurso. La Ley contempla, en tal sentido, una *regla general*, según la cual podrá pedir la liquidación en cualquier momento que medie entre la declaración de concurso y la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o, caso de haberse presentado impugnaciones, la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores (art. 148.1-2.º; *infra*, 2.2.1) y dos *supuestos especiales*, derivados de la presentación anterior de una propuesta de convenio: una propuesta anticipada presentada por el propio deudor que no llega a ser aprobada por el juez (art. 148.1-3.º; *infra*, 2.2.2) y una propuesta ordinaria presentada por el veinte por ciento del pasivo (art. 148.1-4.º, *infra*, 2.2.3).

#### 2.2.1. La regla general

Con carácter general, el concursado podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación «desde que se dicte el auto de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, siempre que al momento de la solicitud no hubiera presentado propuesta de convenio o, de haber presentado una anticipada, se hubiese denegado su admisión a trámite» (art. 148.1-2.º). En realidad, el precepto viene a establecer que el deudor puede solicitar la apertura de la liquidación en cualquier momento de la *fase común de tramitación del concurso*, fase que comienza con la declaración de concurso (arts. 14 y 20, según que el concurso sea voluntario o necesario), y que concluye, precisamente (art. 98), con una resolución judicial dictada tras el transcurso del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se haya producido impugnación alguna, o, una vez resueltas las impugnaciones, cuando la administración concursal entregue al juez los referidos documentos (inventario y lista de acreedores) definitivos (de conformidad con el art. 96.4).

El concursado sólo podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación «siempre que al momento de la solicitud no hubiese presentado propuesta de convenio», ya sea anticipada (v. art. 104, que permite su presentación hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos), ya sea ordinaria (v. art. 113.1, que puede presentarse precisamente desde la expiración del plazo de comunicación de créditos), si bien conviene recordar que la propuesta de convenio puede *revocarse* siempre que no haya sido admitida a trámite por el juez (art. 114.2), de modo que, dentro de esos estrechos límites, el concursado puede desistir de la solución convenida y solicitar la apertura de la liquidación. La solicitud del deudor podrá producirse incluso en el caso de haber presentado una propuesta anticipada, cuando «se hubiese denegado su admisión a trámite», lo que puede ocurrir porque no se alcancen las adhesiones



del pasivo que deben acompañarla, porque exista infracción legal en su contenido o porque el deudor incurra en alguna de las prohibiciones legales (art. 106.3). A la falta de admisión a trámite de la propuesta anticipada deberá equipararse, a efectos de la recuperación por el concursado de la facultad de solicitar la liquidación, el supuesto en que, a consecuencia del preceptivo informe de la administración concursal, el juez deje sin efecto su admisión (art. 107.2).

El momento hasta el cual podrá el concursado solicitar la apertura de la liquidación estará en función de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores que acompañan al informe de la administración concursal (v. comentario a los arts. 98 y 113.1). Si no se hubiesen producido impugnaciones, el *dies ad quem* será precisamente el día de la expiración del plazo de impugnación. Si se hubiesen presentado impugnaciones, habrá que atender al resultado de las mismas. Cuando las impugnaciones fuesen estimadas, podrá el concursado presentar solicitud de apertura de la fase de liquidación «hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos» (art. 142.1-2.º). Y cuando hubiesen sido desestimadas, la solicitud podrá producirse hasta el día de la sentencia que las desestimase, ya que en ese caso la administración concursal no habrá de presentar textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. Transcurrido dicho término, si el concursado no hubiese presentado propuesta de convenio y no hubiese solicitado tampoco la liquidación, el juez dispondrá de un plazo de quince días para dictar auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio (arts. 98 y 111.1). Después de ese momento podrá presentarse todavía propuesta de convenio (v. art. 113.2), e incluso solicitud de apertura de la liquidación, al menos dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera sido presentada propuesta de convenio por los acreedores (arts. 113.1 y 142.1-4.º). En todo caso, además, la liquidación se abrirá de oficio si en el nuevo plazo para presentar propuesta de convenio (que se cerrará cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta), ésta no se presentara (v. art. 143.1-1.º).

En definitiva, pues, durante la fase común de tramitación del concurso el deudor puede optar entre realizar una propuesta de convenio (anticipada u ordinaria, en función de que lo haga antes o después del transcurso del plazo para la comunicación de créditos) o solicitar la liquidación. Aunque no será frecuente, tampoco existe inconveniente en que la solicitud de apertura de la fase de liquidación se formule en el mismo escrito de presentación de la propuesta anticipada de convenio, con carácter subsidiario para el caso de que dicha propuesta no sea admitida a trámite, no consiga el porcentaje necesario de adhesiones de pasivo o no sea aprobada por el juez. En estos dos últimos supuestos, el juez no deberá requerir al concursado para que manifieste si mantiene o no la propuesta fracasada (art. 110.1), sino que deberá tener por solicitada la liquidación (v. art. 142.1-3.º; *infra*, 2.2.2).

