

UAH

Concurso de acreedores en Roma y en la actualidad

Creditors competition in Rome and nowadays

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por: D^a Sofía Mónaco Martínez

Dirigido por: D. Juan Antonio Bueno Delgado

Alcalá de Henares, a 31 de enero de 2019

Resumen

El objeto de este trabajo es el análisis del concurso de acreedores en Roma y el concurso de acreedores en la actualidad, regulado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Para comenzar este análisis nos centramos en primer lugar en el estudio del derecho concursal Romano para posteriormente analizar la ley concursal actual y finalmente exponer las principales similitudes y diferencias entre ambos en las conclusiones del presente trabajo.

El método de investigación que hemos seguido para la realización de este estudio ha variado en la primera parte del mismo, en la cual hemos realizado una indagación entre las diferentes interpretaciones de los autores respecto de las aportaciones de los principales juristas romanos, mientras que, en la segunda parte, dedicada al derecho concursal actual, nos hemos basado principalmente en el análisis de la Ley Concursal con referencias a distintos autores.

La principal conclusión a la que hemos llegado es que se ha necesitado un amplio y arduo desarrollo legislativo para llegar a la configuración del derecho concursal actual, basándose siempre la ley en los principios y la estructura del derecho Romano Clásico y simplificando las complejidades que este presentaba.

Palabras clave

concurso de acreedores- *bonorum venditio*- ejecución forzosa- *fraudator*- crédito-administración concursal

Abstract

The aim of the present work is the analysis of the arrangement with creditors both in Rome and currently regulated by the Law 22/2003, 9th July, bankruptcy law. To begin with, we will focus on the Roman Law of Bankruptcy to continue with the present Bankruptcy Law and finally to expose the main similarities and differences between them in the conclusion of this paper.

The investigation method followed has varied from the first to the second part. In the first part an inquest between the different interpretations of various authors regarding the contributions made by the main Roman jurists was done. On the other hand, in the second part, which is dedicated to the present Roman Law of Bankruptcy, we have mainly based on the analysis of the aforementioned law making reference to a variety of authors.

The most relevant conclusion drawn from this research is that an intensive and hard legislative development was needed in order to reach the present law's configuration, such development has always had the principles and structure of the Classic Roman law as its base and has simplified the complexities which it showed.

Key words

creditors competition - *bonorum venditio* - forced execution - *fraudator* - credit - bankruptcy

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....- 6 -

A. EL CONCURSO DE ACREEDORES EN ROMA.....- 7 -

1. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.....- 7 -

1.1. EJECUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.....- 7 -

2. EJECUCIÓN PATRIMONIAL- 9 -

3. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE LA *BONORUM VENDITIO*- 12 -

3.1. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA *MISSIO IN BONA*- 12 -

3.2. COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL- 13 -

3.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA PETICIÓN DE LA *MISSIO IN BONA*.....- 14 -

3.4. LA CONCESIÓN DE LA *MISSIO IN BONA* POR MEDIO DE DECRETO DEL MAGISTRADO- 16 -

3.5. EFECTOS DE LA *MISSIO IN BONA*- 16 -

3.6. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO- 17 -

4. LA VENTA DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR.....- 20 -

4.1. DECRETOS EMANADOS POR EL PRETOR Y PLAZOS PARA PROCEDER A LA *BONORUM VENDITIO*- 20 -

4.2. PREPARACIÓN DE LA VENTA- 22 -

4.3. VENTA Y ADJUDICACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR- 24 -

5. EFECTOS DE LA *BONORUM VENDITIO*- 27 -

5.1. EFECTOS DE LA *BONORUM VENDITIO* SOBRE EL *BONORUM EMPTOR*.....- 27 -

5.2. EFECTOS DE LA *BONORUM VENDITIO* SOBRE EL *FRAUDATOR*- 29 -

B. CONCURSO DE ACREEDORES EN LA ACTUALIDAD.....- 31 -

1. ORÍGEN Y PRESUPUESTOS EN LOS QUE SE DA- 31 -

2. INICIO DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....- 35 -

2.1. LEGITIMACIÓN.....- 35 -

2.2. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO- 36 -

3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO- 45 -

3.1. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR- 45 -

3.2. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES.....- 47 -

4.EL PROCESO CONCURSAL	- 49 -
4.1. FASE COMÚN DEL CONCURSO.....	- 49 -
5. LAS SOLUCIONES AL CONCURSO DE ACREEDORES.....	- 54 -
5.1. EL CONVENIO	- 54 -
5.2. LA LIQUIDACIÓN	- 56 -
6.LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES	- 61 -
7.CONCLUSIONES.....	- 63 -
8. BIBLIOGRAFÍA	- 65 -
9.FUENTES.....	- 67 -

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el análisis del concurso de acreedores en Roma y en la actualidad para finalmente concluirlo con la exposición de las similitudes y diferencias entre los mismos. Con esta finalidad exponemos el procedimiento del concurso de acreedores en ambas etapas estudiando desde su origen hasta los diferentes modos de concluirlo que se presentan.

El motivo de la elección de este tema es el interés por el conocimiento concurso de acreedores en la actualidad, el cual, como la mayoría de las instituciones de hoy remonta sus orígenes al derecho Romano, es por esto por lo que nos ha resultado interesante realizar una comparativa entre ambos. La finalidad de esto es observar como la legislación actual ha corregido los problemas que se encontraban en el derecho concursal Romano.

El método de investigación que hemos utilizado para llevar a cabo este estudio ha variado en cada uno de los concursos que analizamos. Enfocamos el concurso de acreedores en Roma desde el análisis de las diferentes teorías que han ido creándose a partir de las aportaciones de los principales juristas romanos. Por otro lado y como no podía ser de otra manera, el concurso de acreedores en la actualidad lo exponemos basándonos en la legislación actual, principalmente en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El principal problema al que nos hemos enfrentado al realizar este trabajo ha surgido en lo relativo a la primera parte, pues en la mayoría de los temas existen diversas teorías e interpretaciones diferentes, lo que nos ha llevado a tener que estudiar cada una de ellas y finalmente llegar a las nuestras propias.

La principal conclusión a la que hemos llegado es que el derecho Romano ha sido una base muy firme sobre la cual se ha “construido” el derecho concursal actual, que mantiene la esencia del Romano. Las diferencias que hemos ido encontrando entre ambos responden por un lado al cambio que producido por la evolución de la sociedad que ha exigido la actualización del procedimiento y por otro a la solución de los problemas que presentaba el derecho concursal Romano debido a su complejidad.

A. EL CONCURSO DE ACREEDORES EN ROMA

1. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

El procedimiento formulario surgió por los defectos que presentaba el procedimiento de acciones de ley, que resultaba ser demasiado formalista y riguroso además de que exigía muchos requisitos que provocaban que el demandante no comenzase el procedimiento por no cumplirlos. Otra de las razones por las cual surgió el procedimiento formulario fue por la necesidad del momento de crear un procedimiento judicial para las contiendas tanto entre peregrinos como entre peregrinos y ciudadanos romanos, debido a la afluencia de comerciantes de pueblos del Mediterráneo que vivía Roma en esa época.

Este procedimiento constaba de dos etapas; la primera ante el magistrado y la segunda ante el juez privado, lo que se veía reflejado a la hora de realizarse este. Una de las consecuencias de esta doble etapa se encuentra en la redacción de las “formulas”, que dan nombre a dicho procedimiento. La causa de estas formulas encuentra su sentido en la comunicación entre el magistrado y el juez pues a través de éstas, el magistrado, que usaba el derecho de gentes (no recogido en ninguna legislación escrita), comunicaba al juez privado si el hecho había resultado probado o no, y, en consecuencia, si este debe condenar o absolver.

1.1.EJECUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Una vez el juez dicta sentencia, ésta se debe ejecutar, y, es cuando la sentencia no se ejecuta cuando el acreedor acude al pretor y solicita la *actio iudicati*. Esta acción puede realizarse de a través de dos procedimientos, la ejecución personal o la ejecución patrimonial.

La ejecución personal de la *actio iudicati* va dirigida exclusivamente contra el deudor y solo indirectamente contra el patrimonio de éste, el procedimiento mediante

el cual se realiza esta ejecución se denomina *manus iniectio*. Según GAYO¹, los supuestos en los que se debe aplicar la *manus iniectio* son únicamente aquellos en los que la ley disponía expresamente que se accionase por esta forma, haciendo referencia solo al caso del *iudicatus*. Otros autores defienden que se puede realizar este tipo de ejecución contra el *confessus in iure* de una cantidad concreta de dinero, lo que nos lleva a concluir que la *manus iniectio* también era posible cuando existía un crédito fundado en una sentencia o en una confesión equiparada a la sentencia.

Otra manera de realizar la *actio iudicati* es a través de la ejecución patrimonial, la cual recae únicamente sobre los bienes del deudor y no sobre la persona de éste. Originariamente, solo se utilizaba para los casos en los que faltaba la sentencia, bien sea porque el deudor estaba escondido, había fallecido o por que se encontraban ante un deudor *indefensus*, pero finalmente acabo siendo la única contemplada por el *ius civile* y por tanto aplicable para todos los supuestos.

¹ GAYO, *Instituciones de Gayo*, Libro IV,12 D.1.2.2.6 (Pomp.,. (l. sing. enchir.))

2. EJECUCIÓN PATRIMONIAL

María del Pilar Pérez Álvarez² define la ejecución patrimonial como “*un instituto que dirige al apoderamiento de todo el patrimonio de un sujeto pasivo a petición de uno o varios de los acreedores, los cuales son puestos en posesión de los bienes del demandado*”. Transcurridos unos plazos determinados, dice Pérez Álvarez, el *magister bonorum* procedía a la subasta de los bienes en su conjunto, entregándolos a quien se comprometiese a pagar el mayor porcentaje de las deudas.

Pero para poder conocer en profundidad esta institución, es necesario remontarse a sus orígenes. Originariamente, el uso de la ejecución patrimonial se limitaba a los casos en los cuales no existía sentencia, bien porque el deudor estaba escondido, por que se trataba con un deudor *indefensus* o bien por que el deudor fallecía sin herederos. El uso de este tipo de ejecución resulto tan satisfactorio, que finalmente acaba siendo la única manera de ejecución contemplada por el *ius civile*.

El uso de esta ejecución requiere que existan dos o mas deudas de una suma de dinero, resultante ésta de una condena o una confesión que forman una *obligatio iudicati*, la cual se hace valer por medio de la *actio iudicati*. Pero en algunos casos, también se permite el acceso a este tipo de ejecución subsidiariamente, para el caso de que la ejecución personal fuera imposible por ausencia o muerte el deudor.

En cuanto a los supuestos en los que se aplica, existen diversas opiniones. GAYO³ distingue la venta del patrimonio de personas vivas de la venta del patrimonio de personas fallecidas. En la venta del patrimonio de personas vivas, recoge los supuestos de: deudor que se oculta fraudulentamente, deudor ausente indefenso y deudor que ha realizado de *cesio bonorum confesus*. Por otro lado, entre los supuestos de venta de patrimonio de personas ya fallecidas, distingue entre deudor difunto sin heredero, sin *bonorum posesor* y deudor difunto sin heredero legitimo.

² PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del P. *La bonorum venditio. Estudio sobre el derecho de acreedores en Derecho Romano Clásico*. MIRA EDITORES,S.A., Madrid 2000

³ GAYO, *Instituciones de Gayo*.

Sin perjuicio de esto, LENEL⁴, cuando reconstruye el Título XXXVIII el Edicto del pretor aporta otra lista de supuestos de *missio in bona* seguida o no de venta, mas acertada a nuestro parecer. Para este autor, la ejecución patrimonial es posible:

a) Frente al demandado con una *actio in personam* que estado presente *in iure* no se ha defendido, haciendo imposible la consecución de la *litis*.

b) Cuando el deudor haya realizado la cesión de bienes conforme a la Lex Iulia. Haciendo esto, el deudor evitaba la ejecución personal y el deshonor que deriva de la *bonorum venditio*.

c) Quien se sustrae a la búsqueda del acreedor, y por tanto a la posibilidad de ser “*vocatus*”, ocultándose o huyendo de la ciudad para defraudar a los acreedores. Resulta irrelevante donde se oculte, lo relevante es que se den dos elementos objetivos; voluntad de defraudar y que el deudor no sea defendido por “*boni viri arbitrato*”, es decir, con el arbitraje de un hombre bueno en el sentido de la buena fe y el poder recio.

d) *Qui absens iudicio defensus non fuerit*. La doctrina esta dividida en este supuesto. Una parte de la doctrina considera que se trata del supuesto en el que el deudor, no siendo defendido en juicio por un gestor, se encuentra lejos de Roma o del lugar en el que tiene sede el órgano jurisdiccional competente ante el que debe ser demandado. Otros de los autores defienden que este supuesto se aplica también en el caso de ausencia *in iure*, la ausencia puede deberse a estar fuera de Roma o para el caso en el que, aun estando el deudor en Roma, no se hubieran presentado ante el tribunal, rehusando la *in ius vocatio*.

e) Deudor que no tenga herederos, y el Fisco renuncia a su herencia

f) Cuando habiendo fallecido el deudor, el *heres suspectus* no atiende a la orden del pretor de prestar la *satisdati*. Este supuesto presenta dos variantes; el de aquel que presta la *cautio vadimonium sisti* y después no se presenta el caso de la *missio* que sanciona la responsabilidad pretoria del que se dio en adopción, de la mujer *sui iuris* que

⁴ LENEL, O. *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch Zu Seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig 1927.

entró bajo la *manus* o del *adrogatus*, respecto de aqueo que debían en su propio nombre.

f) Venta de bienes de los condenados a penas capitales.

3. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE LA *BONORUM VENDITIO*

La *bonorum venditio* esta formada por dos procedimientos de tutela pretoria diferentes pero seguidos uno de otro. En primer lugar, se realiza la *missio in bona rei servandae causa*, consistente en una decisión del magistrado a petición de los acreedores que les permite la posesión del patrimonio del deudor para conservarlo. Seguidamente, se realiza la *bonorum venditio*, venta en subasta del patrimonio del deudor.

3.1. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA *MISSIO IN BONA*

1) Título jurídico válido

El pretor autoriza la *missio in bona* solo en los supuestos recogidos en su edicto y cuando el deudor cumpla los requisitos. Para considerar presente al demandado, no es suficiente con la presencia física de este ante el magistrado, si no que se exige una concreta actividad procesal indicada en las fuentes con el termino *defendere*, que tiene como resultado la adhesión del demandado a la *litis contestatio*.

Existe una división de opiniones en cuanto a los presupuestos de la ejecución; hay quien dice que es necesario que haya una o mas deudas de suma determinada de dinero resultante de una condena o *confessio in iure*, pero también los hay quienes defienden la idea de que no basta con la base de la sentencia porque quien pronuncia esta es un juez privado y por tanto no tiene eficacia ejecutiva por si misma, si no que esta sentencia genera una obligación jurídica para el demandado (*obligatio iudicati*), obligación que se hace valer en el juicio por medio de la *actio iudicati*. Los defensores de esta postura indican que también es posible proceder a la ejecución del procedimiento formulario cuando, pasados 30 días desde que recae la sentencia de condena o la *confessio in iure*, el acreedor llama a juicio al *confessus* o *iudicatus* y lo hace saber ante el magistrado la *actio iudicatus* que se intenta ejecutar contra el.

2) Ejecución de una obligación por parte del deudor

Otro presupuesto imprescindible para la ejecución es que el deudor haya incumplido una obligación, bien sea por insolvencia efectiva o porque en el momento del pago de la deuda, el deudor carezca de dinero inmediatamente disponible para pagar al acreedor o los acreedores.

Para destacar la infamia que la *bonorum venditio* conllevaba resulta interesante mencionar que a partir de la *lex Iulia de cessione bonorum*, cabía la posibilidad de que el deudor que se encontrase en situación de insolvencia pudiera ofrecer a los acreedores los bienes que le quedaran para que estos los vendieran y así se cobrasen sus deudas. En este caso, es el mismo deudor quien puede solicitar la *missio in bona*, pero se entiende que, al tratarse de un beneficio, esta solo se concederá al deudor que devino insolvente sin culpa propia.

3) Posibilidad de ejecución de las acciones *in rem*, referentes a la latitancia y ausencia.

En los casos en los que la *actio in rem* se promueve frente al *indefensus* presente *in iure* no se aplica la *missio in bona*, porque a pesar de estar presente este no está obligado a aceptar el juicio ni a defenderse en el mismo, si no que se produce una transferencia de la cosa controvertida al actor por medio del *interdictum quem fundum o quam hereditatem*.

Se presenta una cuestión distinta en el caso del *latitante* o el ausente, por que frente a estos no se puede ejercitar ningún tipo de acción si no que era necesario pedir la *missio in bona*. Tras el análisis de diferentes opiniones de autores, concluimos que, en principio, esta *missio* si que iba seguida de la *bonorum venditio*, pero posteriormente la *missio* quedó reducida a una mera coacción al deudor sin que finalmente se realice la venta del patrimonio del deudor.

3.2. COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

ULPIANO consideraba que el acto de la *missio in bona* es un acto "*magis imperii quam jurisdictionis*", lo que conlleva que solo pueda ser concedida por un pretor en

Roma o por los gobernadores en las provincias, aunque cabía la posibilidad de que el pretor delegara su poder de *mittere in possessionem* a los magistrados municipales. Es por esto por lo que cuando se solicitan este tipo de peticiones a un magistrado municipal, no habiendo el Pretor delegado en él el poder de concederlos, el magistrado debía reenviar la petición al Pretor que podía emanar el decreto de *missio in bona* en cualquier momento, incluso en días feriados.

Al ser competentes tanto el Pretor como los gobernadores de las provincias, resulta necesario determinar en que situaciones corresponde la competencia a cada uno de ellos. Algunos autores entienden que se trata de competencia *ratione loci*, fijando como criterio de determinación el lugar donde se encuentre la cosa, aplicando se forma análoga las reglas de competencia fijadas⁵ para pedir la *bonorum possessio* que le sucede. Si aplicamos esta regla, sería posible realizar dos *bonorum venditio* simultáneamente sobre el mismo patrimonio, una en Roma y otra en la provincia, lo que no parece muy probable a los ojos del Derecho en Roma teniendo en cuenta que la *missio in bona* se extendía a todos los bienes, incluidos los situados en otra provincia. Es esta razón la que nos lleva a entender que ULPIANO se refería al lugar donde deben ser vendidos los bienes, que será el lugar del domicilio del demandado o donde se deba pagar el crédito.

3.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA PETICIÓN DE LA *MISSIO IN BONA*

La puesta en posesión nunca es pronunciada de oficio por el pretor, si no que es necesario que la pida el acreedor o grupo de acreedores o el mismo deudor. Resulta esencial que quien la pida, no siendo acreedor sea titular de una *petitio*, siendo suficiente con que tenga un título jurídico válido, y de no tenerlo el pretor no protegerá a quien haya sido puesto en posesión porque se entiende que ha obtenido esta posesión sin causa alguna.

Resulta interesante destacar que en el edicto que autoriza la *missio* el pretor no indica quien es el beneficiario de este si no que utiliza términos generales y habla en

⁵ D.42.7.2.pr.

plural de los que entran en posesión de los bienes. La razón de esta indeterminación se debe a que para el caso de que uno de los acreedores pierda la *missio in bona*, el *iussum* concedido por el pretor beneficia al resto de los acreedores, así lo estableció PAULO⁶. Esto responde al principio de la *par condicio omnium creditorum*⁷ por el cual todos los acreedores que tengan títulos equivalentes tienen el mismo derecho a ser pagados.

Los autores se pronunciaron también en lo relativo a los efectos de la concesión de la *missio in bona*. LABEÓN opina que el magistrado no crea ningún derecho nuevo si no que da a los acreedores la posibilidad de ejercer un derecho que tenían anteriormente. LAURIA⁸ apoya esta teoría razonando lo siguiente: a) cuando el pretor otorga la *missio in bona* no prejuzga los presupuestos de hecho o los derechos que fundan la *petitio*, b) porque el objeto del decreto no es la posesión de la cosa si no la mera detentación de ésta.

Resultaron también problemáticos para la doctrina los supuestos de los acreedores bajo condición o termino. Sobre estos se pronunciaron tanto ULPIANO como PAPINIANO con opiniones similares. ULPIANO⁹ niega la posibilidad de la puesta en posesión y venta de los bienes del deudor que se oculta hasta que no se cumple el termino o la condición. PAPINIANO, por su parte, niega la posibilidad también de la venta del patrimonio del padre que se esconde porque no hay peculio, al no ocultarse esta por causa de defraudación y, por tanto, en caso de que este aceptase el juicio, sería absuelto¹⁰.

Por otro lado, en cuanto a los acreedores condicionales PAULO da dos opiniones contradictorias. Primero confirma que la *missio in bona* no puede ser obtenida por los acreedores condicionales porque solo puede ser puesto en posesión el que puede vender sus bienes *ex edicto*¹¹. Pero este mismo autor afirma en otro texto que el

⁶ D.42.5.12.pr. (PAUL.1.LIX ad ed.)

⁷ D.42.8.6.7.

⁸ LAURIA, M., *Iurisdictio, Studi in onore di P. Bonfante*, v.II, Milano 1930.

⁹ D.42.4.7.14. (ULP., 1.LIX ad ed.)

¹⁰ D.15.1.50.pr. (PAP., 1. IX quaest.)

¹¹ D.42.4.14.2. (PAUL., 1. II quaest.)

acreedor suele ser puesto en posesión, aunque se le haya prometido una suma de dinero bajo condición¹².

A esta contradicción se le ha querido dar diferentes significados por parte de la doctrina, pero la opinión generalmente mantenida es que los acreedores a condición no pueden solicitar la *missio in bona*, puesto que, al estar pendiente de condición, no son titulares de ningún derecho mientras esta no se produzca.

3.4. LA CONCESIÓN DE LA *MISSIO IN BONA* POR MEDIO DE DECRETO DEL MAGISTRADO

A través de un primer decreto el Pretor autoriza al acreedor a la posesión y publicación. En primer lugar, se ponen los bienes en posesión de los acreedores con la posibilidad de la futura venta si al cabo de 30 días, en caso de deudor vivo y 15 días, en el supuesto del deudor fallecido, no se procede al pago de la deuda. Seguidamente, se procedía a la publicación del hecho, anunciando que los bienes que estaban siendo poseídos serían vendidos.

En esta etapa de la *missio in bona* la discusión surge en lo referente a la *causae cognitio*. Se discute si la concesión del decreto es un precedente a esta o no lo es. Existen tres posiciones al respecto; la primera defiende que la *causae cognitio* si es precedente por la extrema gravedad de la *bonorum venditio*. Otra corriente defiende que la *causae cognitio* solo es necesaria para casos particulares, y, por último, la opinión mayoritaria es que la *causae cognitio* no precede a la concesión de la *missio in bona*, porque el Pretor limitaba la validez y eficacia de la *missio* a la existencia real del presupuesto recogido por el Edicto.

3.5. EFECTOS DE LA *MISSIO IN BONA*

Cuando se concede la *missio in bona*, el Pretor crea un nuevo estado de hecho, concediendo a los acreedores el *dominus* mientras que el deudor conserva la titularidad

¹² D.42.4.6.pr. (PAUL.1 LVII ad ed.)

de los bienes, con la condición de que no realice ningún acto que pueda ser perjudicial para los acreedores.

Todo pago realizado por el deudor a alguno de los acreedores una vez concedida la *missio in bona* es nula. Esto se debe a que desde la concesión de la *missio in bona* tiene aplicación el principio de *par conditum omnium creditorum*, y, en consecuencia, el acreedor que recibiera algún pago debería repartirlo entre todos los acreedores porque de lo contrario estaría disminuyendo el patrimonio objeto de la *bonorum venditio*.

Transcurridos los plazos concedidos para la *missio in bona* de 30 días para el deudor vivo y 15 días para el deudor fallecido sin que se haya realizado ningún pago, se abre la posibilidad de la venta del patrimonio del deudor insolvente, produciéndose así el cambio de naturaleza del procedimiento. La naturaleza del procedimiento hasta este punto era de coacción y con este cambio pasa a ser un procedimiento de ejecución universal para el cual los acreedores deben solicitar una segunda *postulatio* al Pretor. En respuesta a esta segunda *postulatio*, el Pretor dicta el segundo decreto autorizando elegir un *magister bonorum* entre los acreedores, que será el que se dedicará a la venta de los bienes.

3.6. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO

Durante la realización de la *missio in bona* pueden requerirse ciertos actos de disposición de los bienes con carácter urgente. Estos actos los puede realizar el deudor como dueño de los bienes o los acreedores, como interesados en que no disminuya el valor de los bienes.

Para los supuestos en los que los acreedores son los administradores del patrimonio, ULPiano en el Libro LXI de sus Comentarios al Edicto ¹³, permite que estos puedan vender o arrendar el disfrute a su elección y sin límite de tiempo. Se confirma la libertad de elección de los acreedores entre la venta de los frutos y la locación del disfrute con el establecimiento de una *actio in factum* por aquello que se dejó de percibir frente a lo que no dio arrendamiento ni vendió sus frutos.

¹³ D.42.5.8. 1-4 (ULP., 1.LXI ad ed.)

Asimismo, el jurista determina la manera en la que se pueden llevar a cabo estas opciones, dando la posibilidad de realizar lo acreedores juntos el negocio de venta o arrendamiento o bien encomendarlo a uno solo¹⁴. En el caso de que no se pusieran de acuerdo en la elección del administrador, el pretor realizará esta elección. Se discute si este administrador elegido por el pretor será un *curator bonorum* o uno de los acreedores.

