El cese de los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio con los acreedores

A propósito del auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo

Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ

Magistrado especialista en mercantil por el CGPJ. Profesor asociado de Derecho Mercantil de la UMA

Diario La Ley, Nº 7910, Sección Doctrina, , Editorial **LA LEY**

LA LEY *7825/2012*

Se analiza en el presente artículo el auto del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012 por el que se resuelve un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado de Primera Instancia y un Juzgado Mercantil en una reclamación posterior a la aprobación y eficacia de un convenio de acreedores. El Alto Tribunal viene a resolver la competencia del Juzgado de Instancia sin perjuicio de los efectos que el convenio aprobado en el concurso pudiera tener respecto de una eventual sentencia estimatoria de dicha demanda.

Jurisprudencia comentada
Auto del TS, Sala Primera, de lo Civil, 14 May. 2012 (Rec. 178/2011)

«El comienzo de la eficacia del convenio coincide con el fin de (algunos de) los efectos de la declaración judicial de concurso. [Ángel Rojo (1)]»

I. *OBJETO DE ESTUDIO. INTRODUCCIÓN*

El auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo (Roj ATS 5365/2012-Pte.: Ferrándiz Gabriel) resuelve un supuesto de reclamación de deuda posterior a un convenio con los acreedores. La reclamación parte de de una comunidad de propietarios que presenta demanda de reparación in natura y subsidiaria de condena dineraria contra la concursada una vez que ésta ya ha firmado un convenio en el concurso de acreedores. La resolución del Alto Tribunal viene a decidir el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado de Primera Instancia ante el que se presentó y el Juzgado de lo Mercantil que había conocido del concurso, concluyendo la competencia de aquél. La competencia del Supremo se determina porque los órganos en conflicto pertenecen a diferentes Comunidades Autónomas.

Los tres párrafos finales de la referida resolución son el núcleo esencial por cuanto viene a resolver la misma partiendo de los efectos del convenio sobre el concurso de acreedores del siguiente modo:

1.º En principio, y salvo que la Ley especifique otra cosa, la referencia que el art. 133.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) hace que «desde la eficacia del convenio

cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio», alcanza a los efectos de la declaración del concurso regulados en el Título III, entre los que se encuentra el previsto en el art. 50 de la Ley 22/2003.
2.º Por consiguiente, como en este caso la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en el art. 8 de la Ley 22/2003 a favor del juez del concurso.
3.º Todo ello sin perjuicio de que el crédito que pudiera reconocerse en una hipotética sentencia estimatoria, de ser anterior a la declaración de concurso, quedará afectado por éste, y, en concreto, por la extensión de los efectos del convenio prevista en el art. 143.1 *[rectius* 133.1 (2)] de la Ley 22/2003.

Situados en este punto es trascendental resolver tres cuestiones esenciales que motiven un análisis más profundo (en una nueva ocasión desaprovechada por el Alto Tribunal) de la materia concursal. Estos tres puntos concretos son:

En primer lugar, la delimitación de las competencias del juez del concurso a partir de la aprobación de un convenio en el concurso de acreedores. En segundo lugar, los efectos que el informe de la Administración Concursal en relación a la lista de acreedores y, en relación a ello, a aquellos que pudieran haberse conocido con anterioridad al citado informe y respecto del surgimiento, como es el caso, de nuevos posibles créditos que no pudieran haberse conocido con anterioridad o que se deriven de relaciones o situaciones posteriores a dicho convenio. En tercer lugar, los efectos que el citado convenio produce o puede producir respecto de los créditos (tal y como así lo señala *obiter dicta* el Tribunal Supremo) en aquellos puestos de manifiesto con posterioridad al convenio pero con momento de surgimiento, devengo o nacimiento anterior a la declaración de concurso.