### 2.2.2. *La solicitud de apertura de la liquidación en caso de falta de aprobación de un convenio anticipado*

Como un supuesto especial, el concursado podrá pedir la liquidación «si no mantuviese la propuesta anticipada de convenio, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 110» (art. 142.1-3.º). Es un supuesto que encaja, en rigor, en el anterior, ya que si el convenio anticipado fracasa, por la razón que sea, volverá a ser posible que el concursado elija entre la solución convenida y la liquidatoria. Se establece, sin embargo, un procedimiento especial, ya que el artículo 110.1, al que se remite expresamente el precepto que se comenta, dispone que si no procediera la aprobación judicial del convenio anticipado, el juez requerirá de inmediato al deudor para que manifieste, en el breve plazo de tres días, «si mantiene la propuesta anticipada de convenio para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la liquidación». Fracasado el convenio, podrá, pues, el deudor seguir adelante con la solución convenida (algo que no se permite, en cambio, cuando la junta de acreedores no acepte una propuesta ordinaria de convenio: v. art. 143.1-2.º), manteniendo la misma propuesta de convenio para su tramitación ordinaria, o podrá optar —de nuevo— por la solución liquidatoria. Si la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio precluye la posibilidad de que el concursado solicite la apertura de la liquidación, la falta de aprobación judicial del convenio anticipado faculta al deudor para solicitar de nuevo la liquidación. Naturalmente, si el deudor opta por mantener la propuesta de convenio para su sometimiento a la junta de acreedores, pierde el derecho a solicitar la apertura de la liquidación, que sólo podrá tener lugar de oficio en los casos expresamente previstos (art. 143.1-2.º a 5.º).

El juez deberá requerir al concursado para que manifieste su intención de continuar con la solución convenida o de solicitar la liquidación. A primera vista, pues, no existe otra opción: el concursado debe manifestar, en el plazo de tres días, si continúa con la solución convenida, manteniendo la propuesta fracasada, o si opta por la liquidación. Sin embargo, la cuestión es más compleja. De un lado, porque no siempre existe la posibilidad de conversión de la propuesta anticipada en ordinaria y, por tanto, no siempre es necesario el requerimiento judicial. En efecto, no existe esa posibilidad cuando el contenido de la propuesta fuese una quita superior al cincuenta por ciento o una espera superior a cinco años, algo que se permite para la tramitación anticipada del convenio, pero no para la tramitación ordinaria, salvo que se trate de empresas de especial trascendencia para la economía (arts. 100.1 y 5.º y 104.2), y no existe tampoco esa posibilidad, lógicamente, cuando el juez estime la oposición a la aprobación del convenio fundada en la infracción de normas legales sobre su contenido (art. 128.1-III) o en la inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 128.2), ni cuando rechace de oficio el convenio por infracción de normas legales sobre su contenido (art. 131.1). En todos esos casos, no procede el requerimiento del juez al deudor (v. comentario al art. 110), ni, por supuesto, la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143), sino que el juez habrá de dictar auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio (art. 111.1), de modo que el concursado podrá presentar una nueva propuesta —ordinaria— de convenio o podrá optar por la liquidación (art. 113). De otro lado, porque es posible que el concursado opte por no atender el requerimiento judicial para que manifieste si

mantiene la propuesta o desea solicitar la liquidación. Tampoco en este caso procederá la apertura de oficio de la liquidación (art. 143), y ni siquiera habrá de tenerse por solicitada la liquidación (art. 142), sino que el juez deberá dictar auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio (art. 111.1), en la que el concursado recobrará la facultad de optar por el convenio —ordinario— o por la liquidación (v. también comentario al art. 110).

### 2.2.3. *La solicitud de apertura de la liquidación tras la presentación de una propuesta de convenio por los acreedores*

Como es sabido, la Ley Concursal concede a un porcentaje de los acreedores legitimación para presentar propuesta de convenio. En concreto, y siempre que el concursado no hubiera presentado propuesta anticipada de convenio ni tuviere solicitada la apertura de la fase de liquidación, podrán presentar propuesta de convenio acreedores que representen la quinta parte del pasivo resultante de la lista definitiva. Esa propuesta podrá presentarse en dos momentos diferentes: entre el plazo de comunicación de créditos y el de finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 113.1) y, en su defecto, desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113.2). La propia naturaleza del convenio exige que la propuesta de los acreedores sea aceptada por el concursado. Pues bien, la ley dispone que el concursado puede presentar la solicitud de apertura de la fase de liquidación «dentro de los cinco días siguientes a aquel en que los acreedores hayan presentado propuesta de convenio conforme al apartado 1 del artículo 113» (art. 142.1-4.º). De este modo, el concursado puede rechazar inmediatamente la propuesta presentada por acreedores en el primero de los referidos plazos no sólo de una forma expresa, sino también a través de la presentación de la solicitud de apertura de la fase de liquidación. Naturalmente, como se encarga de recordar la Ley, el concursado no podrá solicitar la apertura de la liquidación cuando él mismo hubiera presentado una propuesta de convenio, si bien —como ya se ha indicado— mientras la propuesta de convenio no haya sido admitida a trámite, puede ser revocada (art. 114.2). La Ley parece exigir que la presentación de la solicitud de liquidación se realice «dentro de los cinco días siguientes» (que se reducirían a tres, en caso de procedimiento abreviado: art. 191.1), pero no puede existir inconveniente en que se realice con posterioridad. Así se deduce no sólo de la naturaleza misma del convenio como acuerdo de voluntades, sino también de la circunstancia de que el concursado puede solicitar la liquidación incluso tras la aceptación de la referida propuesta en junta de acreedores (art. 128.3).