Por último, se presenta el caso en el que todos los bienes que responden a la deuda son bienes muebles. En este caso, los acreedores tienen la facultad de asegurar su número, y previa autorización del pretor, pueden hacer colocar sus sellos sobre los bienes poseídos. Los acreedores también cuentan con la facultad de tomar conocimiento de los documentos relativos a la administración del patrimonio además de la posibilidad de redactar un inventario que enumere tanto las cosas como los créditos poseídos.

Otro posible administrador del patrimonio del deudor es el *curator bonorum*. Se trata de una institución de la que se duda la existencia, pues una parte de la doctrina opina que se trata simplemente de un acreedor al que se le otorgan ciertas facultades con la finalidad de conservar el patrimonio, mientras otra parte defiende que el *curator bonorum* es una institución independiente pero no imprescindible para la ejecución forzosa. La calificación de prescindible deriva de la idea de que su presencia solo es necesaria eventualmente, pudiendo realizar sus funciones uno de los acreedores o el *magister bonorum* y acudiendo a él solo cuando las funciones a realizar se excedan de los poderes del acreedor, como por ejemplo sería una venta de algún objeto, la satisfacción de créditos que puedan hacerse más gravosos, la defensa del deudor contra las acciones de los acreedores privilegiados o el ejercicio de acciones del deudor sujetas a plazo preclusión.

En cuanto al nombramiento del *curator bonorum* se presentan diferentes opiniones. ULPIANO¹⁵ defiende que era nombrado por el magistrado *ex consensus maioris partis creditorum*, es decir, a indicación de la mayoría de los acreedores, quienes

¹⁴ D.24.5.8

¹⁵ D.42.7.2.pr.

se pronunciaban sobre la oportunidad del nombramiento e incluso sobre la persona a designar. Pero de otro texto de ULPIANO ¹⁶ surge una segunda postura que afirma que el *curator* era elegido por lo acreedores, y solo en el caso de que estos no se pusieran de acuerdo sobre la persona elegir, intervendría el magistrado para su nombramiento. Por otro lado, una parte minoritaria de la doctrina defiende que la función del magistrado se limita a confirmar la persona previamente elegida por los acreedores.

¹⁶ D.42.8.4. (*ULP., 1.LXI ad ed*)

4. LA VENTA DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

La venta del patrimonio del deudor constituye la segunda fase del procedimiento y tiene una naturaleza puramente ejecutiva. Consiste en la adjudicación de la universalidad de los bienes del *fraudator* a aquel que haya ofrecido el pago mas alto en porcentaje del pasivo patrimonial como precio de la compraventa.

A pesar de que a lo largo del trabajo lo expondremos con mas detalle, resulta necesario realizar un resumen de esta segunda fase con la finalidad de ir comprendiendo las peculiaridades de este procedimiento.

La venta del patrimonio del deudor se realiza una vez producida la detención de los bienes y la publicación durante un plazo continuado de treinta días en el caso del deudor vivo y quince días para el caso del deudor fallecido. Una vez ha transcurrido este plazo y no se ha realizado pago alguno, el pretor autoriza la toma de posesión y ordena la publicación conjunta de la *missio in bona* y venta de los bienes.

Hasta ese punto la doctrina es unitaria, pero ésta se divide en lo relativo a los decretos del Pretor. Una parte mayoritaria defiende que es necesario que el Pretor emita un segundo decreto por el cual autorice a los acreedores a elegir entre ellos un *magister bonorum*, que será el encargado de proceder a la venta. Frente a esta mayoría, existe una minoría que defiende que el primer decreto emanado por el pretor es suficiente para autorizar la posesión, la publicación y la posterior venta, no siendo necesaria una nueva intervención del pretor.

4.1. DECRETOS EMANADOS POR EL PRETOR Y PLAZOS PARA PROCEDER A LA *BONORUM VENDITIO*

GAYO III.79: *Siquidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per diem continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortui, per diem XV. Postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant v... fieri iubet; si mortui, in dimidio. ... bus ita... vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici iubet.*

En el texto citado, GAYO enumera varias ordenes emanadas por el magistrado e informa de los plazos establecidos para la realización de la *bonorum venditio*, pero como se puede observar, este texto presenta algunas lagunas que han sido fruto de distintas interpretaciones por parte de los autores.

TALAMANCA¹⁷, defiende que GAYO menciona cuatro decretos emanados por el magistrado: el *iubet possideri et proscribi*, el *iubet magistrum creari*, el *iubet legim bonorum venditorum feri* y, por último, *iubet addici*. SOLAZZI¹⁸, interpreta el texto de manera diferente, él defiende la existencia de dos decretos distintos, basando su argumento en el termino *postea* del texto que separa las dos ordenes del pretor en el tiempo. El primer decreto del magistrado según este autor sería el que autoriza a los acreedores a poseer y publicar los bienes del deudor y el segundo autoriza la elección del *magister bonorum* y le confía la realización de la *lex venditionis*.

Por su parte PEREZ ALVAREZ¹⁹ apoya en cierta medida la idea de SOLAZZI pero le añade un tercer decreto por el cual se aprueban las condiciones de la venta y ordena su publicación al *magister bonorum*, en defensa de esta idea, la autora cita un texto de PAULO²⁰ en el se afirma que la función de este tercer decreto es extender el privilegio de la *bonorum venditio* a las demás personas sometidas a cura.

Las lagunas del texto citado afectan también a la interpretación de los plazos. Sin lugar a duda, GAYO señala un plazo de treinta días para el caso del deudor vivo y otro de quince para el supuesto en el que el deudor haya fallecido, las dudas surgen en cuanto al último plazo al que el autor se refiere, el plazo para la *addictio*.

ARMUZZI²¹ opina que la *addictio* transcurre desde la emisión del decreto que autoriza la elección del *magister bonorum* hasta la subasta del patrimonio del deudor

¹⁷ TALAMANCA, M. , *La vendita all' incanto nel processo esecutivo romano, Studi in onore di P. DE FRANCISCI*, v. II, Milan 1956.

¹⁸ SOLAZZI, *In tema di bonorum venditio*, IURA, 1955.

¹⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del P, *La bonorum venditio. Estudio sobre el derecho de acreedores en Derecho Romano clásico*. MIRA EDITORES, S.A., Madrid 2000.

²⁰ D.27.10.15.1.

²¹ ARMUZZI,A., *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, AG 1904.

insolvente. SERAFINI²², por su parte, entiende la *addictio* como el plazo que transcurre después de los diez días señalados por el pretor para que los acreedores acuerden las condiciones de venta hasta la adjudicación del patrimonio.

4.2. PREPARACIÓN DE LA VENTA

Si consideramos la necesidad de un segundo decreto del pretor para autorizar la reunión de los acreedores para establecer las condiciones de venta, la preparación de la venta se realiza de la siguiente manera. Tras el decreto, se elige un *magister bonorum* en los casos en los que existen varios acreedores debido a la dificultad que suponía para todos los acreedores estar presentes durante toda la preparación y la venta de los bienes. La institución del *magister bonorum* consiste en encargar a uno de los acreedores la realización de la venta una vez celebrada la reunión de acreedores en la que se establecen las condiciones de la venta.

Según GAYO el *magister* debe ser elegido por los acreedores en el seno de su asamblea²³, a diferencia del *curator bonorum* que era elegido por el magistrado con la aprobación de la mayoría de los acreedores. Entendida así la elección del *magister*, resulta imprescindible determinar que acreedores forman aparte de la asamblea para la elección. Pese a no encontrarse respuesta a esto en las fuentes, los autores se aventuran a afirmar que sería necesaria una verificación sumaria de los créditos antes de la votación para asegurar que los intervinientes en la elección del *magister bonorum* tuviesen la calificación efectiva de acreedores.

ULPIANO²⁴ en su obra recoge a los acreedores legitimados por edicto para la elección del *magister bonorum* incluyendo a los acreedores a termino, pero excluyendo a los acreedores *sub condicione* de su participación en la asamblea.

Una vez determinada la forma de elección del *magister bonorum*, procederemos a determinar sus funciones, siendo estas las siguientes:

²² SERAFINI, E., *Della revoca degli atti fraudolenti*, v. I, Pisa.

²³ GAYO, *Instituciones de Gayo*, Libro III,79.

²⁴ D 50.16.54 (*ULP.*, 1. *LXII ad ed.*)

- Redacción y contenido de la *lex venditionis*

Algunos autores opinan que tras la primera reunión en la que se realizaba la elección del *magister*, tenía lugar una segunda en la que los acreedores junto a éste redactaban las condiciones de venta, pero lo cierto es que en las fuentes no hay rastro de participación de los acreedores en la elaboración de la *lex venditionis*, por lo tanto, la doctrina mayoritaria sigue la corriente de que es el *magister* el único encargado de su elaboración virtud del segundo decreto emitido por el pretor.

En cuanto al contenido, la *lex venditionis* debe indicar el nombre del deudor y si éste está vivo o ha fallecido pues como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, resulta determinante para indicar los plazos, el nombre del *magister bonorum* y el lugar y fecha de celebración de la subasta. A este documento se le adjunta un inventario o descripción del patrimonio puesto en venta y un elenco de los bienes que lo gravan, diferenciando estos entre hipotecarios, privilegiados o quigrafarios. Esta enumeración era importante pues servía a los licitadores como base para el cálculo del porcentaje que estaban dispuestos a ofrecer, pues el comprador solo responde frente a los acreedores inscritos en las condiciones de venta.

Algunos autores consideran que la *lex venditionis* debía indicar también el precio inicial sobre el cual se abría la subasta y la garantía que el adjudicatario debe prestar según la entidad del pasivo. Resulta necesario advertir que en este caso el precio no correspondía a una cantidad de dinero, si no que consistía en que el *bonorum emptor* se obliga a pagar una porción de los créditos en concurso.

- Aprobación y publicación de la *lex venditionis*

Tras la redacción de las condiciones de venta por el *magister bonorum*, el magistrado las aprobaba a través de un tercer decreto que fijaría el pasivo proporcionando una base a los posibles licitadores para calcular el porcentaje de créditos que estaban dispuestos a pagarla publicación de la *lex venditionis* se atribuye al *magister bonorum*, porque el pretor no puede publicar disposiciones de contenido privado.

4.3. VENTA Y ADJUDICACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

Una vez realizada la *lex venditionis*, se procede a la venta del patrimonio conjunto del deudor, entendiendo como tal tanto el activo como el pasivo del deudor, consistiendo en una adquisición *per universitatem*, a través de una subasta con el fin de obtener el mayor beneficio de los bienes que se venden.

¿Es obligatoria la ejecución a través de subasta? Algunos autores afirman que el *magister* podría elegir el modo de ejecución que considerara mas conveniente atendiendo a las circunstancias de cada caso, dando la posibilidad de que la venta se realice de forma amistosa entre el *magister bonorum* y el comprador. Para SOLAZZI esta idea no es posible, pues de ser así, el plazo que transcurre entre la realización de la *lex venditionis* y la *addictio* perdería su sentido.

Esta subasta de la que se discute su obligatoriedad era conducida por un pregonero que, según algunos autores como ANDOLINA²⁵ o LONGO²⁶, es posible que se encargara también de la adjudicación del patrimonio. Pero otros autores como ARMUZZI²⁷ mantienen que la *addictio* era pronunciada por el *magister* a favor de quien se ofrecía a pagar el más alto porcentaje del pasivo patrimonial.

En principio, el licitante que se compromete a pagar el mayor porcentaje de deudas en esta subasta era el elegido *bonorum emptor*. Surge el problema cuando varios de los licitantes están dispuestos a pagar el mismo porcentaje. Para estos casos GAYO informa que el *magister bonorum* debe respetar una serie de criterios a la hora de la elección. A este respecto, dice lo siguiente:

“Cuando se venden los bienes de un deudor, en la comparación de un extraño y del que sea acreedor o cognado, es considerado preferente el acreedor

²⁵ ANDOLINA, I., *I presupposti dell' esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab executione"*.

²⁶ LONGO, G.E., *Esecuzione forzata (Diritto romano)*, Torino 1968.

²⁷ ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio* (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano), AG, 1904.

o cognado; pero mas el acreedor que el cognado, y entre los acreedores es preferente aquel a quien se le debiere mayor cantidad”.²⁸

Entre los acreedores, como dice el texto, se prefiere al que tenga un crédito mayor. Cuestión diferente se presenta con los parientes, entre estos, rige la proximidad de grado, siendo preferentes los *liberi* frente a los parientes mas lejanos. LENEL²⁹ aclara que se entiende por *liberi* no solo a los descendientes en potestad, si no que también se incluye a aquellos que no están sometidos a potestad, independientemente de su sexo. Cuando estos parientes rehúsan a adquirir dicho patrimonio como herederos para evitar responsabilidad y prefieren adquirirlo por la vía de la *bonorum emptio*, la cual les otorga una responsabilidad limitada frente al pasivo del patrimonio, pierden este derecho de prelación.

