

¿CUALQUIER ACREEDOR PUEDE SOLICITAR EL CONCURSO?

MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

PRÓLOGO DE JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA

CIVITAS



THOMSON REUTERS

ESTUDIOS
DE DERECHO
CONCURSAL

¿CUALQUIER ACREEDOR PUEDE SOLICITAR EL CONCURSO?

Primera Edición

(Autor)

MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Málaga

CIVITAS



Primera edición, 2014

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters
son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal)
Limited

© 2014 [Thomson Reuters (Legal) Limited / María Belén
González Fernández]
Editorial Civitas, SA
Camino de Galar, 15
31190, Cizur Menor
Teléfono: 902404047
Fax: 902400010
atencionclientes@thomsonreuters.com
www.thomsonreuters.es
Depósito Legal: 1364/2014
ISBN 978-84-470-4985-1

*A mi hija Lara, capitana al mando de mi contingente
personal*

Contenido

Prólogo. ¿Cualquier acreedor puede solicitar el concurso?

Introducción. ¿Cualquier acreedor puede solicitar el concurso?

Parte I. El acreedor como presupuesto del proceso concursal (MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ).

1. El acreedor como eje del proceso concursal

2. El acreedor como presupuesto subjetivo del concurso

3. El control de los presupuestos del concurso en la ley concursal

Parte II. El crédito que legitima al acreedor para solicitar la declaración del concurso (MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ).

1. Previsión legal respecto a las características del crédito que debe ostentar el acreedor

2. Características del crédito del acreedor instantáneo del concurso necesario

Parte III. Problemas de legitimación del acreedor que solicita el concurso (MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ).

1. Acreditación y vigencia de la condición de acreedor

2. Casos en los que resulta controvertida la legitimación del acreedor

Índice cronológico de Jurisprudencia.
¿Cualquier acreedor puede solicitar el concurso?

Bibliografía consultada. ¿Cualquier acreedor puede solicitar el concurso?

Prólogo

Juan Ignacio Peinado Gracia

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Málaga

I

El libro de Belén González Fernández que tiene usted en la mano es un libro importante. Léalo. O mejor, cómprelo primero y léalo porque le será de mucho provecho tanto en su formación como jurista como en encontrar un discurso sólido para enfrentarse a algunos de los problemas relevantes del procedimiento concursal.

Una de las decisiones más importantes que debe tomar el académico de cualquier ámbito del conocimiento es la elección del objeto de su propio trabajo. En ocasiones, dedicar la investigación a temas de moda supone hurtar al avance trascendentes ámbitos de conocimiento, dedicar la investigación a la glosa de la novedad amenaza al logro, especialmente fuera de las ciencias naturales, con la obsolescencia inmediata¹⁾. Esto último lo descubríamos estúpidamente maravillados cuando víctimas de soberbia juvenil y positivismo leíamos sorprendidos en la edad del estudiante, merced al Instituto de Estudios Políticos, el opúsculo de KIRSHMANN²⁾ en cuyo prefacio de Truyol encontrábamos la esperanza. En ella confiamos. De lo primero podrían ser particular ilustración los avances que los periodos bélicos suponen para la globalidad de las ciencias naturales y que, sin embargo, abandonan el esfuerzo intelectual y la inversión para otros campos, médico, por ejemplo, igualmente necesitados de la inventiva³⁾.

De ambas tentaciones intelectuales, moda y novismo, huye acertadamente la autora.

En el particular campo del Derecho concursal la glosa de la novedad y la moda vienen a coincidir gracias al esfuerzo constante del legislador en desmentirse a si mismo. Cuando esto se escribe aún está reciente el Real Decreto-Ley 4/2014⁴⁾ que dará lugar, en su tramitación como Proyecto de Ley a una nueva e ingente reforma concursal. Y mientras el FMI ya reclama de España una nueva reforma que minore los privilegios e inflexibilidad legal de los acreedores públicos en el concurso⁵⁾. El legislador parece en el ámbito concursal que ha aplicado el criterio de las ciencias experimentales de ensayo, fallo (*ceteris paribus*) y descarte, sin que acabemos de ver qué va sucediendo con las empresas concursadas que van desapareciendo víctimas de normas improvisadas e ineficaces⁶⁾.