La Ley no contempla la facultad del concursado de rechazar inmediatamente el convenio propuesto por los acreedores e instar la liquidación cuando la referida propuesta se realice en el segundo momento indicado, es decir, en el plazo comprendido entre la fecha de la convocatoria de la junta y cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113.2). Sin embargo, dicha facultad deberá entenderse existente igualmente, dada la naturaleza del convenio, que exige que toda propuesta presentada por acreedores tenga la conformidad —expresa o, al menos,

tácita— del deudor, y dada también la facultad del concursado de solicitar la liquidación tras la aceptación de la propuesta por la junta de acreedores (art. 128.3). Ha de entenderse, pues, que el concursado podrá prestar su conformidad o su disconformidad a toda propuesta presentada por los acreedores, cualquiera que sea el momento en que se realice, de manera que podrá también instar la liquidación en cualquier momento. No puede defenderse seriamente que el deudor pueda instar la liquidación tras la aceptación de la propuesta en junta de acreedores y que no pueda, sin embargo, solicitarla con anterioridad.

Como se ha indicado de modo reiterado, la Ley faculta al deudor para solicitar la apertura de la fase de liquidación dentro del plazo previsto para la oposición a la aprobación judicial del convenio cuya propuesta hubiera sido realizada por los acreedores y ya se hubiera aceptado por la junta, y siempre que no le hubiese prestado su conformidad (art. 128.3). Es decir, que la Ley concede al deudor la posibilidad de rechazar la propuesta de convenio presentada por los acreedores no sólo inmediatamente después de la presentación —como establece para el primero de los casos el precepto que comentamos—, sino también dentro del plazo previsto para la presentación de la oposición a la aprobación judicial. Además, esa facultad se formula con un carácter general, de modo que el deudor puede solicitar la liquidación —como puede oponerse a la aprobación judicial del convenio— cualquiera que hubiese sido el momento en que los acreedores hubieran presentado la propuesta de convenio. Ciertamente, esta solución legal puede fomentar actitudes torcidas del concursado, quien, en efecto, puede callar durante toda la tramitación del convenio y, una vez aceptado por la junta, en lugar de oponerse a su aprobación, solicitar la apertura de la liquidación, lo que dejaría sin efecto el convenio aceptado por los acreedores; pero interesa destacar ahora que se trata de un supuesto de apertura de la liquidación a solicitud de parte que no aparece enumerado legalmente y, sobre todo, que esa solución legal obliga a concluir que la presentación de una propuesta de convenio por los acreedores no impide al concursado solicitar en cualquier momento la apertura de la liquidación, siempre y cuando, lógicamente, no hubiera prestado antes su conformidad a la propuesta (v. también comentario al art. 128).

En lugar de solicitar la apertura de la fase de liquidación, el concursado puede optar por presentar oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 128.3), pero esa opción legal sólo tiene en realidad sentido cuando el motivo de oposición sea la infracción de las normas sobre constitución o celebración de la junta (art. 128.1-III y 3) y se hubieren presentado varias propuestas, ya que en ese caso deberá convocarse una nueva junta en la que se discutirán las demás propuestas (art. 129.2). Si el motivo de oposición fuera la infracción de las normas relativas al contenido del convenio, el juez debe rechazar el convenio (art. 129.3) y, en consecuencia, abrir de oficio la liquidación (art. 143.1-3.º), con lo que el concursado alcanzaría indirectamente el mismo resultado que si hubiera solicitado directamente la liquidación (v. comentario a los arts. 128, 129 y 143).

### 3. El auto de apertura de la fase de liquidación

En cualquiera de los supuestos mencionados, el concursado deberá solicitar la apertura de la fase de liquidación mediante el correspondiente escrito y actuará representado por procurador y asistido por letrado (art. 184.2). Cualquiera que sea el momento en que presente la solicitud de apertura de la fase de liquidación a lo largo de la fase común del concurso, la tramitación será la misma: «el juez dictará auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de liquidación» (art. 142.2 *in fine*). Se trata de una simple concreción de la norma general (art. 98), que, en una sede sistemáticamente más correcta, ordena al juez del concurso que dé por finalizada la fase común del procedimiento dictando la resolución que proceda con arreglo a la propia Ley, que será la de apertura de la fase de convenio (art. 111) o la de apertura de la fase de liquidación (art. 142.2), para la cual se concede ahora al juez un plazo de quince días.