Sin perjuicio de dicho análisis y de las conclusiones finales que pudiéramos obtener lo evidente de la situación es que el último párrafo del segundo de los fundamentos del auto deriva en una suerte de posibles interpretaciones que el Alto Tribunal podría haber evitado. Pero también en un modo *apertus* de interpretaciones que profundizan en la competencia y en los efectos del convenio. Y es curioso que un pequeño párrafo y una sucinta referencia nos puedan llevar a un análisis pendular de posibilidades tan amplias; más que curioso resulta llamativo, puesto que por un lado no es posible atender a la casuística tan amplia que pudiera derivarse y cualquier fijación de doctrina podría verse comprometida en posteriores supuestos; pero también la necesidad de, al menos, dejarlo apuntado —tal y como ha hecho el referido auto— debe ser consecuencia lógica de la competencia que en el mismo se resuelve. No obstante y entre ambas posiciones una intermedia, breve y sucinta también, podría haber determinado que la balanza se inclinara hacia uno u otro lado mostrando con ello la interpretación de nuestro Alto Tribunal en supuestos tan importantes para la viabilidad de las empresas como el de la afectada.

De hecho, incluso podríamos analizar la posibilidad, al margen de la liquidación y por las modificaciones introducidas por la reforma de la Ley 38/2011, de incorporar a la lista de acreedores anteriores a la declaración de concurso otros que no fueran debidamente comunicados en tiempo y forma por ante el concurso en un reconocimiento y calificación necesarios conforme a la normativa concursal. Tan es así que la propia norma concursal parece no dejar margen a ello tras la reapertura del concurso (art. 180 LC) cuando nos señala que esta conllevará solo, en cuanto a los acreedores, la actualización de la cuantía y demás modificaciones respecto de los subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores

posteriores (a la conclusión). Queda esto, no obstante, al margen de este estudio y partimos de la posibilidad de dicha incorporación no solo por sentido común, sino incluso por las diferentes comunicaciones que se permiten, tras la reforma, incluso en el proceso de liquidación.

II. *LA EFICACIA DEL CONVENIO. EL CESE DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO*

La eficacia del convenio se regula en la Sección 7.ª del Título V (arts. 133 y ss.) de la Ley Concursal. De entre estos preceptos ha sufrido modificación importante el primero con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que no era aplicable al supuesto de hecho que resuelve el Tribunal Supremo en su auto de 14 de mayo.

El art. 133 LC refiere y desarrolla el comienzo y alcance de la eficacia del convenio para, con posterioridad, regularse la extensión subjetiva (arts. 134 y 135 LC) y objetiva (art. 136 LC).

Dejando al margen los elementos temporales de la eficacia del convenio *(dies a quo* y *dies ad quem)* y las consecuencias de este segundo (3) , que no vienen al caso y exceden del objeto del presente estudio, el párrafo segundo del citado art. 133 LC recoge la relación entre la aprobación del convenio y el cese de los efectos, cuya redacción ha sido modificada por la referida Ley 38/2011, introduciendo algunos apartados de corrección axiológica.

El texto original del mismo es el siguiente:

> *«Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el art. 42».*

El texto modificado es el que sigue:

> *«Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el art. 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (...)». Y continúa en el apartado tercero: «No obstante su cese, los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme».*

La norma establece, en ambos supuestos y redacciones, la posibilidad de continuación de los efectos de la declaración de concurso, si bien lo que establece —imperativamente— es que desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso y

éstos se sustituyen por los que en su caso se establezcan en el propio convenio.

Es evidente, no obstante, que la sustitución a la que alude solo puede determinarse y concretarse a partir del contenido del propio convenio y de las materias disponibles o no que la propia Ley Concursal recoge con la limitación de las normas de orden público (competencia jurisdiccional entre ellas) que no podrán afectarse.

La doctrina ha considerado que la expresión «cesarán todos los efectos de la declaración de concurso» va referida (y así lo recoge el citado auto del Tribunal) a lo previsto en el Título III de la norma, que así se intitula, y que recoge muchos de dichos efectos aunque no todos. En concreto se refiere a los efectos sobre el deudor, sobre los acreedores, sobre los créditos, sobre los contratos y sobre los actos perjudiciales para la masa activa.

Sin embargo el cese y sustitución que la norma propugna debe conjugarse en relación al Título III citado, al propio y posible contenido del convenio con los acreedores (arts. 100 y ss. LC) y a las normas de orden público indisponibles.