Esta monografía, la tercera de la autora, es un estudio, básicamente, de situaciones en las que la legitimación de quien solicita la declaración de concurso de un deudor, como acreedor del mismo, resulta controvertida. De ahí su título. La autora se cuestiona la posibilidad de que determinados acreedores del deudor puedan pedir su concurso necesario. Es más, en el estudio de algunas de esas situaciones acaba por poner en duda en más de una ocasión, no ya la legitimación, sino la propia condición de acreedor de quien a priori podría parecerlo y se postula como tal. De la misma forma, indaga sobre la posibilidad de que un acreedor solicite el concurso cuando la regla que le resulta aplicable es la de la *suspensión* de su legitimación, tal como la propia autora califica los supuestos contemplados en el artículo 15.3 LCon.

II

La autora, la Dr^a González Fernández, otrora discípula hoy aventajada compañera en la Universidad de Málaga, fue captada para la Universidad por el Prof. Pérez de la Cruz, mi maestro, y formada en sus inicios por el profesor Auriolés Martín, quien le dirigió la tesis doctoral. Ambos hoy han desaparecido, dejándonos un hueco importante en lo profesional, que con ser relevante no es lo más importante. Mucho más modestamente, por mi parte, conocí a la autora hace tantos años que la caballerosidad me impide recordárselo y la caridad recordármelo. El dato biográfico no sería importante si no fuera porque las obras de esta enjundia, siempre y todo, como los hijos, se parecen a los padres, incluso más de lo que unos y otros quisieran.

La autora es una bella persona, equilibrada, que desde que la conocí, casi en su infancia, ha tenido muchos de los rasgos que hoy la caracterizan y están también inmanentes en su trabajo: pundonor, donosura, perseverancia, espíritu crítico, honradez, una a veces enojosa incapacidad para faltar a la verdad, autoexigencia. Este libro, como la autora, no tiene ni una palabra de más, huye del adorno como vanidad, como banal complemento que oculta un discurso serio, riguroso y exigente.

III

Adentrémonos en la obra. Para llegar al estudio de aquellas situaciones conflictivas la autora parte de un peculiar análisis de la figura del acreedor como presupuesto del concurso. Es cierto que cuando se exponen esos presupuestos en los primeros artículos de la LCon. no se menciona al acreedor. Los presupuestos a los que se

refieren los artículos 1 y 2 LCon. son únicamente el deudor y la situación de insolvencia en la que el mismo ha de encontrarse. Sin embargo, no le falta razón a la autora cuando incluye también entre ellos al acreedor. Desde cualquiera de las perspectivas desde la que lo contemplemos, la intervención de un acreedor real, que además exista en compañía de otros, debe considerarse imprescindible para que el concurso llegue a ser declarado.

IV

La posición del acreedor en el procedimiento concursal, en los momentos iniciales de ese procedimiento, no ha tenido en nuestra opinión un adecuado tratamiento por la doctrina hasta esta obra que ahora prologamos. Más modestamente, tuvimos ocasión de ocuparnos de la posición y función del acreedor, tanto como presupuesto del concurso, como legitimado para su solicitud ⁷⁾. Como decía, nos parece que esta obra era necesaria. La doctrina se ha preocupado con profusión de la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso y, sin embargo, poco se ha trabajado sobre los problemas de legitimación para el ejercicio de la acción que lleva a la solicitud de concurso.

El concursal es esencialmente un procedimiento. La ley se nos presenta como de unidad de procedimiento, esto es, unidad del mismo conjunto de actuaciones. Hablamos de «procedimiento concursal». En referencia a un procedimiento es necesario referir a sujetos con legitimación activa y sujetos con legitimación pasiva. Los sujetos con legitimación activa están limitados por la Ley Concursal, que se refiere al propio deudor y a los acreedores ⁸⁾; respecto de los sujetos con legitimación pasiva, la Ley Concursal no lo dice expresamente, pero por

el artículo 1 sabemos quiénes tienen la legitimación pasiva. Presupuestos procesales del procedimiento son así: sujeto activo, sujeto pasivo, acción y jurisdicción.

Ahora bien, nadie tiene un derecho al procedimiento, no existe un derecho subjetivo al procedimiento, lo que tenemos es una acción. La acción o, si se quiere, la acción afirmada mediante la pretensión (en términos procesales) desencadena el procedimiento. Los titulares de la acción son los que en el procedimiento llamamos legitimados activos. La legitimación es un presupuesto de la acción. El procedimiento puede en ocasiones iniciarse conociendo la titularidad activa pero desconociendo la parte pasiva. La dificultad de cuanto decimos de cara a la apertura del procedimiento concursal es que siendo la legitimación un presupuesto de la acción, no se resuelve *in limine litis*.