La apertura de la liquidación tiene en estos casos forma de *auto*, a pesar de que el juez se limitará a atender una solicitud del concursado que éste puede realizar por su simple voluntad, de modo que, en rigor, la motivación será muy simple (v. arts. 208.2 y 248.2 LEC). Según el tenor literal del precepto, el auto deberá dictarse «dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos» (art. 142.2; v., en los mismos términos, arts. 98 y 113.1), pero hay que entender que el *dies a quo* puede ser, en realidad, triple: si no se presentan impugnaciones, será, en efecto, la fecha de expiración del plazo de impugnación; pero si se presentaran, el *dies a quo* estará en función del resultado de las mismas: si se estimaran, será la fecha en que se pongan de manifiesto los textos definitivos corregidos del inventario y/o de la lista de acreedores, y si se desestimaran, la fecha de la sentencia de desestimación, en que el inventario y la lista de acreedores deberán considerarse definitivos.

Esa opción legal tiene —como ya se señaló— dos importantes implicaciones. La primera, que la apertura de la fase de liquidación sólo puede producirse una vez finalizada la fase común de tramitación del concurso. A diferencia, pues, de lo que sucede con la solución negociada, la solución liquidatoria no puede ser nunca simultánea a la primera fase del concurso. La segunda, que, a pesar del silencio legal, el concursado puede revocar su solicitud y optar por la solución convenida, presentando la oportuna propuesta de convenio o incluso esperando a que la presenten los acreedores legitimados.

El juez del concurso dispone de un plazo de *quince días* (a contar desde el momento expresamente señalado) para abrir la fase de liquidación, cualquiera que sea el momento en que la solicitud del concursado se realice. En rigor, sólo en el cuarto de los supuestos legales (solicitud presentada como respuesta a la propuesta de convenio presentada por acreedores legitimados) debería el juez esperar, ya que en los tres primeros la solicitud del concursado se habrá producido normalmente con mucha antelación; pero la Ley no distingue: el juez dispone en todo caso de quince días para dictar el auto, lo cual puede retrasar innecesariamente la apertura

de la fase de liquidación. En caso de procedimiento abreviado, el plazo será de ocho días (art. 191.1).

Es obvio que no puede ser aplicable ese plazo al supuesto en que la solicitud del concursado se produzca dentro del plazo de oposición a la aprobación judicial de un convenio presentado por acreedores (art. 128.3), ya que en ese caso la solicitud de liquidación se produce con posterioridad, una vez aceptado el convenio por la junta de acreedores, y lo mismo debe afirmarse del supuesto en que el concursado solicite la liquidación como respuesta a la propuesta presentada por los acreedores tras la convocatoria de la junta, que se produce también abierta la fase de convenio (arts. 111.1 *in fine* y 113.2). En estos casos, el juez no puede declarar la conversión de la fase de concurso en fase de liquidación, es decir, la apertura de la fase de liquidación en el plazo previsto por el precepto que comentamos, sino que, presentada la solicitud, dictará auto abriendo la fase de liquidación «sin dilación» (art. 186.3).

Como se señala expresamente, el auto pone fin a la fase común de tramitación del concurso y abre la fase de liquidación, de modo que se formará la sección quinta (art. 183-5.<sup>o</sup>). Además, el auto deberá ordenar la formación de la sección sexta, sobre calificación del concurso (arts. 163.1-1.<sup>o</sup> y 167.1). En caso de que el deudor se encontrara con anterioridad simplemente intervenido, el auto deberá contener asimismo la declaración de suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición (art. 145.1) y el consiguiente mandamiento a los registros públicos (art. 40.4-II).

El auto de apertura de la fase de liquidación habrá de ser *publicado* en los términos previstos para la declaración de concurso (art. 144) y, además, *notificado* al concursado, a la administración concursal y a las demás partes personadas. Aunque la Ley no lo establezca expresamente en este caso (v., en cambio, art. 143.2-I, a propósito de la apertura de oficio de la liquidación), conducen a esa conclusión no sólo las normas procesales generales (art. 150.1 LEC), sino, además, la circunstancia de que el plazo de quince días para que la administración concursal presente un plan de liquidación comienza a correr, precisamente, el día en que el juez le notifique la apertura de la fase de liquidación (art. 148.1), mandato que ha de considerarse aplicable con carácter general, cualquiera que sea el momento y la forma en que se abra la fase de liquidación (v. comentario al art. 148).

Conforme a las reglas generales, el auto por el que se declare la apertura de la fase de liquidación a solicitud del concursado podrá recurrirse en reposición (art. 197.2). Aunque no parece fácil articular un recurso contra una resolución judicial que obedece a la simple voluntad del concursado, no puede desecharse tal posibilidad (v. gr.: incapacidad del concursado).