Una vez elegido el *bonorum emptor*, nos enfrentamos a la posibilidad de que este haya realizado una oferta por la cual una vez pagado a los acreedores quede un excedente, lo que nos lleva a la necesidad de analizar a quien iría esta cantidad sobrante.

Un sector doctrinal defiende el derecho del deudor a la restitución del remanente y lo entiende por probado por un fragmento del digesto de PAULO³⁰. En este fragmento el autor recoge el caso del pupilo que, siendo heredero necesario, se abstiene de la herencia del *pater*, lo que tiene como consecuencia que el pretor permita la venta de los bienes paternos con la peculiaridad de que estos se venderán por separado con la obligación de restituir al pupilo el remanente.

SOLAZZI³¹ denomina este modo de ejecución como *distractio bonorum*, tratándose de una autorización de venta de cosas singulares hasta alcanzar el precio suficiente para atender a las justas exigencias de los acreedores, aplicable en la época clásica como régimen excepcional para el caso del deudor incapaz privado de representante. Este autor entiende PAULO en el fragmento se refiere al sobrante

²⁸D.42.5.16 (GAI., 1. XXIV ad. Edictum provinciale)

²⁹LENEL, O. *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch Zu Seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig 1927.

³⁰ D.42.5.6. Pr. (PAUL., 1 LVII ad ed)

³¹ SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*. Vol I-IV. Napoli 1943.

resultado de la venta parcial de los bienes del padre fallecido y no al remanente que queda después de haber satisfecho a los acreedores. Por lo expuesto entendemos que para SOLAZZI en la *bonorum venditio* no era aceptable que el *bonorum emptor* ofrezca una cantidad mayor a la que se debía pagar a los acreedores.

Si admitiéramos la posibilidad del sobreprecio, la cuestión reside en determinar que tipo de acción es la adecuada para pedir la devolución del remanente. DERNBURG³² tras analizar distintas posibilidades, señala como una de ella la *actio ex empto utilis* del *fraudator* contra el *bonorum emptor*, pero esta opción no se considera aceptable porque no es posible que el deudor dirija una acción contra el *bonorum emptor* siendo este su sucesor. Otra opción es que el deudor se dirija contra el *magister bonorum* por medio de una *actio utilis negotiorum gestorum*, opción que tampoco se acepta porque plantea dos problemas; el *magister bonorum* no es el gestor de negocios del deudor porque este negocio no cumple los requisitos y, en segundo lugar sería necesario demostrara que el *magister bonorum* tenía una *utilis actio ex venditio* contra el comprador del patrimonio para hacerse pagar el sobreprecio, y en las fuentes no se encuentran indicios de esta acción.

Al no obtener ninguna conclusión convincente, nosotros optamos por apoyar la tesis de SOLAZZI que niega la posibilidad de que se acepte un precio superior al necesario para el pago del integro pasivo. Argumentamos esta idea indicando que en la propia naturaleza de la institución se establece que su fin es el pago de los créditos de los acreedores y es por esto por lo cual no se fija un precio, si no que se concede la licitación a quien ofrezca a pagar el porcentaje más alto del pasivo del patrimonio. Por tanto, se podría afirmar que no se trata de una venta como tal sino una mera sustitución en la posición del deudor, que es llevada a cabo por el *bonorum emptor*.

³² DERNBURG,A., *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1850.

5. EFECTOS DE LA *BONORUM VENDITIO*

5.1. EFECTOS DE LA *BONORUM VENDITIO* SOBRE EL *BONORUM EMPTOR*

Como consecuencia de la *addictio*, el *bonorum emptor* se subroga en la posición jurídica del deudor adquiriendo de esta forma todos sus derechos patrimoniales y las obligaciones del deudor, éstas últimas las adquiere en los límites del porcentaje que ofreció como precio de la compra del patrimonio. Esta forma de sucesión es denominada por la jurisprudencia clásica como un modo de *successio in iure praetorio*, asimilando la situación del *bonorum emptor* a la del *bonorum posesor*, al adquirir ambos el dominio pretorio sobre las cosas.

El *bonorum emptor*, como hemos mencionado anteriormente, adquiriría el dominio pretorio sobre las cosas que formaban parte del patrimonio del deudor, siendo este dominio transformable en propiedad civil a través de la usucapión. Los bienes que adquiere son aquellos sobre los cuales el deudor tenía derecho de propiedad, la posesión de buena fe, a superficie, los créditos y el usufructo.

En cuanto a los premios de los atletas, eran también parte de la *bonorum venditio*, pero no pudiendo ser objeto de acuerdos privados de *pignus*, si pueden ser pignorados por orden del magistrado. Por otro lado, es necesario apuntar que el *bonorum emptor* no se subroga al deudor en el contrato de sociedad, porque la sociedad se disuelve cuando uno de los socios se vende pública o privadamente. Tampoco adquiere las estatuas erigidas en honor del *fraudator*, la concubina y los hijos naturales.

Los bienes que son objeto de fideicomiso, según PAPIANO³³ deben ser retenidos por el *bonorum emptor* de los bienes del heredero hasta que llegue el día de la restitución del fideicomiso. En el texto citado, el autor se refiere a un fideicomiso de familia de la siguiente manera: B, heredero de A, está gravado con el encargo de transmitir a su muerte un fundo a un miembro de la familia del testador. Si los acreedores

³³ D.31.69.1. (*PAP.*, 1. *XIX quaest.*)

de B ponen en venta sus bienes, el *bonorum emptor* adquirirá igualmente el fundo gravado por el fideicomiso, pero no tendrá que transmitirlo hasta la muerte de B a la persona indicada por el heredero. En los casos de venta de patrimonio del deudor *cui heres nec escit*, según CARELLI³⁴, el *bonorum emptor* debe entregar el fundo inmediatamente al fideicomisario, aunque son varios los autores que tienen otras teorías al respecto.

En cuanto al modo de adquisición de la posesión de los bienes, se establece que para entrar en posesión y reclamar las cosas a quienes las tengan, el edicto acordaba un *interdictum adipiscendae possessionis* que *quidam cocant possessorium* a favor del *bonorum emptor*, llamado *interdictum possessorium* a falta de nombre especial. El fundamento de este interdicto es el hecho de que la compra válidamente realizada por el *bonorum emptor*, se dirigía a ponerlo en posesión de todos los bienes que no hubiera sido transmitidos en el acto de la *addictio* y que se encontrasen en posesión del deudor.

Cuestión distinta se presenta con los créditos y deudas del deudor. El *bonorum emptor* no era titular *ipso iure* de estos, es por esto por lo que para perseguir el pago íntegro de los créditos del *fraudator*, se debían ejercitar las acciones en vía útil. Estas acciones estaban puestas a disposición tanto del *bonorum emptor* como de los acreedores en su contra a pesar de que existe división de opiniones al respecto. Una minoría de la doctrina entiende que las acciones no podían ser dirigidas al *bonorum emptor* por los acreedores por ser el *magister bonorum* el que recibía el pago de los dividendos, lo que tenía como consecuencia que el sea el único legitimado para exigirle el precio de venta y posteriormente repartirlo entre los acreedores.

GAYO³⁵ informa que estas acciones pueden ser de dos tipos: la Serviana, consistente en una ficción en la que se ordenaba al juez que considerara al *bonorum emptor* *perinde ac si heres Lucii Titii esset*, y la Rutiliana, que refería la *intentio* al deudor y la *condemnatio* al *bonorum emptor*, a merced de una transposición de sujetos.

Tras un análisis de las diferentes opiniones de los autores en lo referente al uso de cada una de estas acciones, concluimos que la acción Serviana puede ser utilizada

³⁴ CARELLI, E., *Per una ipotesi sull'origine della "bonorum venditio"*.

³⁵ GAYO, IV.35.

tanto cuando el deudor esta vivo, cuando ha fallecido o cuando ha sufrido una *capitis deminutio maxima*, mientras que la acción Rutiliana se ejercita solo cuando el deudor esta vivo.

5.2. EFECTOS DE LA *BONORUM VENDITIO* SOBRE EL *FRAUDATOR*

Uno de los efectos principales de la *bonorum venditio* sobre el *fraudator*, es la degradación o destrucción del honor civil producida por la *infamia*. Esta perdida de estimación publica en principio solo significa una condena social, pero es una realidad que normalmente acababa traduciéndose en una degradación jurídica con la consiguiente perdida de ciertos derechos civiles, pues algunas leyes como la *lex Iulia* incapacitan para realizar determinados actos a quienes hayan cometido hechos deshonorosos.

Pero ¿en que momento se produce el efecto personal de la *infamia*? La doctrina mayoritaria opina que la *infamia* recae sobre la persona del deudor después de la *missio in bona* y el anuncio público de venta mientras que un sector minoritario defiende que deriva de la venta de los bienes. Nosotros entendemos que la calificación de *infame* debe producirse una vez transcurridos los plazos de la *missio in bona*, pues es en ese momento cuando el proceso pasa de ser de coacción para que el deudor realice el pago a un proceso real de ejecución de procedimiento formulario.

Otros de los efectos relevantes de la *bonorum venditio* son los efectos patrimoniales, los cuales dividiremos en tres.

a) Perdida de las acciones *ex ante gesto*

Cuando se consuma la venta del patrimonio, el *bonorum emptor* sustituye al *fraudator* en al titularidad de sus derechos y se conceden las acciones útiles al *bonorum emptor*, lo que tiene como consecuencia que se le denieguen las acciones directas al deudor. Este efecto se traduce en el principio general *ex ante gesto fraudatori nulla actio*

datur, que se refleja en el texto de PAPINIANO³⁶ al negársele al patrono acción por la obras realizadas antes de la *bonorum venditio* por reclamar por un hecho anterior.

b) Mantenimiento de las acciones *ex ante gesto*

Cuando alguno de los acreedores del *fraudator* no reclama sus deudas a través de la *bonorum venditio*, cuando este quiere reclamar la deuda tras la realización de la venta, se encuentra con que no queda patrimonio para responder a esta. Ante este problema, se discute si es el *bonorum emptor* el responsable de asumir esta deuda...

Nosotros entendemos que el *bonorum emptor* solo esta obligado a pagar la deuda inscrita en la *lex venditionis*, lo que conlleva que el deudor sigue estando obligado frente a los acreedores que no han tomado parte en la *bonorum venditio* por la totalidad de la deuda, lo que daría la posibilidad de realizar otra *bonorum venditio* para hacer frente a estos pagos. Pero es una realidad la poca eficacia de esta segunda *bonorum venditio* por la pequeñísima cantidad de bienes que podría poseer el deudor tras la primer *bonorum venditio*.

c) Condena *in quid quod facere potest* a favor del *fraudator*

Como solución del problema que referimos en el efecto anterior sobre la conveniencia de realizar una segunda *bonorum venditio*, LENEL³⁷ propone que, si bien el deudor está obligado *ex ante gesto*, el edicto del pretor estableció que la condena sería limitada a *id quod facere potest* -en el límite de sus posibilidades económicas- durante el año siguiente a la *bonorum venditio*. Esta limitación de la condena produciría al deudor la ventaja de evitar la ejecución personal y la infamia consecuente de la ejecución patrimonial, porque al condenarlo en medida de sus posibilidades patrimoniales, el *fraudator* tenía posibilidad de satisfacer al acreedor o acreedores con efecto liberatorio.

³⁶ D.38.1.40 (*PAPIN. 1.XX. quaest.*)

³⁷ LENEL, O. Das Edictum perpetuum, Ein Versuch Zu Seiner Wiederherstellung, 3^o edición, Leipzig 1927.

B. CONCURSO DE ACREEDORES EN LA ACTUALIDAD

1. ORÍGEN Y PRESUPUESTOS EN LOS QUE SE DA

Hasta el año 2013, nos encontrábamos con el problema de que no existía una legislación que cumpliera los requisitos de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento. La legislación vigente hasta la Ley 22/2013 se caracterizaba por tres defectos muy criticados por la doctrina que expondremos a continuación.

Se trataba de una normativa muy dispersa, plasmada en una multiplicidad de cuerpos normativos, que tendía a proporcionar un trato privilegiado a determinados acreedores. Por otro lado, estas leyes distinguían entre diferentes soluciones concursales en función del que el deudor insolvente fuera comerciante o no. Y, por último, se proporcionaban distintos procedimientos atendiendo a la finalidad perseguida, pudiendo ser esta la liquidatoria o conservativa.

Todos estos defectos tenían como consecuencia que no existiera un procedimiento de concurso de acreedores como tal, al haber ramificado tanto esta institución con la diferente casuística que se presenta en la realidad. Esto llevaba a la carencia de un tratamiento adecuado y completo a la situación de insolvencia del deudor y con ello, se produjera cierta desprotección del acreedor.