La acción (que es un término que usamos mucho y con significados variados) va encaminada a un fin: hablamos de acción declarativa (que declara un derecho, su titularidad o extensión) o ejecutiva; la correspondencia con un procedimiento no es absoluta pero sí bastante: hablamos de acciones declarativas y procedimientos declarativos. Y la acción, a su vez, procede de un derecho subjetivo, por tal, la acción es anterior al propio procedimiento. Puede haber derechos sin acción (los derechos morales), pero no es concebible una acción sin derecho⁹, porque la acción es el instrumento por el que el titular de un derecho puede recabar la fuerza del Estado para hacerlo efectivo. De esta forma, el derecho preexiste a la acción. La acción procede del derecho por lo que el derecho siempre precede a la acción. Debemos evitar la impresión de que se solapan.

Nos quedamos así con una noción muy tradicional de acción que no es sino el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe. La utilización de la palabra «derecho»

creo que no debe confundirnos: el derecho y la acción tienen fuentes y orígenes distintos, por más que la acción fortalezca el derecho. La acción se adhiere al derecho preexistente porque la ley así lo decide.

Y la acción que abre el procedimiento concursal ¿de qué derecho proviene? *Prima facie* podemos decir que de un derecho de crédito o, si avanzamos más, de una pluralidad de derechos de crédito. ¿Cuáles son las partes del derecho de crédito? Acreedor y deudor. ¿Podría no existir el Derecho concursal? Por supuesto, en mi opinión ¹⁰). El acreedor podría tener su derecho de crédito frente al deudor y, ante el incumplimiento regular de éste, recabar el poder coactivo del Estado, que se sustanciaría bien por un procedimiento declarativo (cuando no existieran seguridades o presunciones sobre el derecho de crédito) o por un procedimiento ejecutivo (cuando existiera seguridad —por ejemplo por sentencia declarativa previa— o presunciones —monitorios— de ese derecho de crédito), o bien en un procedimiento de naturaleza mixta declarativa y ejecutiva, como es el concursal ¹¹).

El problema se plantea en sede de concurso necesario (art. 22 LCon.), que es donde se centra el trabajo de la Dr^a González Fernández. En este caso, la acción concursal la ejercita su titular, el acreedor, acción que proviene del acto o negocio extra concursal en virtud del cual el acreedor es acreedor por tener un derecho de crédito contra el deudor que, precisamente por esa razón, es deudor. La cuestión es, pues, determinar el modo en el que este requisito procesal de la acción es verificado en el procedimiento concursal.

La solicitud del concurso exige del acreedor instante (art. 7.1 LCon.) que acredite su condición de acreedor, además de la situación de insolvencia. Expresamente el precepto señala:

«El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo».

Como es obvio, el concurso puede ser solicitado por un acreedor sin que tenga noticia el deudor, por lo que la norma impone que se le dé traslado para que tome conocimiento de los autos y formule, en su caso, oposición (art. 15.1 LCon.). La oposición del deudor tiene tasados sus motivos (art. 18.2 LCon.), pudiendo basarse exclusivamente en:

«... la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho».

El precepto se refiere al hecho, lo que supone, en nuestra opinión, tanto el de la existencia del crédito del que deviene la acción del acreedor instante, como el de su propia solvencia. En la vista subsiguiente a la oposición puede ponerse en evidencia que en el instante no concurre la condición de acreedor (art. 19.4 LCon.), debiéndose, en tal caso, rechazar la solicitud del concurso, a no ser que se trate de los otros sujetos legitimados para solicitar el concurso y que carecen de la condición de deudor o de acreedor¹²⁾.

V

La posición del acreedor en el procedimiento concursal está definida también por la propia finalidad que se asigna al concurso. Aun a pesar de su convivencia con otras, el objetivo, de conseguir la mayor y mejor satisfacción de los acreedores, no deja de ser esa finalidad principal. Obviamente, el sujeto protegido por el procedimiento concursal es el conjunto de la posición acreedora, interés que puede no ser coincidente con el de un acreedor concreto. El esfuerzo del legislador es intentar solventar ese conflicto a favor del conjunto acreedor generando incentivos al comportamiento individual del conjunto¹³⁾. El concurso sirve al deudor, pero fundamentalmente debe servir a los acreedores y, por tanto, estando orientado a éstos y siendo posible que ellos lo insten, la condición real de acreedor, de quien lo pide, resultará un presupuesto fundamental. También lo es desde la observación de la relación de crédito que, en definitiva, sustenta la apertura del procedimiento concursal, pues la posibilidad de solicitar el concurso, la acción concursal, en definitiva, es precisamente una de las facultades que se derivan de la titularidad de la posición acreedora en esa relación de crédito. En última instancia, también el acreedor es requisito esencial del concurso desde la propia concepción del deudor como presupuesto subjetivo del mismo. Acreedor y deudor, en palabras de la autora, no dejan de ser *anverso y reverso de la misma moneda*. De igual forma, por su inclusión en el artículo 3.1 LCon., entre los sujetos legitimados para pedir el concurso, el acreedor y su efectiva condición de tal son parte del que tradicionalmente se venía calificando como presupuesto formal del concurso y que venía constituido por la declaración judicial realizada a instancia de parte.