## III. La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación a petición de parte

### 1. Consideración general

La Ley contempla un último supuesto de apertura de la liquidación a solicitud de parte (en este caso, tanto deudor como acreedor), derivado, en sentido amplio,



de la imposibilidad de cumplimiento del convenio concluido con los acreedores y aprobado por el juez, y que consiste, en definitiva, en una conversión de la fase de convenio en fase de liquidación dentro de la sección quinta del juicio de concurso. Así, de un lado, al deudor que hubiera convenido con sus acreedores se le impone un *deber* específico de solicitar la liquidación cuando «conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación» (art. 142.3), que constituye el único supuesto legal en que se impone un deber de solicitar la liquidación, y, de otro, se concede a los acreedores la facultad de solicitar la conversión cuando acrediten la existencia durante la ejecución del convenio de un hecho de concurso (art. 142.4).

La Exposición de Motivos considera que ese sistema legal es una consecuencia de «la unidad y la flexibilidad del procedimiento», que hacen posible «pasar de forma rápida y simple a la fase de liquidación», y que constituye «una de las principales y más ventajosas novedades que introduce la Ley, frente a la anterior diversidad de procedimientos concursales y, concretamente, frente a la necesidad de solicitar la declaración de quiebra en los casos en que no se alcanzara o se incumpliera un convenio en el expediente de suspensión de pagos» (Exposición de Motivos, VII). Con esa previsión legal, se crea un *supuesto intermedio* entre la simple facultad del concursado de instar la liquidación, o *liquidación voluntaria* (art. 142.1 y 2), y la posibilidad de apertura de oficio de la liquidación, o *liquidación necesaria* (art. 143), con el que se persigue un tránsito rápido desde la solución negociada a la solución liquidatoria antes de que se produzca el fracaso definitivo del convenio. Con ello, se pone de manifiesto —como ya se ha indicado reiteradamente— que la aprobación judicial del convenio, aunque no suponga la conclusión del concurso —que sólo tiene lugar con el cumplimiento íntegro del convenio (art. 176.1-2.º)—, produce unos efectos muy próximos, de manera que se reproduce la situación anterior a la declaración del concurso de acreedores: la *insolvencia del deudor* —durante el convenio— habrá de conducir a la liquidación, sea a petición del deudor, sea a petición de los acreedores.

Para la aplicación de este sistema de conversión de la solución del concurso es indiferente que el convenio hubiese sido tramitado anticipadamente o de forma ordinaria.

## 2. El deber del deudor de solicitar la apertura de la liquidación

### 2.1. EL PRESUPUESTO OBJETIVO: EL CONOCIMIENTO DE LA INSOLVENCIA

La Ley impone al deudor que hubiera convenido con sus acreedores un *deber* específico de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando constate la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos en el propio convenio y las obligaciones contraídas durante su ejecución (art. 143.3). El deber se impone al concursado, de modo que recaerá sobre su persona y, en caso de persona jurídica, sobre el órgano de administración o de liquidación (arts. 3.1 y 42.1). El deber existe «durante la vigencia del convenio», de manera que se impone al concursado cuando todavía no se haya producido el incumplimiento del convenio, cuya resolución judi-

cial firme, a instancia de cualquier acreedor en lo que le afecte, constituye causa de apertura de oficio de la liquidación (arts. 137.1, 140.1 y 143.1-5.º).

El presupuesto objetivo del deber 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*. El deber del concursado evoca, en efecto, manifiestamente al que tiene el deudor de instar su propio concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1), aunque en este caso no se establezca plazo alguno para la solicitud de conversión, que, por consiguiente, deberá realizarse inmediatamente. Cuando existe un convenio entre el deudor y los acreedores que ha sido aprobado por el juez, parece claro que el conocimiento por el deudor de la imposibilidad de su cumplimiento ha de equipararse al conocimiento de la insolvencia que constituye presupuesto para la declaración de concurso. 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 no se haya producido todavía y aun cuando no sea ni siquiera inminente.

La *imposibilidad de cumplir o insolvencia* que constituye el presupuesto del deber se refiere 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). La expresión «pagos comprometidos» ha de estimarse comprensiva tanto de los créditos contra la masa que estuviesen pendientes de satisfacción en el momento de la eficacia del convenio como de todos los créditos concursales, y no sólo los ordinarios, como protagonistas del convenio, sino también los privilegiados, con privilegio especial o general, con independencia de que les hubiera afectado o no el contenido del convenio, e incluso los subordinados. Así, por ejemplo, aunque el concursado hubiera satisfecho íntegramente los créditos privilegiados y los ordinarios, si conoce la imposibilidad de satisfacer los créditos subordinados tiene el deber de solicitar la apertura de la liquidación. Con la expresión «obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación» se refiere la Ley a todas las nuevas obligaciones contraídas durante el convenio, con independencia de los términos en que sobre ellos pueda pronunciarse, en su caso, el propio convenio (art. 100.5-II). Si el propio convenio prevé una solución distinta para el caso de que concurra alguna circunstancia objetiva, es decir, en caso de *conversión del propio convenio* (v. gr., aumento de la quita y/o de la espera pactada, liquidación de algunos bienes), la imposibilidad de cumplimiento y, con ella, este específico deber sólo concurrirán cuando el deudor conozca que no puede hacer frente a los compromisos pactados subsidiariamente (v. *supra*, comentario al art. 100).