Por todo ello, lo que se buscó con la irrupción normativa de la Ley 22/2013, en adelante LC, fueron tres ideas fundamentales:

1) Unidad legal

Entendida como la integración en un texto normativo en el que se encuentren tanto los aspectos materiales como procesales del concurso, a excepción de aquellas normas que por su propia naturaleza exijan el rango de ley orgánica. Esto busca evitar que esta institución se encuentre regulada tanto en el Código Civil, como en el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras, como sucedía hasta aquel

momento y que tenía como consecuencia confusión en cuanto a la suerte que podría correr el concurso de acreedores.

La unidad legal debía extenderse también a las normas de Derecho Internacional Privado, previendo posibles conflictos que pudieran producirse en los casos en los que, por la globalización de la economía, una empresa desarrolle su actividad económica en varios Estados con legislaciones propias. Por esto, es necesario que la normativa establezca cuando y como debe tramitarse el concurso ante los tribunales españoles, así como sus efectos fuera de nuestras fronteras.

2) Unidad de disciplina

Con anterioridad a la ley, existían diversidad de instituciones concursales para deudores comerciantes y no comerciantes debido a las graves consecuencias que traía la insolvencia de un comerciante. Pero esta gravedad no es suficiente para justificar una dualidad de procedimientos que acababa desnaturalizando la idea del concurso de acreedores.

Por esto, se buscó la realización de un procedimiento común para deudores insolventes tanto comerciantes como no comerciantes, pero con las exigidas especialidades de cada tipo de deudor.

3) Unidad de procedimiento

La unidad de procedimiento perseguida se consigue con la redacción de una ley flexible, que permite su adecuación a las diferentes situaciones en las cuales se lleva a cabo el concurso de acreedores.

También resulta necesario tener en cuenta que a pesar de que el concurso de acreedores pueda concluir de diferente manera, el procedimiento de inicio, es decir, la fase apertura de este y las primeras medidas de aseguramiento son las mismas para cualquier tipo de deudor insolvente, sea comerciante o no.

En cuanto a los presupuestos del concurso de acreedores, estos son de carácter subjetivo y objetivo. Comenzaremos el análisis con los presupuestos subjetivos.

La LC establece en su artículo 1: *“La declaración del concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”*. Con esta referencia a las personas naturales o jurídicas se supera la tan criticada separación entre los procedimientos de comerciantes y no comerciantes.

Por otro lado, en su segundo apartado del artículo ya mencionado, la Ley hace referencia a las herencias, mientras estas no hayan sido aceptadas simple y puramente, como posibles sujetos pasivos del concurso de acreedores. Resulta interesante esta referencia pues de ella se extrae la idea de que se permite el concurso de acreedores a la herencia, ente sin personalidad jurídica propia como sujeto pasivo del concurso puro, pero sin embargo para el resto de las entidades carente de ella, el concurso se configura a través del artículo 25 de la LC, referente a la declaración conjunta de concurso de varios acreedores.

BERCOVITZ ³⁸ duda de que es lo que sucede en la realidad práctica, cuestionándose que ocurre con los patrimonios con autonomía que actúan en el tráfico, pero cuya personalidad jurídica o natural no esta clara.

Por último, en el apartado tercero del artículo analizado, se niega la posibilidad del concurso de acreedores a *“las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”*.

Al igual que en el Derecho Romano, no pudiendo ser de otra forma, otro de los presupuestos para el concurso de acreedores es la existencia de una pluralidad de acreedores, pues sin esta pluralidad el concurso pierde su finalidad. Entendiendo que, en el supuesto de un único acreedor, aunque titular este de diversos créditos, el procedimiento correspondiente es el de la ejecución.

A pesar del proceso lógico que nos lleva a deducir este presupuesto, en la LC, aunque no expresamente, también se hace referencia a el. Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 2 , que establece que el concurso de acreedores procederá

³⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *“El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores”*, en *Las clases de la Ley Concursal*.

en caso de insolvencia del deudor común, entendido como tal al deudor de una pluralidad de acreedores.

En cuanto a los presupuestos objetivos, contenidos en el artículo 3 de la LC, se distinguen en función de quien sea el solicitante del concurso. Si el solicitante del concurso es el deudor, él mismo debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, considerando estado de insolvencia aquel en el cual el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Esta insolvencia puede ser actual o inminente, siendo inminente cuando el deudor prevea que no podrá cumplir sus obligaciones regular y puntualmente.

Si por el contrario la solicitud la presenta el acreedor, debe fundar esta en el título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que resulten los bienes del embargo bastantes para el pago, también puede presentarla cuando existan alguno de los hechos enumerados a continuación:

“1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.”

2. INICIO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

2.1. LEGITIMACIÓN

Al igual que en el Derecho Romano, el concurso de acreedores no puede instaurarse de oficio, si no que es necesaria la solicitud de alguna de las partes legitimadas que expondremos a continuación.

A esta regla general hay que matizarle el supuesto del artículo 4 LC en el cual el juez que este conociendo una causa en la que se pongan en manifiesto indicios de insolvencia de alguno de los responsables penales. En este caso el juez, a instancia del Ministerio Fiscal, comunica los hechos a los acreedores cuya identidad se conozca como resultado del procedimiento penal para que ellos soliciten la declaración del concurso o ejerciten las acciones que correspondan.

Para el resto de los supuestos, el artículo 3 de la Ley establece que pueden solicitar la declaración de concurso el deudor, cualquiera de los acreedores y el mediador concursal cuando se trate de un procedimiento regulado en el Título X de la LC, referente al acuerdo extrajudicial de pagos.

Atendiendo a quien sea el legitimado que solicita el concurso, el artículo 22 LC distingue entre concurso voluntario, para el supuesto en el que sea el deudor quien lo insta, y el concurso necesario, para los demás supuestos. Sin embargo, en el apartado 2 de este mismo artículo, se exceptúa el concurso voluntario cuando en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a tramite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.

Cuando en el concurso voluntario el deudor es una persona jurídica, el órgano competente para decidir sobre la solicitud es el de administración o de liquidación. Para ello, se deben aplicar las reglas de formación de la voluntad por parte del órgano de

administración de la sociedad y una vez adoptada la decisión por este órgano, se formula la solicitud ante el Juzgado.

En cuanto a la competencia, corresponde a los jueces de lo mercantil, siendo la jurisdicción del juez del concurso exclusiva y excluyente en las materias que afecten al patrimonio del concursado. La competencia tanto para declarar como para tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, entendiéndose por centro de intereses principales el lugar donde el deudor ejercer de modo habitual y reconocible por terceros la administración de dichos intereses.

2.2. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO

a) Declaración del concurso voluntario

Esta declaración viene contenida en el artículo 5 de la Ley como una obligación para el deudor, en el mismo se establece que debe solicitarla en un plazo de dos meses desde la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. La Ley entiende que el deudor conoce su estado de insolvencia cuando se encuentra en una de las situaciones que sirven de fundamento para la solicitud de concurso necesario, es decir, alguno de los presupuestos objetivos contenidos en el artículo 2.4. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, da contenido a la laguna legal en lo referente a cuando el deudor “hubiera debido conocer” su estado de insolvencia acudiendo a los estándares de conducta prudente. Así, en el caso de que el deudor sea una sociedad mercantil, se debe acudir a los estándares de un ordenado comerciante y representante legal, mientras que, si el deudor es una persona física, se le debe exigir la diligencia propia del buen padre de familia contenida en el artículo 1044 de nuestro Código Civil³⁹.

El incumplimiento de este deber tiene consecuencias en cuanto a la calificación del concurso de acreedores, pues es una de las presunciones de culpabilidad contenidas

³⁹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso*.

en el artículo 165 de la LC. Esta calificación de concurso culpable tendrá una serie de efectos que se analizarán más adelante.

Pero antes de la disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, existía la posibilidad de exonerar al deudor de este deber o demorar la presentación de la solicitud de declaración de concurso, cuando concurren determinados requisitos:

- Estado de insolvencia actual del deudor
- Haber iniciado negociaciones para la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio
- Que el deudor ponga en conocimiento del Juez competente para su eventual declaración de concurso, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual, y el inicio de tales negociaciones
- Que el deudor, una vez transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, solicite su declaración de concurso dentro del mes siguiente.

Pero esta redacción daba la posibilidad a los deudores insolventes de demorar hasta seis meses la presentación de la solicitud de declaración de concurso sin que ello les suponga consecuencias perjudiciales. Además, presentaba algunas carencias prácticas; pues no permitía acogerse a la prórroga a los deudores en situación de insolvencia inminente, ni a aquellos que estén negociando una refinanciación con sus principales acreedores que no encaje exactamente con el concepto de propuesta anticipada de convenio. Es por esto, entre otras razones, por lo que se redactó el artículo 5 bis que amplía los supuestos que permiten comunicar la prórroga incluyendo también las negociaciones de los acuerdos de refinanciación.

En el artículo 6 de la Ley, encontramos el contenido de la solicitud de declaración de concurso. En la solicitud, en primer lugar, debe expresar si su estado de insolvencia es actual o inminente. Además, debe estar acompañada de una serie de documentos de

carácter procesal como el poder especial para solicitar el concurso, que podrá ser sustituido mediante el apoderamiento *apud acta*.

Con la finalidad de acreditar su endeudamiento y su estado de insolvencia se presentará una memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, así como de las actividades a las que se haya dedicado durante los últimos tres años y los establecimientos, oficinas y explotaciones de que es titular, de las causas de la insolvencia o inminente insolvencia y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. En esta memoria también se debe indicar si la persona está casada, aportando en su caso tanto la identidad del cónyuge como la expresión del régimen económico del matrimonio. Si el deudor fuera una persona jurídica, debe indicar la identidad de los socios o asociados, de los administradores o de los liquidadores, y del auditor en su caso. En el caso de que el deudor formara parte de un grupo de empresas debe indicar las entidades integradas a este grupo y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial. Por último, si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

Con la misma finalidad se debe aportar un inventario de bienes y derechos expresando su naturaleza, el lugar en el que se encuentran, datos de identificación registral, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se deberán indicar también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a los bienes y derechos del inventario.

Para permitir identificar a los acreedores, se aportará la identidad de estos, su domicilio y dirección electrónica, así como la cuantía y vencimiento de sus créditos y las garantías personales y reales constituidas. En el caso de que algún acreedor haya reclamado judicialmente el pago, se debe identificar el procedimiento correspondiente y el estado de estas actuaciones.

En el caso de que el deudor cuente con una plantilla de trabajadores, deberá aportarla al igual que la identidad del órgano de representación de estos si lo hubiere.

Si estuviera obligado a llevar una contabilidad, debe portar más documentos para así poder dar una imagen más completa de su situación económica actual y de las circunstancias que lo han llevado a ella.

Por último, en este artículo se establece que si faltara de alguno de estos documentos o de alguno de los requisitos o datos exigidos el deudor debe expresar la causa de esta falta.

Si de toda esta documentación aportada apreciada en su conjunto, considera el juez la existencia de alguno de los hechos previstos en el artículo 2.4 de la Ley o algún otro hecho que acredite la insolvencia alegada por el deudor, dictará auto declarando el concurso. Si por el contrario no considera la existencia de éstos y dicta auto desestimatorio de la solicitud, solo cabra recurso de reposición contra el mismo.

b) Declaración del concurso necesario

Cuando es el acreedor o cualquiera de los demás legitimados mencionados con anterioridad y al igual que en el concurso voluntario, es necesario que la solicitud de declaración de concurso se efectúe por escrito, por medio de Procurador y con firma de Abogado. Si los solicitantes desconocieran del domicilio del deudor persona física, a tenor del artículo 184 LC en su apartado 7, será el Secretario quien deberá realizar las averiguaciones de domicilios previstas en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si por el contrario el deudor fuera una persona jurídica, también podrá el Secretario Judicial dirigirse a los registros públicos para determinar la identidad del os administradores o apoderados de la entidad para emplazarla a través de estas personas. Contiene este mismo artículo el supuesto de que el deudor haya fallecido, en este caso se aplicaran las normas sobre sucesión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si el Secretario judicial agotara todas las vías para emplazar al deudor sin éxito, el Juez podrá dictar auto de admisión del concurso basándose en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y por las averiguaciones realizadas en la fase de admisión.

El fundamento de la solicitud de declaración del concurso necesario por parte del acreedor debe ser bien un titulo por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, probando así también la legitimación del solicitante o bien demostrando la existencia de alguno de los hechos mencionados en el artículo 2.4 LC ya analizado, en este supuesto el solicitante debe acreditar su legitimación demostrando al Tribunal el origen, naturaleza, importe,

fechas de adquisición y vencimiento , además de la situación actual del crédito del cual deberá acompañar un documento acreditativo.