La importancia esencial del acreedor, en la relación jurídico-procesal derivada de la acción que inicia el procedimiento, queda, pues, clara y así es sostenida con habilidad y exactitud por la Dr^a González Fernández. Desde ahí desarrolla su trabajo incidiendo en los casos difíciles. Sin embargo, antes de avanzar en la obra que prologamos permítasenos un brevísimo excurso.

Entre el concurso voluntario y el concurso necesario subyace un problema de asimetría informativa a favor del deudor y una cuestión de comportamiento depredador del acreedor que tiene la información sobre la situación de insolvencia presente o inminente del deudor. Son ambas explicaciones plausibles pero quizás no deban descartarse, a priori, otras como, por ejemplo, que el concurso sea más bien un instrumento táctico del deudor más que del acreedor. Una ocasión en la que el deudor ve la posibilidad de forzar la colaboración del conjunto de sus acreedores (al menos los ordinarios y los subordinados) amenazados por haber convertido su deuda en moneda de concurso.

La información estadística nos muestra una situación interesante. Así, para el primer trimestre de 2014, de los 2090 concursos declarados en el periodo tan sólo 145 fueron necesarios (un 6,93%) ¹⁴.

Los resultados no distan mucho de ejercicios anteriores, la media en el periodo 2013-2008 fue un 5,52% de concursos necesarios del total. Véase la siguiente tabla ¹⁵:

Año	Total de concursos	Concursos necesarios
2013	9660	456 (4,72%)
2012	9071	561 (6,18%)
2011	6863	387 (5,63%)
2010	5962	312 (5,23%)

2009	6197	317 (5,11%)
2008	3298	208 (6,30%)

VII

La declaración del concurso supone un cambio importante en las expectativas del deudor y acreedores, sólo justificado por la situación de insolvencia declarada ante la presencia de todos los elementos subjetivos, objetivos y formales que el legislador requiere. El concurso tiene efectos negativos tanto para el deudor (daño reputacional con efecto inmediato sobre su crédito, afectación de sus facultades gerenciales sobre el patrimonio propio) como para otros acreedores: efectos sobre los intereses, integración en la masa pasiva, ineficacia de los convenios arbitrales, imposibilidad de ejecuciones aisladas, paralización de la ejecución de garantías reales, prohibición de compensación, incertidumbre sobre la validez de negocios en periodo sospechoso, desincentivo a otros acreedores a los que se priva de la posibilidad de solicitar el concurso para privilegiar su crédito¹⁶⁾. Es así necesario un riguroso control de los presupuestos del concurso en general y, por lo que nos ocupa en esta obra, de la condición de acreedor instante legitimado en el concurso necesario.

Siendo el acreedor un presupuesto del concurso, un elemento esencial, que debe estar presente para que el concurso sea declarado, resulta fundamental que el juez proceda a su comprobación antes de la correspondiente declaración. Y, en este punto, encuentra la autora el primer escollo. El procedimiento previo de declaración del concurso, quizás guiado por el machadiano aserto sobre Agamenón y su porquero, más preocupado por la

constatación de la situación de insolvencia, no parece contemplar de forma expresa un momento procesal para ello. Sin embargo, en opinión de la Dr^a. González Fernández, esto no debe ser óbice para que dicha comprobación se realice y, en todo caso, justificaría una interpretación amplia de los motivos de oposición que parecen permitirse al deudor que se resiste en fase de contradicción a ser declarado en concurso necesario (art. 18.2 LCon.).

La constatación por el juez de la condición real de acreedor de quien solicita el concurso exigiría, no sólo una comprobación meramente formal de que el instante ha presentado toda la documentación necesaria junto con su solicitud (como en más de un caso se ha limitado a hacer el órgano jurisdiccional correspondiente) sino, además, una verificación de que de esa documentación se deriva la existencia de un crédito real contra el deudor cuya titularidad corresponde al solicitante del concurso. Si dicha verificación resultase negativa, la solicitud no debería ser admitida a trámite. Es verdad que en muchos casos no podrá obtenerse, en estos momentos previos, una prueba plena de la existencia de ese crédito, pero sí debe perseguirse la mayor certeza posible en relación a la misma.