La Ley no prevé una *sanción* específica para el concursado que incumpla el deber de solicitar la conversión de la fase del procedimiento. Aunque la constatación del incumplimiento no sea fácil de articular y el margen de actuación de la sanción sea

estrecho, el concurso debería calificarse como culpable, salvo prueba en contrario, en la pieza de calificación que ya estuviese formada y, sobre todo, en la que se formase como consecuencia, precisamente, de la apertura de la fase de liquidación solicitada por los acreedores que probasen alguno de los hechos de insolvencia (art. 142.4). Es cierto que el incumplimiento de ese deber no incide «en la generación o agravación del estado de insolvencia» (v. art. 164.1), pues es posterior a la declaración de concurso; pero no es menos cierto que el referido deber puede considerarse como una manifestación del deber general de colaboración y de información que se le impone con carácter general al deudor (arts. 42 y 165-3.º), o como un supuesto que guarda una sustancial identidad con el de incumplimiento del deber de instar el concurso (arts. 5 y 165-1.º) y que cualquiera de esos incumplimientos permite presumir el dolo o la culpa grave, que llevaría a calificar el concurso como culpable. A diferencia del supuesto de apertura de oficio de la liquidación por incumplimiento del convenio (art. 143.1-4.º), que supone automáticamente la calificación del concurso como culpable (art. 164-3.º), en este caso concurre una simple presunción, que admite la correspondiente prueba en contrario (v. *infra*, comentario al art. 163). Así, pues, cuando —como sucederá normalmente— el incumplimiento del deber de instar la liquidación fuese acompañado de una apertura de oficio de la liquidación derivada de la sentencia firme de resolución del convenio, la sanción quedará subsumida en la presunción legal de dolo o culpa grave que conduce necesariamente a la calificación del concurso como culpable.

## 2.2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Se establece, en fin, que, «presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación» (art. 142.3, *in fine*), algo que deberá hacer, a falta de plazo expreso, «sin dilación» (art. 186.3). La solicitud deberá ser presentada por escrito, con representación de procurador y asistencia de letrado (art. 184.2). La opción legal recuerda de nuevo a la solicitud de concurso voluntario, que deberá ser resuelta inmediatamente por el juez (art. 14). A diferencia, sin embargo, de lo previsto para los casos de declaración de concurso, no se exige —ni de forma expresa ni por remisión al precepto correspondiente— que el deudor aporte documentación de la que resulte la existencia de alguno de los hechos de concurso (art. 14.1).

El auto de apertura de la liquidación produce en este caso el efecto de *conversión* de la fase de convenio en fase de liquidación dentro de la misma sección quinta del concurso de acreedores (art. 183.5.º). Además, el auto ordenará la formación de la sección sexta, sobre calificación del concurso (arts. 163.1-1.º y 167.1), a menos que estuviese ya formada de acuerdo con el contenido del convenio que hubiera sido aprobado (art. 163.1-2.º). El auto se *publicará* del mismo modo que la declaración de concurso (art. 144) y, además, se *notificará* al concursado, a la administración concursal y a las demás partes personadas (v. *supra*, II.1.3 y arts. 150.1 LEC y 143.2-I LC, a propósito de la apertura de oficio de la liquidación). Desde la fecha de la notificación a la administración concursal corre el plazo de quince días para que los administradores concursales presenten el plan de liquidación (art. 148.1).

Contra el auto de apertura de la fase de liquidación por conversión de la fase

de convenio 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).

La apertura de la fase de liquidación por conversión de la fase de convenio determina la aplicación de todos los efectos sobre el deudor (art. 145) y sobre los créditos (art. 146). Además, dejarán de tener efecto las quitas o esperas pactadas (arts. 136 y 140.4, para el caso de resolución del convenio), si bien se considerarán legítimos los pagos realizados (art. 162).

## 3. La facultad de los acreedores de solicitar la apertura de la liquidación

### 3.1. EL PRESUPUESTO OBJETIVO: LA CONCURRENCIA DE UN HECHO DE CONCURSO

El sistema legal de apertura de la fase de liquidación a instancia de parte se cierra con un supuesto en el que, de forma excepcional, puede un acreedor instar la apertura de la liquidación, que constituye otro supuesto de *conversión* de la fase de convenio en fase de liquidación por insolvencia del concursado convenido (art. 142.4). La Ley concede a los acreedores la facultad de instar la apertura de la liquidación «si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio», pero la expresión no puede interpretarse literalmente, porque entonces los acreedores sólo podrían pedir la apertura de la liquidación cuando el convenio no se encontrase ya «vigente», sino sencillamente en el sentido de que los acreedores podrán solicitar la liquidación durante la vigencia del convenio aunque el concursado incumpla el deber de hacerlo.