Cuando el solicitante es otro de los legitimados, en la solicitud deben expresar el carácter en el que formulan la solicitud, acompañándola del documento que acredite su legitimación o proponiendo prueba para acreditarla (art. 7 LC)

En todo caso, dice el artículo mencionado, es en la solicitud donde se deben expresar los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en los que fundamenta la solicitud.

Una vez presentada la solicitud, el mismo día de entrada al juzgado o, de no ser posible, el siguiente día hábil, el Juez dictara Auto de admisión a tramite cuando considere que la solicitud de concurso necesario o la documentación no adolecen de ningún defecto o cuando el mismo haya sido subsanado en el plazo de cinco días que debe dar el Juez a tal efecto, En el caso contrario, dictará auto de no admisión a tramite que será susceptible de recurso de reposición.

Admitida a tramite la solicitud de declaración de concurso, se realiza el emplazamiento del deudor en los términos establecidos en el artículo 184 LC con traslado de la solicitud del concurso, para que comparezca en un plazo de 5 días en el cual se le mostraran los autos y podrá formular oposición proponiendo los medios de prueba de los que pretenda valerse.

Cuando ya se ha admitido a tramite una solicitud de concurso y posteriormente se presentan mas solicitudes, el artículo 15 en su apartado 2º establece que estas solicitudes posteriores se acumularan a la primera admitida a tramite, y no a la primeramente repartida como establece literalmente el artículo. Esta acumulación tiene como efecto que las solicitudes se unirán a los autos y no será posible que se retraigan las actuaciones, lo que tiene como consecuencia que no se le concederá al deudor un nuevo plazo para oponerse por escrito a las solicitudes acumuladas si no que la única oportunidad que tendrá de hacerlo será en de forma oral en el acto de la vista.⁴⁰

⁴⁰ PEITEADO MARISCAL,P. *La declaración de concurso*. Madrid,2005

En cuanto al recurso del auto de estimación o desestimación, estos varían en función del pronunciamiento concreto que sea objeto de la impugnación, así se distinguen entre dos recursos y una especialidad:

- Cuando el pronunciamiento que se impugna es el principal del auto, es decir, el que estima o desestima la solicitud de declaración del concurso el recurso que al que se debe acudir es el recurso de apelación. Este recurso no tendrá efecto suspensivo salvo que excepcionalmente el juez acuerde lo contrario, en este caso, se deberá pronunciar sobre el mantenimiento total o parcial de las medidas cautelares adoptadas.
- Por otro lado, cuando el objeto de impugnación es cualquier otro pronunciamiento distinto al de admisión o no de la solicitud, la vía para impugnarlo es el recurso de reposición.
- Cuando lo que se pretende impugnar es tanto el pronunciamiento sobre la admisión o no y algún otro pronunciamiento, cabe la duda de si se debe realizar a través de la presentación ambos recursos simultáneamente (el de apelación para el pronunciamiento principal y recurso de reposición para los demás pronunciamientos) o si ambas impugnaciones deben realizarse a través del recurso de apelación por el tenor literal del artículo 20.2 que dice *“Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos (...) las partes podrán oponerse (...) mediante recurso de reposición”*.

En cuanto a la legitimación para el recurso del auto de declaración del concurso, están legitimados el deudor que no la hubiese solicitado y cualquier persona que acredite interés legítimo. Sin embargo, para recurrir el auto desestimatorio solo está legitimada la parte solicitante del concurso. Los plazos para ambos recursos contarán, para las partes que hubieran comparecido, desde la notificación del acto y, respecto de los demás legitimados desde la publicación del extracto de la declaración de concurso en el “Boletín Oficial del Estado”.

c) Auto de declaración de concurso: contenido, publicidad y notificación

1. Contenido

En el artículo 21 de la Ley encontramos el contenido del auto de declaración de concurso:

En primer lugar, se debe indicar si se trata de un concurso necesario o voluntario, indicando, en el caso del concurso voluntario si el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio. El auto debe establecer los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio que tiene esta declaración de concurso, así como el nombramiento y las facultades de la administración concursal.

Cuando se tratare de un concurso necesario, el auto debe requerir al deudor para que se presente en el plazo de 10 días que se contara desde la notificación del auto, con los documentos enumerados en el artículo 6 LC para la solicitud del deudor del concurso voluntario.

Si el juez considerara necesario imponer medidas cautelares para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo, deben contenerse en el auto de declaración del concurso.

En el mismo auto se debe realizar un llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursa la existencia de sus créditos en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del auto de declaración de concurso de la forma establecida en el artículo 23 LC.

Si fuera el caso, se contendrá en el auto también al decisión de la formación de una pieza separada en relación con la disolución de la sociedad de gananciales y la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento especialmente simplificado.

1. Notificación

La notificación del auto de declaración de concurso se realizará por medio de tres vías. En primer lugar, la administración concursal realizara una comunicación individualizara a cada uno de los acreedores informando tanto de la declaración del concurso como del deber se comunicar los créditos. Además, se realizará una

comunicación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a la Tesorería General de la Seguridad social y a la representación de los trabajadores, haciéndoles saber a estos últimos de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

En segundo lugar, el Secretario judicial notificara el auto a las partes que hubiesen comparecido en la tramitación de la solicitud de declaración de concurso. Si el deudor no hubiera comparecido se le tendrá como notificado por la publicación en le “Boletín Oficial del Estado”.

Por último, el artículo 21 LC en su apartado 5 contiene una serie de especialidades en función de quien sea el deudor. Si el concursado fuera una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión participante en un sistema de pagos y de liquidación de valores o instrumentos financieros derivados, el Secretario judicial notificará el auto al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al gestor de los sistemas a los que pertenezca la entidad afectada. También se notificará a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando el concursado sea una sociedad que hubiera emitido valores admitidos a cotización en un mercado oficial.

Para el caso de que el concursado fuera un entidad aseguradora, se establece que el Secretario judicial debe notificar el auto a la Dirección General de Seguro y Fondos de Pensiones, mientras que, si el concursado fuera una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se notificara al Ministerio de Trabajo e Inmigración.

2. Publicidad

El extracto de la declaración de concurso se publicara con la mayor urgencia y de forma gratuita en el “Boletín Oficial del Estado”, conteniendo

“contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos de conformidad con el artículo 85, el régimen de suspensión o intervención de facultades del

concurado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso”.

Además, el Juez podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso, indicándolo en el mismo auto de declaración del concurso o en una resolución posterior.

En cuanto a la publicidad registral, el artículo 24 LC establece que se inscribirán la declaración del concurso, el régimen de administración y disposición de los bienes del concurso y el nombramiento de la administración concursal, preferentemente por medios telemáticos, en el Registro Civil o el Registro Mercantil, según proceda.

3.EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

3.1. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR

La ley distingue diferentes efectos teniendo en cuenta el tipo de concurso ante el que nos encontremos. En el concurso voluntario, el deudor queda sometido al régimen de intervención de los administradores concursales, consistente en que el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero mediante la autorización o conformidad de la administración concursal, que atenderá a la conservación de la masa activa del modo mas conveniente a los intereses del concurso.

Para el supuesto del concurso necesario, se prevé el régimen de suspensión del ejercicio del deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo los administradores concursales quienes lo sustituyen en los mismos términos que en el régimen de intervención.

En ambos regímenes, las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor se refieren a los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondientes del deudor de la sociedad o comunidad conyugal. Por tanto, estas limitaciones no afectan a aquellos bienes, derechos y obligaciones que no constituyan la masa activa del concurso, y en particular, a los legalmente inembargables. Tampoco afecta a la facultad de testar del deudor, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia.

Independientemente de lo expuesto, que es la regla general y lo previsto en la Ley Concursal, ésta misma, en el apartado 3 del artículo 40 indica que el juez, motivando el acuerdo y señalando los riesgos que se pretendan evitar o las ventajas que se quieran obtener, podrá acordar uno u otro régimen para cada tipo de concurso. Se indica también en este artículo que en cualquier momento el juez puede acordar el cambio de las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio a solicitud de la administración concursal y una vez oído el concursado.

No existe esta posibilidad de opción para el juez en el caso del concurso de la herencia, pues será siempre la administración concursal la encargada del ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto.

Cualquier acto del deudor que infrinja las limitaciones adoptadas por el juez, solo se podrán anular a instancia de la administración concursal y siempre que esta no los hubiese convalidado o confirmado.

Además, si un acreedor o quien haya sido parte de la relación contractual afectada pobre requerir a la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio del acto. Si esta considerara que debe anular el acto, la anulación se tramitara por los cauces del incidente concursal. El plazo máximo para tramitar esta acción es de un mes desde la realización del requerimiento de anulación, y si no hubiera requerimiento de anulación, caducara con el cumplimiento del convenio por el deudor o con el final de la liquidación, si la hubiera.

Por otro lado, en el artículo 44 de la Ley se establecen los términos de la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial por parte del deudor. La regla general es que esta actividad no se interrumpa por la declaración del concurso, si no que se realizara de una forma distinta.

Para los casos de intervención, la administración concursal podrá establecer algunos actos u operaciones propias del giro o trafico de la actividad que quedaran autorizadas con carácter general. La ley matiza que, hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o trafico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, siempre que estos se ajusten a las condiciones normales del mercado. Sin embargo, en los casos de suspensión, el deudor carecerá de oportunidad de realizar acto alguno, siendo la administración concursal quien adoptará las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

Esta regla general de no interrupción encuentra su excepción en los supuestos en los que la administración concursal solicite al juez que acuerde mediante auto y previa audiencia al deudor el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas,

establecimientos o explotaciones de las que fuera titular el deudor o, el cese o la suspensión de la actividad empresarial que ejerciera el deudor si lo hiciera.

Efectos similares se producen cuando el deudor es una persona jurídica, pues el artículo 48 establece que sus órganos se mantendrán, sin perjuicio de los efectos del régimen de intervención o suspensión puedan producirían embargo, se exigirá que la administración concursal adquiera derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada, para ello, deberá ser convocada a las sesiones de la misma forma y manera que los demás integrantes del órgano, siendo invalida cualquiera constitución de junta o asamblea que se realice sin concurrencia de la administración concursal.

3.2. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES

El principal efecto que tiene la declaración del concurso sobre los acreedores es que todos ellos quedaran de derecho integrados en la masa pasiva del concurso. Cuando el deudor este casado en régimen de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad de bienes, también se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean también créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal.

Esta idea responde a la denominada *vis attractiva* del proceso concursal que conlleva que el concurso despliegue sus efectos no solo en relación con las ejecuciones que se pretendan iniciar, si no que también abarca los procesos declarativos que se inicien contra el concursado una vez declarado el concurso y e incluso, en ocasiones, a los procesos que se hallen ya en tramitación al declararse el concurso.

Así para los nuevos juicios declarativos, los jueces del orden civil y social ante los que se interponga una demanda que deba conocer el juez del concurso, se abstendrán de conocer previniendo a las partes que usen su derecho ante el juez del concurso. No admitirán a tramite los jueces de lo mercantil y de primera instancia demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hay incumplido los deberes impuestos en caso

de concurrencia de causa de disoluciones, o acciones en las que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales de una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil, respectivamente.

Si cualquiera de estas demandas se admitiere, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

En cuanto a los procedimientos pendientes, se continuarán tramitando ante el mismo tribunal que estuviera conociéndolos hasta el final de la sentencia. Como excepción, los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores y contra los auditores, se acumularán de oficio al concurso, solo cuando se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista.

En los casos de intervención el deudor conservara su capacidad para actuar en juicio pero con la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando esto pueda afectar a su patrimonio. Pero en los casos de suspensión, será la administración concursal quien sustituirá al deudor en los procedimientos judiciales en trámite .

Los pactos de mediación o convenios arbitrales suscritos por el concursado, en principio no se verán afectados por la declaración del concurso, pero cabe la posibilidad de suspensión de estos en el caso de que el órgano jurisdiccional entendiera que suponen un perjuicio para la tramitación del concurso.

4. EL PROCESO CONCURSAL

4.1. FASE COMÚN DEL CONCURSO

Con el auto de declaración del concurso se inicia la fase común, consistente en todas las actuaciones tendentes a la delimitación de la masa activa y pasiva del deudor con la finalidad del conocimiento exacto de la situación patrimonial del deudor. Esta fase encuentra su fin con la presentación del informe de la administración concursal o, en su caso, con la resolución de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Para la delimitación de la masa activa, la administración concursal, con la mayor brevedad posible, realizará un informe en el que se determine que bienes y derechos componen la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. Este inventario debe expresar la naturaleza, características y lugar en el que se encuentra cada uno de los bienes y derechos relacionado en el inventario. En el inventario se indicarán, los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes derechos. Para el avalúo de los bienes y derechos se atenderá a su valor de mercado teniendo en cuenta los gravámenes o cargas que directamente afecten e influyan en su valor pudiéndose acudir al asesoramiento de expertos independientes que debe proponer al juez.