VIII

En cuanto a los motivos de oposición que el deudor puede esgrimir en la vista, a la que se le emplaza cuando se tramita la declaración del concurso necesario (que literalmente son *la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud* o la no concurrencia del *estado de insolvencia*), la autora se manifiesta claramente a favor de

que no sean considerados unos motivos tasados que excluyan la negación de la condición de acreedor de quien insta el concurso y, por tanto, la negación de su legitimación activa. Aunque, a la vez, sólo eso, es decir, el juez debe entrar en este momento, en su opinión y, a pesar de tratarse de una cuestión de fondo, en comprobar la existencia o no del crédito y la titularidad de quien supuestamente lo ostenta, cuando tales circunstancias son cuestionadas por el deudor, pues de ello debe depender que el concurso sea declarado o no. Con razón, acaba Belén González afirmando que lo que resulta innegable es la condición de presupuesto del *procedimiento de declaración* que tiene el acreedor. Pero el motivo de oposición, en este sentido, y las facultades del juez se acaban ahí, sin que en consecuencia deba existir pronunciamiento judicial, en este momento, sobre la extensión, las características o la calificación concursal de ese crédito, cuya determinación será una tarea posterior a realizar por la administración concursal si el concurso se declara.

IX

La referencia a quiénes están legitimados, para solicitar el concurso en el artículo 3 LCon., constituye una regla restringida o excluyente de la legitimación de cualquier sujeto no incluido en la misma. Pero, al mismo tiempo y, en el caso de los acreedores, nos encontramos con un supuesto de legitimación amplia, al menos *a priori*, pues para solicitar el concurso del deudor está legitimado *cualquiera de sus acreedores*. ¿Quiere esto decir que siendo acreedor, el instante, las circunstancias o características particulares del crédito que ostente no debieran incidir sobre la posibilidad de que el concurso sea declarado a su instancia?

Así, la autora analiza cuestiones tales como el origen del crédito, su objeto, su vencimiento, liquidez y exigibilidad, su cuantía, la vinculación que tenga con el hecho que ha permitido presumir la insolvencia y la concurrencia con él de los créditos de otros acreedores. Respecto a ninguna de ellas, la LCon. establece condición alguna y la autora, apoyándose en la jurisprudencia, llega a interesantes conclusiones en todos los casos. Una a una, va desgranando cada una de esas características proponiendo soluciones para los que podríamos llamar «casos difíciles» como podrían ser los de cuantía ínfima del crédito o los de falta de coincidencia entre el contenido del crédito del acreedor instante y las obligaciones que no pueden ser atendidas por el deudor y con base en las cuales se ha fundamentado la solicitud del concurso.

Algunos de estos casos pueden encontrar solución indirecta en algún precepto de la propia LCon., otros no. Quizás sería lógico pensar, por ejemplo, que el crédito de quien solicita el concurso de su deudor debiera estar vencido e impagado cuando se presenta la solicitud, pero ello no es necesario, puede deducirse del artículo 19.2 LCon. (que prevé la consignación por parte del deudor para el *caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido*). La tarea a partir de ahí será compatibilizar con esa falta de vencimiento la situación de insolvencia actual que se requiere en el deudor para que pueda ser declarado en concurso necesario. Otro caso: el crédito del acreedor instante puede haber nacido de cualquier fuente generadora de obligaciones, haberse adquirido en función de cualquier título e, incluso, contar con cualquier tipo de garantía. Aunque en determinados casos será más difícil concretar el contenido de lo debido por el deudor y valorarlo económicamente —como requieren reglas como las contenidas en los artículos 88 ó 146 LCon.—, la prestación debida por aquél puede ser de cualquier tipo

(art. 1088 CC), estudiándose en este completo trabajo el complicado caso de los acreedores de una conducta negativa, de un no hacer, por parte del deudor, puesto que también en esto puede consistir su obligación, y ningún impedimento pone a ello la LCon. La regla de partida es siempre la misma: no prohibir donde la ley no prohíbe o no exigir donde la ley no exige, salvo en un caso, el de la concurrencia del crédito del acreedor instante con los de otros acreedores, circunstancia —ésta sí— elevada por la doctrina y la jurisprudencia, casi unánimemente, a la categoría de presupuesto del concurso, como recuerda la autora.