El presupuesto de esa especial facultad de solicitar la conversión del procedimiento no es, en sentido estricto, el incumplimiento del deber previamente impuesto al deudor, 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», que es lo que la Ley pide al acreedor que acredite, y que, en definitiva, permite presumir que el deudor incumplió su deber de instar la conversión del procedimiento. La opción legal se explica porque resultarían insalvables las dificultades para probar cuándo el concursado conoce realmente la imposibilidad de cumplimiento del convenio; pero lo cierto es que nos encontramos ante un supuesto distinto de conversión: en lugar de aportar la prueba de que el concursado conocía la imposibilidad de atender los pagos derivados del convenio o de las obligaciones contraídas durante su ejecución y no cumplió con su deber de instar la liquidación, el acreedor deberá probar que concurre alguno de los «hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso», es decir, se impone al acreedor la misma carga probatoria para obtener la conversión del procedimiento que para lograr su apertura.

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, 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 de un acreedor y derivan de un incumplimiento del convenio

—real o inminente— por parte del concursado. La Ley dispone, en efecto, que el acreedor podrá instar *directamente* la apertura de la liquidación cuando acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso necesario. Esos hechos son los siguientes: El embargo del que no resulten bienes libres bastantes para el pago de las obligaciones exigibles del concursado convenido, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, los embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del concursado, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes y el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la seguridad social y asimiladas o de las laborales de los tres últimos meses (art. 2.4; v. *supra*, comentario al art. 2). Y, de otro lado, «cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento» (art. 140.1) —y cualquier acreedor podrá pedir la declaración de incumplimiento cuando el concursado infringiera las limitaciones a las facultades de administrar y disponer que hubiera fijado el convenio (art. 137.1)—, lo que determinará la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1-5.<sup>o</sup>). Desde un punto de vista procesal, las diferencias son, en cambio, significativas. Así, la legitimación para solicitar la conversión directa se extiende a cualquier acreedor, mientras que la legitimación para solicitar la resolución del convenio se restringe, con carácter general, a «cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte» (art. 140.1), de modo que el acreedor al que no le afecte el incumplimiento podrá solicitar por esta vía la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación cuando estime que se ha producido un hecho de concurso. Además, en este caso, la apertura de la fase de liquidación se somete a los trámites previstos para la declaración del concurso necesario (v. *infra*, 2.2).

La legitimación para instar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación se concede a quienes tengan la condición de acreedor. Carecen, pues, de ella el ministerio fiscal, sin perjuicio de que sigan siendo aplicables las facultades de éste en los eventuales procesos penales abiertos contra el concursado (art. 4), los representantes de los trabajadores, los socios, etc. Cuando la Ley concede esa facultad a «cualquier acreedor», se refiere, sin duda, tanto a los nuevos acreedores del concursado nacidos durante la vigencia del convenio, con independencia de que el convenio regule o no su pago (art. 100.5-II), como a los ya existentes en el momento de la aprobación del convenio, sean contra la masa o concursales (arts. 49 y 84.1), y cualquiera que sea su calificación. A primera vista, carecerían de esa facultad los titulares de créditos contra la masa, cuya extraconcurzalidad los hace ajenos e inmunes al convenio y a su cumplimiento o incumplimiento, así como los titulares de créditos privilegiados que no hubieran votado a favor del convenio, que tampoco quedan vinculados al contenido del convenio (art. 134.2), porque su posición jurídica sería la misma en caso de convenio que en caso de liquidación, lo que se traduciría en una falta de interés para solicitar la conversión del procedimiento. Sin embargo, no conviene olvidar que, cuando no se encontrase abierta la sección de calificación, la apertura de la fase de liquidación determina que el concurso deba ser calificado (art. 163.1-2.<sup>o</sup>), lo que puede traducirse en importantes consecuencias patrimoniales que beneficiarían a todos los acreedores, sobre todo cuando el concursado sea una persona jurídica (art. 172).

### 3.2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN

Cuando un acreedor inste la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación, «el juez dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley» y «resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación» (art. 143.4). En consecuencia, el juez dictará auto admitiendo a trámite la solicitud del acreedor y ordenando el emplazamiento del deudor (que, como se encarga de recordar el propio art. 15, se producirá en los términos del art. 184), con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse» (art. 15.1) y, en su caso, el juez unirá a los autos las solicitudes que se presenten con posterioridad, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones, quedando su solicitud acumulada a la primeramente repartida» (art. 15.2).

El concursado, que podrá comparecer por sí mismo, sin necesidad de abogado ni de procurador, puede oponerse o no a la solicitud, pero carece de sentido el allanamiento (v. art. 18.1, al que no se remite la Ley), porque no se ventila sólo una cuestión entre él y el acreedor que hubiera solicitado la liquidación. Si opta por no oponerse, «el juez resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación». Si se opone, deberá basar su oposición exclusivamente en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud, y no, por tanto, en el hecho de «que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia» (v. art. 18.2, al que no hay remisión). La oposición dará lugar —por remisión expresa del precepto que comentamos— a una vista, que se regirá por las normas previstas para la vista de oposición a la solicitud de concurso (art. 19). Sin embargo, muchas de esas disposiciones no pueden resultar ahora aplicables porque están pensadas exclusivamente para la declaración de concurso y no para la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación. Así, carece de sentido tanto la aplicación de todo lo relativo a la consignación del importe del crédito por parte del deudor como la decisión automática derivada de la incomparecencia del deudor o del solicitante (art. 19.2 y 3), ya que se establece expresamente que el juez resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación. De este modo, en realidad, la remisión se reduce a la forma de la vista (art. 19.1, 4 y 5). De un lado, parece claro que la vista «se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiere formulado oposición» (art. 19.1). De otro lado, el juez oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud, decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan, acordará la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalará para las restantes el más breve plazo posible, que no podrá exceder de veinte días. Finalmente, «el juez podrá interrogar directamente a las partes y a los peritos y testigos y apreciará las pruebas que se practiquen conforme a las reglas de la sana crítica».