Además, los administradores concursales deben indicar en el inventario una relación de los litigios que puedan afectar al contenido de este y una lista de acciones que deben promoverse para la reintegración de la masa activa informando siempre sobre la viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las actuaciones judiciales, contando con la posibilidad de acudir al asesoramiento de expertos independientes como se ha mencionado anteriormente.

Para la realización de este inventario, los administradores concursales deben atender al artículo 76 de la LC, el cual establece los bienes y derechos que forman parte de la masa activa. En este artículo se indica que son aquellos bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en la fecha de la declaración del concurso

además de los que se reintegren a éste hasta la conclusión del procedimiento, exceptuando los bienes y derechos legalmente inembargables.

Cuando el deudor esta casado, la masa activa comprende los bienes y derechos propios y privativos del concursado además de los bienes gananciales o comunes cuando estos deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge puede solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordara la liquidación o división del patrimonio de forma coordinada con lo que resulte de la solución del concurso.

Si el concursado figura como titular indistinto de una cuenta, se entenderá que los saldos se integran en la masa activa excepto cuando haya una prueba contraria que la administración concursal aprecie como suficiente, pudiéndose plantear incidente concursal contra la decisión de la administración concursal.

Si el concursado tiene en posesión bienes de titularidad ajena y que ,por tanto, no forman parte de la masa activa, es la administración concursal quien debe encargarse de entregarlos a sus legítimos titulares, a solicitud de estos o por voluntad propia. Ante la negativa a esta solicitud, se podrá ejercitar una acción reivindicatoria concursal que será tramitada a través de incidente concursal.

Por otro lado, se encuentra la masa pasiva, cuya delimitación es algo mas compleja pues no todos los créditos contra el deudor forman parte de esta. La ley distingue entre créditos concursales y créditos contra la masa. Los créditos contra la masa comprenden, clasificándolos en tres grandes categorías⁴¹ tal y como lo hace el autor Manuel Díaz Martínez:

1. “Costas y gastos judiciales a los que deban hacer frente el concursado y la administración concursal por razón de la tramitación del concurso y de sus incidentes, así como los ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores legitimados en los juicios que continúen o se inicien en interés de la masa

⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal* , 4ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces

2. Los créditos derivados de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, englobando en estos la totalidad de los gastos derivados de las relaciones jurídicas anteriores que preexistían o de las que sean asumidas por el concursado con posterioridad.
3. Obligaciones surgidas con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal, entre las cuales se incluyen los salarios correspondientes a los treinta días anteriores a la declaración del concurso.”

Así, establece el artículo 82 LC, que todos los créditos que no sean los mencionados arriba serán créditos concursales, lo que significa que este tipo de créditos están sujetos a las vicisitudes del concurso y serán satisfecho de acuerdo con las reglas de este.

Al igual que en la delimitación de la masa activa, los encargados de ello son los administradores concursales. Así, el proceso de reconocimiento y clasificación de créditos comienza con el auto de declaración de concurso, el cual debe contener un llamamiento a los acreedores para que informen a la administración concursal de la existencia de sus créditos, así como del resto de circunstancias de estos en el plazo de un mes.

Pero esta información sobre sus créditos los acreedores no la pueden realizar de cualquier forma si no que deben hacerlo a través de un escrito que se presentara ante el Juzgado acompañado de los originales o copias autenticadas del título o de los documentos relativos al crédito.

Una vez presentado este escrito, los administradores concursales deciden el reconocimiento o no de cada uno de los créditos que los acreedores hayan comunicado, así como del resto de créditos cuya existencia conozcan por otros medios. Pero esta capacidad de decisión de los administradores concursales encuentra su excepción en ciertos créditos que deben ser reconocidos necesariamente aunque estos duden de su validez y son los siguientes:

“ aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con

garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso” (art. 86.2 LC).

Cualquier cuestión que se suscite en materia de reconocimiento de créditos será tramitada y resuelta por medio del incidente concursal.

Una vez reconocida la existencia de los créditos, el siguiente paso que realiza la administración concursal es el de la clasificación de éstos en privilegiados, ordinarios y subordinados dándoles a cada uno de estos la “importancia” respectiva dentro del concurso.

Dentro de los créditos privilegiados encontramos una subdivisión entre créditos de privilegio especial y general. A los créditos de privilegio especial la Ley, como su propio nombre indica, les atribuye un privilegio sobre un determinado bien o derecho de la masa activa. Esto se traduce en que la venta de este bien o derecho irá destinada de forma prioritaria al pago de este crédito privilegiado en la parte el crédito no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, dando incluso la posibilidad de promover una ejecución separada propia de la legislación civil, pero como las restricciones de la legislación concursal. Se encuentran dentro de este tipo de créditos los enumerados en el artículo 90 LC.

Por otro lado, si el crédito es clasificado como de privilegio general se le atribuirá otro tipo de privilegio, pues los acreedores de estos ostentaran una posición especial en caso de convenio, no estando sujetos al mismo si no votan a favor de la propuesta, y en caso de liquidación, teniendo un derecho de cobro preferente. Estos créditos son los enumerados en el artículo 91 LC.

En cuanto a los créditos clasificados como ordinarios, la Ley dice que serán aquellos que no estén clasificados como privilegiados o subordinados por lo tanto para determinarlos es necesario acudir también al artículo 92 para conocer la enumeración de los créditos subordinados.

Las consecuencias de la clasificación de un crédito como subordinado son considerablemente graves independientemente de la solución final del concurso. Así, si el concurso finaliza en convenio, el titular de este tipo de créditos será privado de su

derecho a voto, pudiendo únicamente asistir a la junta a efectos de información. Además, los plazos establecidos en el convenio para los créditos subordinados comenzaran a contar a partir del integro cumplimiento del convenio respecto de los titulares de créditos ordinarios.

Si por el contrario el convenio finaliza en liquidación, los titulares de estos créditos no cobrarán hasta que no se hayan vistos satisfechos íntegramente los intereses de los titulares de los créditos ordinarios.

5. LAS SOLUCIONES AL CONCURSO DE ACREEDORES

5.1. EL CONVENIO

El convenio es la solución primordial del concurso de acreedores porque mediante él se ven satisfechos en la medida de lo posible los intereses de los acreedores mediante un acuerdo entre estos y el deudor. Este convenio tiene una naturaleza “*sui generis*” porque no se puede hablar de un negocio jurídico privado por puro al requerirse que el Juez apruebe el acuerdo al que han llegado los acreedores y el deudor para que éste despliegue sus efectos.

El modo mas sencillo de llevar a cabo esta solución del concurso es a través de una propuesta anticipada de convenio que el autor ILLESCAS RUS⁴² define como:

“beneficio que la LC pone a disposición del deudor en quien concurren especiales circunstancias de integridad, probidad y rectitud, autorizándole a formular su ofrecimiento de solución paccionada de la solución de insolvencia por la que atraviesa, con mayor celeridad y, en consecuencia, con un menor riesgo de agravación de su estado”

Por tanto, este ofrecimiento solo puede realizarse por parte del deudor en los casos de concurso necesario y hasta que se expire el plazo de comunicación de créditos. Se formalizará cuando los acreedores lo acepten mediante un sistema de acreedores que el Juez debe sancionar en fase común del concurso. De esta forma se evita la fase de convenio propiamente dicha.

Si por el contrario los acreedores no aceptan esta propuesta anticipada de convenio y el concursado no opta por la fase de liquidación, se abre la fase de convenio una vez concluido el tramite de impugnación de inventar y de la lista de acreedores. En esta fase, también los acreedores pueden presentar una propuesta de convenio con el requisito de que lo acreedores que lo presenten deben representar una parte

⁴² ILLESCAS RUS, A.V., *Derecho Concursal Práctico*, (Coordinador: Miguel Ángel Fernández-Ballesteros).

significativa del pasivo además de contar con la aceptación del resto de acreedores en la Junta.

Ambas propuestas, tanto la anticipada como ordinaria, deben formularse por escrito y debe ser firmada por el deudor o los acreedores que la presenten. En el caso de que la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, también estos terceros deben firmar la propuesta.

En cuanto al momento de presentación, la propuesta de convenio anticipado se podrá presentar por parte del deudor

“desde la solicitud del concurso voluntario o desde la declaración del concurso necesario y en ambos casos hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos” (art. 104 LC).

Transcurrido este plazo sin presentación de propuesta anticipada de convenio o si de haberse presentado no se hubiere aceptado, los acreedores podrán presentar la propuesta de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración.

El artículo 100 LC indica el contenido del convenio, sea anticipado o no. El contenido esencial del convenio es un modo de arreglo del pasivo, consistente en una propuesta de quita y espera, de quita o de espera. Estas propuestas deben presentarse junto a un plan de pagos y, en el caso de que para cumplir el convenio se cuente con los frutos de la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, se deberá adjuntar a la propuesta un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesario, medios y condiciones de su obtención.

El convenio también puede contener propuestas alternativas o adicionales para alguno de los acreedores, para todos o para algunas clases de ellos, con excepción de los acreedores públicos

Además del contenido esencial, las propuestas pueden incluir ofertas de conversión dl crédito en instrumentos de crédito financiero de rango, vencimiento o características distintas a la deuda, propuestas de enajenación del conjunto de bienes y

derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o de determinadas unidades productivas.

El artículo determina también ciertas opciones que nunca pueden ser propuestas, y estas son: la liquidación global del patrimonio del concurso para la satisfacción de sus deudas ni la alteración de la clasificación de los créditos o la cuantía de los mismos.

Una vez presentada la propuesta de convenio y aprobada por el juez a través de sentencia, el convenio despliega sus efectos inmediatamente, salvo que el juez retrase la eficacia a la fecha en la que la aprobación adquiera firmeza. Cabe la posibilidad de que aplique este retraso de eficacia solo parcialmente. Desde ese momento, cesan todos los efectos de la declaración del concurso salvo los deberes de colaboración e información y surge la obligación para la administración concursal de rendir cuenta de su actuación a través de un informe al juez el concurso en el plazo que este señale, este informe se remitirá vía telemática a los acreedores de los que se disponga su dirección electrónica.

Así, otro de los principales efectos es la eficacia novatoria contenida en el artículo 136 LC, consistente en la extinción de todos los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, así como los de los acreedores ordinarios y subordinados en la parte que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera.

5.2. LA LIQUIDACIÓN

Como solución alternativa en los casos en los que la ejecución del convenio se viera frustrada o directamente no se alcanzara se acude a la liquidación. Este carácter subsidiario de esta forma de finalizar el concurso viene remarcado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de esta forma:

“en los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio”

Así, la liquidación tiene como objeto principal la enajenación de los bienes y derecho que integran la masa activa para que el dinero obtenido se distribuya entre los acreedores en un determinado orden establecido por la ley. En estas operaciones de liquidación se procura también la finalidad conservativa del concurso intentado que todo el patrimonio se venda como un todo.

A diferencia que, en el convenio, los legitimados en para solicitar la apertura de la liquidación son varios. El deudor podrá solicitarla en cualquier momento mientras que se encuentra obligado a solicitarla en el supuesto de que, existiendo un convenio, conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos y obligaciones contraídas después del convenio. Los acreedores podrán también pedir la liquidación cuando, también existiendo un convenio, pueda acreditar la existencia de alguno de los hechos que fundamentan la declaración del concurso. En el caso de cese de la actividad profesional o empresarial, será la administración concursal la legitimada para pedir la apertura de la fase de liquidación.

Además, también el juez está legitimado para la apertura de la fase de liquidación en los siguientes supuestos:

- 1) Cuando en el plazo concedido al efecto no se presente ninguna propuesta de convenio o la misma no haya sido admitida.
- 2) Cuando se ha presentado una propuesta de convenio, pero esta no ha sido admitida por la junta de acreedores.
- 3) Cuando el juez haya rechazado la propuesta de convenio aceptada en la junta de acreedores.
- 4) Cuando se declara por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.
- 5) Cuando por resolución judicial firme se declara el incumplimiento del convenio.

Una vez abierto la fase de liquidación esta despliega sus efectos que son, en términos generales, los mismos que se producen con la declaración del concurso, pero con algunas peculiaridades que expondremos a continuación. Sobre el deudor los principales efectos son la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, así, en el caso de que hubiera existido un convenio a razón del cual se haya cesado la administración concursal, el juez la repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otra que será quien sustituya a el deudor en las facultades suspendidas.

Si el concursado fuera persona jurídica se produce la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa de el y de su cónyuge. Si por el contrario el concursado fuera persona jurídica, se producirá la disolución de la misma y el cese de la administración o liquidación, que será sustituida igualmente por la administración concursal.

En cuanto a los créditos concursales aplazados se adelantará el vencimiento de estos y se convertirán en dinero aquellos que consistan en otras prestaciones.

