

TRIBUNAL DE INSTANCIA MERCANTIL

ACUERDO 1/2019

La regulación de la conclusión del concurso de acreedores por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis LC) ha generado importantes problemas interpretativos. El TIMS adopta el siguiente acuerdo en aras a intentar disipar los efectos de tales dudas en el desarrollo del procedimiento concursal.

1. El art. 176 bis LC permite distinguir dos momentos:

A) Cuando conste al AC que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, momento en que el AC debe hacer una COMUNICACIÓN inmediata al juez del concurso.

En este momento no es necesario afirmar que no son previsibles acciones de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable. Este requisito ha de darse al momento de la presentación del informe final justificativo.

Entendemos que el sentido del cambio en el orden de pagos que supone el art. 176 bis LC radica en la voluntad del legislador de una especial protección hacia determinados créditos lo que se traduce en el orden de pagos del art. 176 bis 2 LC. Ante una previsible insuficiencia de pago, la LC da preferencia a unos pagos sobre otros. Los requisitos de la ausencia de previsibilidad de acciones de impugnación, de responsabilidad de terceros y de la calificación del concurso como culpable son requisitos para el cierre del concurso, pero el nuevo orden de pago deriva exclusivamente de la insuficiencia de bienes y de la voluntad legal de mayor protección de unos pagos sobre otros.

B) El segundo momento de esta forma de conclusión, tendrá lugar una vez se haya distribuido por la Ac la masa activa”, momento en que la Ac debe presentar al juez del concurso un INFORME JUSTIFICATIVO.

El contenido de este informe justificativo según la LC debe ser el siguiente:

a) De modo expreso la LC exige que se afirmará y razonará inexcusablemente por la AC que el concurso no será calificado como culpable y no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa.

b) De modo tácito, teniendo en cuenta el momento temporal en que se debe presentar este informe (“Una vez se haya distribuido la masa activa”), la AC debe manifestar que ha concluido la liquidación de los bienes del deudor que no sean legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal. Hasta ese momento, no debe presentarse este informe final justificativo. Además de finiquitar todas las operaciones de liquidación de bienes, deben resolverse previamente a la presentación del informe todas las posibles contingencias pendientes, como pudieran ser la resolución de contratos todavía en vigor, y todas las operaciones de pago a los acreedores, debiendo utilizar en cuanto a estos, si fueran desconocidos o no aceptaran el pago, el expediente de consignación de pagos (art. 1.176 del Código Civil y ss.). La declaración de conclusión supondrá el cese de la AC y, por tanto, su falta de legitimación para continuar con las actuaciones que deben afirmarse que están finiquitadas al presentar el informe final justificativo (Ilma AP Sevilla, Sección 5ª, en Sentencias de 17/5/17, Rollo 10644/16-M y 3/7/17, Rollo Nº 246.17).

2. En cuanto al requisito de que el concurso no será calificado como culpable, debe entenderse que resulta obligado abrir la sección 6ª cuando haya indicios de calificación culpable pese a que se haya investigado el patrimonio de los posibles afectados y éste sea inexistente. Como ha señalado la Ilma. AP de Sevilla (Sección 5ª) entre otras en S. de 28/9/2017 (2405/2017) *"en la calificación del concurso concurre un interés público en que se determinen las causas del mismo a los efectos previstos en los artículos 172 y 172 bis de la Ley Concursal. Estos preceptos no sólo contemplan la posible responsabilidad patrimonial de los administradores y otras personas afectadas, sino que establecen también medidas dirigidas a impedir que el administrador que ha incurrido en conductas irresponsables pueda reincidir en un futuro próximo en conductas similares, llevando a patrimonios ajenos a una situación de insolvencia, por lo que constituye un deber legal de inexcusable cumplimiento tanto para el Juez del Concurso como para la Administración Concursal tramitar la sección sexta aún cuando haya insuficiencia de bienes de la concursada y de los posibles responsables, incluso cuando no haya bienes, siempre que existan motivos fundados para pensar que el concurso puede ser culpable, como ocurre en el caso de autos según razona el propio Administrador Concursal."*

Por ello, tanto si del informe del art. 75 LC o del informe final justificativo resultan indicios de calificación culpable, no procederá la conclusión del concurso.

3. Por lo que respecta al modo en el que deben realizarse los bienes y derechos del deudor tras la COMUNICACIÓN de la insuficiencia, podemos distinguir dos situaciones:

La primera, si ésta se realiza una vez aprobado judicialmente el plan de liquidación, en cuyo caso, habrá de estarse a lo que se haya establecido en el mismo.

Y, la segunda, si aún no se ha producido tal aprobación, en cuyo caso, regirán las previsiones contenidas en el artículo 43 de la Ley Concursal, de modo que, cuando la administración concursal haya de solicitar autorización judicial, deberá acudir al trámite previsto en el artículo 188 de la citada norma.

4. Somos conscientes de las dudas que genera el orden de pagos de los créditos contra la masa, sean conforme al criterio del vencimiento del art. 84 LC o del criterio ontológico del art. 176 bis LC, y que la desaprobación de la rendición de cuentas lleva consigo el efecto legal de la inhabilitación temporal del AC para ser nombrados en otros concurso durante un periodo de 6 meses a 2 años.

Por ello, y aunque la LC no lo contemple, parece razonable buscar algún mecanismo que dote de seguridad jurídica tanto a la AC como a los acreedores contra la masa, de manera que la primera pueda realizar los pagos sin el temor de que un mero error pueda comportar la desaprobación de las cuentas y los últimos puedan evitar la postergación indebida de sus créditos.

Sobre esta base, consideramos oportuno atender al mecanismo establecido por el Tribunal Supremo para la determinación de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación (véanse, entre otras las sentencias de 390/2016, de 8 de junio y 226/2017, de 6 de abril, entre otras), de modo que cuando la AC haya de acudir al cauce procedimental del artículo 188.2 de la LC, además de identificar “con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe” (Sentencia del Tribunal Supremo 390/2016), debería identificar con igual precisión los créditos contra la masa, señalando el ordinal concreto del apartado segundo del artículo 176 bis de la LC en el que los ubica y, por tanto, revelando el orden de pagos que efectuará.

Recibido el escrito de la AC (que se articulará como una petición de autorización judicial), resultaría aplicable el artículo 188 de la LC, por lo que se resolvería por el Juez del concurso, previa audiencia de las partes.

En Sevilla a dieciséis de septiembre de dos mil diecinueve.

Firman:

D. Francisco Javier Carretero Espinosa de los Monteros
(Coordinador).

D. Eduardo Gómez López.

D. Pedro Márquez Rubio.

D. Miguel Ángel Navarro

D. Juan Francisco Santana Miralles.