X

El único caso, en el que de forma expresa la LCon. se refiere a las características del crédito del acreedor instante, como determinantes de su falta de legitimación, lo constituye el crédito adquirido en los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de concurso, por actos inter vivos y a título singular, y estando ya vencido (art. 3.2 LCon.). Se trata de una situación en la que el legislador ha decidido excluir al acreedor en cuestión de la posibilidad de solicitar el concurso de su deudor, probablemente, presumiendo y proscribiendo así la búsqueda intencionada o programada del concurso, pero que, en ningún caso permite poner en tela de juicio la condición efectiva del acreedor como tal. Esta regla, que excepciona con carácter absoluto la legitimación del acreedor no ha sido objeto de controversia ¹⁷⁾. Sin embargo, es también analizada en este trabajo, deteniéndose la autora en la eventual convivencia entre un crédito de estas características y otros créditos, que pudiera también ostentar el mismo acreedor instante y en las consecuencias que de ello se derivarían si con base

en esos otros créditos se admitiese la solicitud y se declarase el concurso a efectos, fundamentalmente, del tratamiento privilegiado que podría recibir el acreedor instante en el concurso.

XI

Pero como decíamos al principio, el objetivo fundamental de la Dr^a González Fernández es realizar un análisis de situaciones conflictivas derivadas de relaciones obligacionales que pueden hacer pensar en la existencia de una posición deudora y otra acreedora. Las particulares circunstancias que en las mismas se presentan la llevan a concluir, en gran parte de las ocasiones, que tales posiciones no existen y, si las hubiere, a cuestionar la legitimación del titular del crédito en el sentido de que merezca la tutela concursal, como parece no ocurrirles a los acreedores del artículo 3.2 LCon. A ello dedica la parte más extensa de su trabajo.

El estudio de los casos difíciles podría haberse hecho simplemente acudiendo a la casuística jurisprudencial. Habría sido, por ello, un trabajo de interés donde más allá de la lectura crítica que se hiciera, el principal valor añadido habría sido la taxonomía de problemas. Los supuestos a estudio podrían haber sido innumerables. A modo de ejemplo, podríamos pensar en supuestos concernientes a la propia legitimación de quien ejerce la acción por su relación con el crédito, así la administración concursal de la sociedad dominante respecto de los créditos de ésta contra la dominada [Auto AP Barcelona (Sección 15^a) 17 de marzo de 2008]; titulares de créditos cuya existencia es cuestionable, así titulares de créditos posiblemente prescritos [AAP Barcelona (sección 15^a) de

15 de noviembre de 2007], créditos objeto de litigio pero de existencia no controvertida [AAP Lleida (sección 2ª) de 21 de mayo de 2009 o AAP Alicante (Sección 8ª) de 2 de mayo de 2012)], créditos en sentencia no firme [AAP Madrid (Sección 28ª) de 4 de mayo de 2012], créditos extinguidos [AAP Barcelona (Sección 15ª) de 27 de abril de 2009], créditos controvertidos derivados de contratos bilaterales resueltos [AJM núm.1 de La Coruña de 13 de julio de 2005], créditos por contratos dudosos [AAP Sevilla (Sección 5ª) de 16 de febrero de 2012], o créditos no contractuales derivados de responsabilidad patrimonial no declarada [AAP Baleares (Sección 5ª) de 26 de octubre de 2012]. Otro grupo de casos atendidos por la jurisprudencia se refieren a supuestos de subrogación o afines en la acción. Así cabe discutir, si continúa siendo acreedor quien ha recibido ya pagos derivados de un seguro de crédito [AAP Murcia de 31 de mayo de 2005], el fiador que no ha pagado la deuda garantizada [AAP Lleida (Sección 2ª) de 17 de abril de 2009], el fiador solidario que ha satisfecho la deuda al acreedor inicial [AAP Zaragoza (Sección 5ª) de 28 de enero de 2011], los ex administradores condenados a responder de las deudas sociales que tras abonarlas pretenden el concurso necesario de su sociedad [Auto JM-1 Vizcaya (Bilbao) de 27 de enero de 2005], el contratista pese a que el subcontratista haya instado la acción directa *ex art 1597 CC*, en tanto no se haya pagado el crédito [AAP Barcelona (Sección 15ª) de 19 de junio de 2009]; o casos basados en la prueba de la titularidad del crédito por no acompañar los documentos cambiarios en los que basa su legitimación [AAP Barcelona (Sección 15ª) de 4 de mayo de 2011]; o la misma calificación del crédito como concursal, así por ejemplo, el comprador que ha entregado cantidades a cuenta en un contrato no resuelto [como el contemplado en el AJM-1 Málaga de 5 de febrero de 2009] con el que estamos en completo desacuerdo. Como puede verse sólo es un elenco a título de ilustración de lo que podría haber

sido un tratamiento a modo de prontuario del que la Dr^a González Fernández con tanto acierto como exigencia ha huido.