La forma en la cual se realizará la enajenación de los bienes y derechos pertenecientes a la masa activa viene descrita en el plan de liquidación. La elaboración de este plan esta encomendada a la administración concursal como regla general con la excepción de los casos en los que es el deudor quien solicita la declaración del concurso, en este caso, será el quien debe proponerlo junto al escrito de solicitud de declaración de concurso de acreedores.

Antes de que este plan sea aprobado por el juez y, durante los quince días siguientes desde que el plan de liquidación haya quedado en manifiesto en la oficina judicial, se da al deudor y a los acreedores la posibilidad de introducir modificaciones al mismo. También será objeto de informe de los representantes de los trabajadores con la misma finalidad de formular observaciones o propuestas de modificación.

En caso de que alguno de éstos realizara alguna modificación u observación, el juez tiene diferentes opciones: a) aprobar la propuesta presentada inicialmente, b) introducir las modificaciones propuestas por el deudor, los acreedores o los representantes de los trabajadores, c) acordar la liquidación mediante las reglas legales

supletorias contenidas en el artículo 149 LC. Si por el contrario no se presentara ninguna modificación al plan de liquidación, el juez procederá a la aprobación del mismo.

Tras la aprobación del plan de liquidación, se realiza el pago a los acreedores. Pero antes de entrar en la explicación del modo en el que se llevan a cabo estos pagos, es necesario precisar que si antes de la fase de liquidación hubiera existido un convenio que haya sido cumplido parcialmente, estos pagos se presumirán legítimos salvo que se pruebe existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de pago de los acreedores. Pero también hay que tener en cuenta, que quienes hayan sido satisfechos por estos pagos no podrán participar en los cobros e los pagos de la liquidación hasta que el resto de los acreedores de la misma clasificación hubieran recibido el pago equivalente.

Al resto de acreedores se les pagara en el siguiente orden:

1º. Créditos contra la masa: Para determinar la masa activa dirigida a este pago, los administradores la deducirán de esta, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Estos pagos se denominan créditos prededucibles⁴³, pues se realizan al margen del concurso y con preferencia frente a este.

2º. Créditos con privilegio especial: se realizará con carácter preferente y con cargo a los bienes y derechos afectos al privilegio, mediante la subasta de los mismos y excepcionalmente mediante la venta directa de éstos. En determinados casos, la administración concursal puede comunicar a los titulares de estos créditos que opta por atender al pago de los mismos con cargo a la masa y no con la realización de los bienes y derechos afectos a dichos créditos. Para el caso de que exista concurrencia de privilegios especiales sobre un mismo bien o derecho, se atenderá al principio de prioridad temporal.

3º. Créditos con privilegio general: en el orden establecido en el artículo 91 LC una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a bienes no afectos a privilegio especial o con el sobrante de ellos cuando ya se hayan satisfecho estos créditos.

⁴³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La Liquidación*. Consejo General del Poder Judicial, 2004

4º. Créditos ordinarios: su pago se realizará con los bienes y derechos que resten y en conjunto con los créditos de privilegio especial que no se hayan satisfecho en su totalidad con cargo a los bienes y derechos afectos a ellos.

5º. Créditos subordinados: en el orden establecido en el artículo 92 LC.

6.LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

La idea de la conclusión del concurso es una innovación muy acertada de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En su exposición de motivos se señalan las causas por las cuales un concurso de acreedores ya declarado se concluye. Estas causas se pueden clasificar atendiendo a si es posible la reapertura del concurso, en terminación provisional o definitiva y, atendiendo a si el concurso cumple con su finalidad en causas de terminación normal o anormal.

La primera causa de conclusión contenida en el artículo 176 es la revocación en apelación del auto de declaración de concurso. Esta causa de conclusión resulta tanto en supuestos de concurso necesario como voluntario⁴⁴ con el consiguiente cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes. Atendiendo a la clasificación arriba explicada, esta causa de conclusión es definitiva y anormal.

La segunda causa de conclusión es el “cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación”. Así, no basta con el mero cumplimiento del convenio, si no que este debe ser declarado por medio de auto del Juez a solicitud del acreedor. Frente a este auto los acreedores pueden ejercitar la llamada acción declarativa de incumplimiento si ellos consideran que el convenio no se ha cumplido. Si se estima esta acción, se resuelve en convenio y se produce la apertura de oficio de la fase de liquidación.

Si, por el contrario, los acreedores no presentan acción de declaración de incumplimiento alguna en el plazo establecido para ello, se declara la firmeza de la resolución. Lo mismo sucede si, aun habiéndose presentado la acción de declaración de incumplimiento esta fuera rechazada por el juez. Este tipo de conclusión del concurso es una causa definitiva y normal.

⁴⁴ En contra, FRAGA MANDIÁN,A., *Conclusión y reapertura del concurso*, en Practica de Tribunales, Año I, Núm. 7,julio-agosto 2004.

Otra de las causas es el pago de la totalidad de los créditos. O integra satisfacción de los acreedores. Lo único que hay que matizar en esta causa es que a pesar de que la satisfacción del crédito pueda ser en cualquier momento, ésta no tiene lugar hasta la fase común del concurso. Se trata de una causa de conclusión definitiva y normal.

La cuarta causa de conclusión del concurso es la comprobación de la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. Esta causa puede darse en cualquier fase del concurso, pero sucederá normalmente bien cuando la administración concursal elabore la lista de acreedores y el inventario, o cuando en la fase de liquidación se haya agotado el activo realizable. Esta es una causa de finalización provisional del concurso, y puede ser normal o anormal atendiendo a si existen suficientes bienes para pagar los gastos del procedimiento o no.

Por último, el artículo 176 alude a una quinta causa, el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores. Esta causa solo puede ser firme en el momento que finaliza la fase común, pues es entonces cuando se conoce cuales son los acreedores conocidos. Esta es una causa de conclusión definitiva y normal.

Los efectos de la conclusión del concurso comunes a todas las causas son el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor, cese de las limitaciones de derechos fundamentales del deudor, así como el cese de los deberes de comparecencia, colaboración e información del deudor.

Por otro lado, en los casos de conclusión por revocación del auto de declaración del concurso, por inexistencia de bienes y derechos y por desistimiento, subsiste la responsabilidad del pago de los créditos insatisfechos, dejando la posibilidad a los acreedores de iniciar una ejecución singular para el pago de estos.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los presupuestos de el concurso de acreedores en Roma y en la actualidad tienen la misma raíz, la obligación del pago de deudas a dos o más acreedores. Sin embargo, encontramos la diferencia entre ambos concursos al exigirse en Roma que exista una intervención judicial previa a la solicitud de la apertura del concurso por la cual se declare la condena del deudor o la confesión del mismo. Por el contrario, en la actualidad basta con la justificación de la existencia de la deuda por parte del solicitante de la declaración del concurso.

SEGUNDA: En cuanto a la competencia jurisdiccional, en Roma cabía la posibilidad de que el pretor delegue en un magistrado municipal el poder de conceder la *missio in bona* mientras que en la actualidad de ello se ocupará el juez concursal sin opción de delegación alguna, pues tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre todo lo que afecte al patrimonio del deudor. Otra diferencia la encontramos la competencia territorial, siendo en Roma la correspondiente al lugar del domicilio del deudor o donde se deba pagar el crédito (existen diversas teorías al respecto) mientras que en la actualidad será, no donde tenga el domicilio el deudor, si no dónde tenga éste el centro de sus intereses principales.

TERCERA: Se mantiene hasta la actualidad y con mucha importancia el principio Romano de *par conditum omnium creditores* enunciado por ULPiano, siendo nulos tanto en Roma como en la actualidad cualquier pago que se realice a alguno de los acreedores tras la declaración de concurso por considerar que modificaría la situación de igualdad de derechos de la totalidad de los acreedores.

CUARTA: Encontramos una gran diferencia en el modo en el que se lleva a cabo la administración y conservación del patrimonio del concursado. Mientras que en Roma se realizaba por los acreedores, y a través del *curator bonorum* (elegido por los acreedores) en las tareas que excedan de los poderes de los acreedores, en la actualidad esta función la tiene la administración concursal, ente totalmente ajeno a los acreedores.

QUINTA: Difieren también ambos concursos en la solución al mismo. En Roma el concurso finalizaba siempre con el pago de las deudas al acreedor, bien sea por el pago voluntario del deudor o bien a través de la ejecución forzosa, con la venta en subasta pública del patrimonio del deudor en la *bonorum venditio*, institución similar a la liquidación de la actualidad. Sin embargo hoy, además de la liquidación, se presenta el convenio como forma ideal de solucionar el concurso, entendido como el medio a través del cual se ven satisfechos en la medida de lo posible los intereses de los acreedores mediante un acuerdo entre estos y el deudor.

SEXTA: En Roma, el concurso finaliza cuando se produce la venta del patrimonio conjunto del deudor al licitante que se comprometa a pagar la mayor parte de la deuda. Sin embargo en la actualidad, en el caso de que el concurso se solucione a través de la liquidación, se procura que el conjunto de bienes y derechos de los que es titular el deudor se venda en conjunto, pero esta no es la única opción, pues también cabe la posibilidad, bastante practicada, de la venta por separada de estos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ANDOLINA, I., *I presupposti dell' esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab executione"*.
- ÁLVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones de Derecho Romano T. I Introducción histórica, conceptos fundamentales, hechos y negocios jurídicos*, EDERSA, 1973.
 - ÁLVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones de Derecho Romano T. II. Derecho procesal civil*, EDERSA, 1975.
- ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, AG, 72 (1904).
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La Liquidación*. Consejo General del Poder Judicial, 2004
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *"El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores"*, en *Las clases de la Ley Concursal*.
- BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, 3o edición, Universidad Sevilla, 2007.
- CARELLI, E., *Per una ipotesi sull'origine della "bonorum venditio"*.
- DERNBURG, A., *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1850.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, 4ª edición, Editorial universitaria Ramón Areces
- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9 edición, Universidad de Navarra, 1997.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso*.
- FRAGA MANDIÁN, A., *Conclusión y reapertura del concurso*, en *Practica de Tribunales*, Año I, Núm. 7, julio-agosto 2004.
- GADEA SOLER, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Dykinson, Madrid 2010.
- GOMEZ SANTA MARÍA, E., *Manual de Derecho romano que comprende la teoría de la Instituta precedida de una introducción al estudio de este derecho*, Imprenta de Don José María Alonso, Madrid, 1847.
- ILLESCAS RUS, A.V., *Derecho Concursal Práctico*.

- LAURIA, M. , *Iurisdictio, Studi in onore di P. Bonfante*, v.II, Milano 1930.
- LENEL, O. *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch Zu Seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig 1927.
- LONGO, G.E., *Esecuzione forzata (Diritto romano)*, Torino 1968.
- OLIVENCIA RUÍZ, M., *La nueva Ley Concursal*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- MURGA, J. L., *Derecho Romano clásico, II. El proceso*. 3ª edición, Secretariado de publicaciones Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1980.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Mª del P, *La bonorum venditio. Estudio sobre el derecho de acreedores en Derecho Romano clásico*. MIRA EDITORES, S.A., Madrid 2000.

-Aplicación del régimen de la “missio in bona” para la tutela de los derechos reales., Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No 18 2001.

- PEITEADO MARISCAL, P. *La declaración de concurso*. Madrid, 2005
- SERAFINI, E., *Della revoca degli atti fraudolenti*, v. I, Pisa.
- SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*. Vol I-IV. Napoli 1943.

In tema di bonorum venditio, IURA, 1955.

- TALAMANCA, M. , *La vendita all' incanto nel processo esecutivo romano, Studi in onore di P. DE FRANCISCI*, v. II, Milan 1956.
- VILATA MENADAS, S. *Manual breve de derecho concursal*, Práctica de derecho, 2009.

9.FUENTES

Legislación

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Ley de Enjuiciamiento Civil

Código Civil

Digesto

D.15.1.50.pr. (PAP.,1. IX quaest.)

D.27.10.15.1.

D.31.69.1. (PAP., 1.XIX quaest.)

D.39.2.15.20. (ULP., 1.LIII ad. ed.)

D.42.4.6. pr. (PAUL.1. LVII ad ed.)

D.42.4.7.14. (ULP., 1.LIX ad ed.)

D.42.4.14.2. (PAUL.,1. II quaest.)

D. 42.5.8 1-4 (ULP., 1.LXI ad ed.)

D. 42.5.6. Pr. (PAUL.,1. LVII ad ed.), D. 42.4.7.11 (ULP., LXI ad ed.)

D.42.5.12.pr. (PAUL.1.LIX ad ed.)

D.42.5.16 (GAI.,1. XXIV ad. Edictum provinciale)

D.42.7.2.pr.

D.42.8.4. (ULP., 1.LXI ad ed.).

D.42.8.6.7. (ULP.,1. LXVI ad. ed.)

D.50.16.54 (ULP.,1. LXII ad ed.)

Instituciones de Gayo

GAYO IV.12.

GAYO, IV.35.

GAYO, IV,48.

GAYO, 65-68.