En todo caso, el juez «resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación». A diferencia de la apertura de liquidación a solicitud del concursado, en la que el juez se limita a dictar el auto de apertura (art. 142.2 y 3), en este caso el juez deberá razonar que efectivamente concurren los hechos que se alegan como presupuesto de la conversión de fase de convenio en fase de liquidación, por lo que

el auto deberá ser motivado (arts. 208.2 y 248.2 LEC). Eso será así incluso en el supuesto en que el deudor no presentare oposición (v. art. 18, al que no se remite el precepto que comentamos). La falta de remisión lleva a concluir que no será de aplicación a este supuesto la regla especial sobre la imposición de costas de la solicitud de concurso (art. 20), de manera que las costas de la solicitud de conversión de la fase de convenio en fase de liquidación tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2-2.º).

El auto de apertura de la fase de liquidación dictado a solicitud de acreedor será recurrible en reposición, de acuerdo con las normas generales (art. 197.2), y contra el auto que resuelva ese recurso, podrá interponerse el de apelación (art. 197.3), pero no el de casación (art. 197.6). Además, si los recursos de reposición y de apelación interpuestos por el concursado fueran desestimados, con expresa condena en costas, sus gastos de asistencia y representación no tendrán la consideración de crédito contra la masa (art. 84.2-2.º *in fine*).

El auto de apertura de la fase de liquidación se publicará del mismo modo que la declaración de concurso (art. 144) y, además, se notificará al concursado, a la administración concursal y a las demás partes personadas (v. *supra*, II.1.3 y arts. 150.1 LEC y 143.2-I LC, a propósito de la apertura de oficio de la liquidación). Desde la fecha de la notificación a la administración concursal corre el plazo de quince días para que los administradores concursales presenten el plan de liquidación (art. 148.1).

La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación habrá de determinar la inaplicación de los efectos que sobre los créditos hubiera producido el convenio (art. 136) y su sustitución por los efectos propios de la apertura de la liquidación (art. 146). Así, quedarán sin efecto las quitas o esperas pactadas (arts. 136 y 140.4 para el caso de resolución del convenio), aunque se considerarán legítimos los pagos realizados durante la ejecución del convenio, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores (art. 162).

#### ARTÍCULO 143. Apertura de oficio de la liquidación

1. Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación en los siguientes casos:

1.º No haberse presentado dentro de plazo legal ninguna de las propuestas de convenio a que se refiere el artículo 113 o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas.

2.º No haberse aceptado en junta de acreedores ninguna propuesta de convenio.

3.º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria.

4.º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.

5.º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.

2. En los casos 1.º y 2.º del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive (\*).

(\*) En el Derecho derogado en ningún caso era posible la conversión de oficio de la suspensión de pagos en quiebra (v. nota al art. 142) ni tampoco el paso de oficio de la fase de convenio a la de liquidación dentro del procedimiento de quiebra, sino que era siempre necesaria la solicitud de parte (art. 906 CCom.). Por el contrario, la Ley Concursal dedica este precepto a determinar los casos en que procede la apertura de oficio de la fase de liquidación. Su precedente lo constituye el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, que no sólo enumeraba —de manera prácticamente coincidente con la Ley Concursal— los casos en que procedería la apertura de la liquidación por el fracaso de la solución convenida (art. 241), sino que, además, preveía que la apertura de liquidación se declararía por auto judicial (art. 242). Aunque con una técnica más depurada, ésa era también la solución de la Propuesta de Anteproyecto de 1995 (art. 182), que, sin embargo, no especificaba entre las causas de aper-

tura de la liquidación la declaración de nulidad del convenio.

Se trata de un precepto que, de un lado, establece los supuestos de apertura de oficio de la fase de liquidación, reiterando —a veces de forma íntegra— lo dispuesto en otros preceptos en sede de convenio, y, de otro lado, trata de fijar un procedimiento único para la apertura de oficio de la liquidación. Entre las causas de apertura de oficio de la liquidación llama la atención la consistente en haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez (núm. 4.º), ya que ningún otro precepto de la Ley Concursal se refiere a la posibilidad de declarar la nulidad del convenio. Por el contrario, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 configuraba la nulidad del convenio como una solución técnica para los casos en que dolosamente se hubiese incrementado el pasivo o disimulado el activo o hubiese existido inteligencia fraudulenta entre el