XII

Esa no ha sido la opción, como hemos apuntado, de la autora. Como criterio aglutinador de esas situaciones se utilizan las categorías que el legislador concursal ha creado relativas a los créditos *condicionales* y *contingentes* (art. 87 LCon.), lo cual facilita en gran medida un tratamiento sistemático de las mismas, al tiempo que permite al lector la extrapolación de sus conclusiones a otros supuestos pero de las mismas categorías que los estudiados. La justificación de este recurso se encuentra en que se trata de categorías de créditos que son reconocidos y tratados de manera especial en el concurso, precisamente por tratarse de acreedores cuya condición de tal resulta controvertida o lo resultan sus facultades. Son créditos sometidos a condición resolutoria, a condición suspensiva, litigiosos o vinculados con otros por una relación de garantía. De ese reconocimiento y tratamiento especial al que hacemos referencia se derivan restricciones para ellos, que les son impuestas en las distintas fases del concurso, pero entre las que el legislador no ha contemplado la posibilidad, o no, de instar la apertura del procedimiento.

La tarea principal que a partir de ahí emprende la Dr^a González Fernández consiste en revisar todos aquellos casos de créditos que, fundamentalmente en las resoluciones judiciales y haciendo un exhaustivo análisis de las mismas, se han encuadrado en alguna de esas categorías, revisando de paso dicho encuadramiento, pues no siempre lo considera correcto. A continuación, en

función de los resultados que de ese análisis obtiene, se pronuncia en relación a la posibilidad de que se tramite un concurso instado por alguno de estos acreedores.

XIII

En el primero de los casos, en el que se detiene, siguiendo la terminología y el orden de la LCon., es el de los créditos *condicionales* (arts. 87.1 y 87.2, primer párrafo, LCon.). Entre ellos, los sometidos convencionalmente por las partes a condición resolutoria y, también, aquellos otros que ostenta la Administración Pública y que el propio legislador, por la particular ordenación de estos créditos en nuestro ordenamiento —a partir del principio de validez de los actos administrativos de los que derivarán (art. 57 LPA)—, asimila a los primeros al hallarse pendientes de la resolución de algún recurso en vía administrativa o jurisdiccional. Es decir, créditos respecto de los que su titular puede perder la condición de acreedor en algún momento del procedimiento o confirmarla definitivamente.

La previsión legal respecto a los mismos consiste en reconocer a sus titulares plenamente como acreedores, cuando tiene lugar el inicio del procedimiento concursal con la posibilidad de dejar sin efecto lo realizado por ellos *con trascendencia en el concurso*, en caso de que durante su tramitación se cumpla la condición pactada o se resuelva el procedimiento en cuestión en contra de la Administración.

El legislador concursal ha sido respetuoso en este punto con lo que nuestro Derecho común establece, pues, conforme al artículo 1.113 CC, las obligaciones que contengan condiciones resolutorias serán plenamente

exigibles o, lo que es lo mismo, al acreedor cuyo crédito penda de una condición resolutoria le asistirán las mismas facultades que a un acreedor ordinario. Así pues, correspondiéndole al acreedor condicional, de entrada, todas las facultades propias del titular de un crédito, entre las que se encuentra —como la autora había concluido en la primera parte del trabajo— la de solicitar el concurso de su deudor, no estaría justificado negarle a estos acreedores la correspondiente legitimación cuando, además, concurren el resto de presupuestos necesarios, como la existencia de otros acreedores y la condición de insolvente del deudor. Ahora bien, la posibilidad, también prevista en la LCon., de anular lo realizado por estos acreedores, si dejan de serlo estando en trámite el concurso, plantea una cuestión de consecuencias imprevisibles, cual es saber si entre esas actuaciones anulables debería incluirse la propia solicitud de concurso.

A todas luces parece esa una decisión descabellada, pero es cierto que el legislador no especifica, ni aclara, cuáles serán esas actuaciones anulables y que únicamente afirma que las que lo sean serán a consecuencia de haber sido decisivas para el concurso. Como señala la Dra. González Fernández, no puede negarse que la solicitud del concurso es, obviamente, una actuación *del todo decisiva* para el devenir de éste. Sin embargo, creemos con ella que de las actuaciones susceptibles de ser anuladas debe realizarse una interpretación restrictiva, atendiendo a las pésimas consecuencias que, de una interpretación en otro sentido, podrían derivarse para todos los implicados: para el resto de acreedores, para el deudor y para el propio procedimiento.

La interpretación que propone la autora, acertadamente en nuestra opinión, consiste en considerar anulables las actuaciones decisivas del acreedor condicional realizadas

en el concurso y, por tanto, que han tenido lugar después de la declaración del mismo. Antes de tal declaración, afirma, no hay concurso. De esa forma, los efectos retroactivos del cumplimiento de la condición, o la terminación del procedimiento en cuestión, no podrán alcanzar a esa declaración. No obstante, da un paso más añadiendo que, en realidad, ni siquiera debieran admitirse esos efectos retroactivos —que ya de por sí dependen como regla de la instancia de parte—, de forma tal que lo anulable fuese, únicamente, lo realizado por el acreedor desde que deja de serlo en adelante, cuando ya, al haber perdido esa condición, no debería haber seguido participando en el concurso. Con ello cobra, además, sentido la referencia a la posible responsabilidad en que pudiera incurrir el acreedor condicional (art. 87.1 LCon.).

XIV

Tras esto, la autora se detiene en los créditos *contingentes*. En este caso, la configuración de los créditos es justo la contraria. Se trata de acreedores que por muy diversas circunstancias están pendientes de su confirmación como tales acreedores. Es necesario que se materialice una condición que los mantiene en suspenso, que se resuelva un litigio que los reconozca o que se realice la excusión de los bienes de un deudor principal o, tratándose de créditos públicos, cuando los mismos están pendientes de determinación por un procedimiento de comprobación o inspección o de la jurisdicción penal (arts. 87.2 segundo párrafo, 87.3 y 87.5 LCon.).

Éste, como señala González Fernández, es el gran cajón de sastre que han encontrado los administradores concursales y la propia jurisprudencia para incorporar al concurso

créditos, o a veces sólo intereses, que no debieran quedar fuera del concurso, pero que no pueden considerarse del todo como créditos plenamente eficaces. La fórmula para ello ha sido realizar una interpretación, lo más amplia posible, de la condición suspensiva a la que se refiere el artículo 87.3 LCon. Caben así en esta categoría no sólo créditos sometidos convencionalmente a esta condición suspensiva, sino también todos aquellos en los que está por confirmar cualquier circunstancia, desde su cuantía hasta su propia existencia. De esta forma, el hecho de que en la mayoría de los casos exista realmente dificultad para calificar a sus titulares como acreedores, en el estricto sentido del término, es lo que pone en cuestión que puedan pedir el concurso.

XV

En la obra que prologamos se analiza, así, el caso de los contratos de contenido variable, en los que lo debido por una de las partes estaría en función de que acontecieran unas u otras eventualidades. La contingencia del crédito que de los mismos se deriva residiría no en la incertidumbre sobre su existencia y eficacia sino en el contenido de los derechos que podría generar para las partes.

Se estudia, también, el caso del crédito del comprador de una vivienda, por el reembolso de las cantidades entregadas a cuenta, cuando al tiempo de la declaración del concurso no ha tenido lugar la resolución del contrato de compraventa. Inicialmente, en las primeras decisiones judiciales que se enfrentaron a la crisis de las empresas inmobiliarias, el tratamiento de los compradores como acreedores contingentes —por la consideración de que la

resolución del contrato podía funcionar como condición suspensiva del crédito por la restitución de lo entregado—parecía el vehículo para su mejor tutela puesto que, en sí, de lo que en todo caso llegarían a ser acreedores era de una prestación, la entrega de la vivienda, que aún no podían exigir y que difícilmente iban a conseguir. Sin embargo, la autora se manifiesta, y lo compartimos¹⁸⁾, a favor de la consideración de estos compradores como acreedores contra la masa cuando la resolución se produzca, no contingentes al inicio del concurso, por aplicación de los artículos 62.1 y 62.4 LCon. y con el refuerzo que suponen las manifestaciones más recientes de nuestro Tribunal Supremo, en relación con la resolución de contratos sinalagmáticos, por incumplimiento una vez declarado el concurso, en la línea de la modernización nacional y europea del derecho de los contratos.

XVI

En más de una ocasión se ha incluido también en esta categoría de créditos contingentes, como recoge la autora, el que ostenta un acreedor cuyo crédito ha sido garantizado personalmente por un tercero contra ese precisamente que lo afianzó de forma solidaria y sin excusión y que después es declarado en concurso. La contingencia, en tal caso, no se hace derivar de la necesidad de hacer excusión de los bienes de un deudor principal (art. 87.5 LCon.), puesto que como decimos se trata del caso en el que ese beneficio ha sido convencionalmente excluido, sino de entender que tal renuncia, sin que exista, además, un pacto de *solidaridad plena* no excluye la subsidiariedad que es propia de la fianza. De esa forma, el crédito contra ese fiador se entiende sometido a la condición suspensiva que