En definitiva, entendemos que no basta una mera referencia al art. 133.2 LC y al Título III de la norma concursal para concluir, sin más, que aprobado un convenio los efectos del concurso, todos (que no ha sido concluido) cesan sin más puesto que debemos matizar dicha limitación con el contenido mismo del convenio y con las normas de orden público que sean aplicables, como es el caso de la competencia de los Tribunales.

III. *EL CESE LIMITADO DE EFECTOS TRAS LA APROBACIÓN DEL CONVENIO DE ACREEDORES*

A nuestro entender, entonces, el cese de los efectos, de todos los efectos, de la declaración de concurso, que propugna el art. 133.2 LC, estaría limitado por varios motivos:

a) Por la aplicación de normas de orden público.
b) Por los efectos previstos en el contenido posible del propio convenio, por expresa remisión y sustitución previsto en el precepto. Y en este sentido y en relación con ello por la extensión subjetiva y objetiva que la Ley Concursal previene.
c) Por el mantenimiento de efectos de colaboración del art. 42 LC que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento por expresa redacción de la norma.
d) Por la posibilidad procesal prevista de continuación de incidentes concursales y de ejecución de sentencias y autos que se dicten en ellos.
e) Por la existencia, en su caso, de la sección sexta (4) .
f) Por otras actuaciones en función del cumplimiento, incumplimiento o liquidación que pudieran derivarse en relación a la situación del deudor concursado hasta la conclusión del concurso.

Desde esta óptica, diferente a la recogida en líneas generales por el Tribunal Supremo, resultaría un análisis diferente para cada uno de los supuestos de conflicto que pudieran plantearse puesto que la integración debería darse en función de la limitación que de estas otras normas, remisiones o sustituciones posibles pudiera devenir en función de la acción que se hubiera planteado.

La existencia de dichas limitaciones también se pone de manifiesto en el art. 178 LC al señalar que «en todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las

facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes (5) ».

El planteamiento del citado auto, que analizaremos a continuación en ambos aspectos, conlleva una interpretación limitada al texto de la norma (desde un punto de vista positivista) de causa y efecto. La causa es la aprobación del convenio y el efecto la aplicación sistemática del párrafo segundo del art. 133 LC. Limitado, entre otros, por tanto, en cuestiones de orden público, como es la competencia del Juzgado para conocer de un asunto.

IV. *EFECTOS VS. NUEVOS JUICIOS DECLARATIVOS*

La jurisdicción del juez mercantil se prevé en el art. 86 ter 1 LOPJ (LO 8/2003). En este precepto se señala que «los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora». En todo caso la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente sobre las materias que posteriormente se repiten en el art. 8 LC.

Desde el art. 133.2 LC, el Tribunal Supremo anuda la solución al conflicto de competencias objetivas al Título III de la citada norma; desde este título se localiza en el art. 50.1 LC e (en precepto de desarrollo) integra el mismo con lo previsto en el art. 8.1 LC *(vs.* 86 ter 1.1 LOPJ). Para ello nos señala que la remisión del primero de los preceptos al citado título «alcanza a los efectos de la declaración de concurso» recogidos en el mismo. Y que «entre éstos se encuentra el previsto en el art. 50 de la Ley 22/2003»; «por consiguiente —continúa— como en este caso la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en el art. 8 de la Ley 22/2003, a favor del juez del concurso».

No obstante esta interpretación debe ser matizada, como así se hace en el siguiente párrafo, por el propio Tribunal, dado que es en ese momento donde se da cuenta de que la reclamación puede referirse a créditos que pueden estar afectados por el convenio (cuestión que trataremos posteriormente) y por ello la matización final.

Se trata, por tanto, de una interpretación sesgada y limitada que no ha tomado en consideración los efectos que realmente resultan afectados tras la aprobación del convenio, dejando para un posterior análisis (quizá cuando se plantee el problema de la reclamación contra el concursado) los efectos que éste podría tener sobre el crédito reclamado.

Aunque, junto con el TS, defendemos la naturaleza del art. 8 como norma con contenido propio, por un lado, y por otro como norma con necesidad de desarrollo en determinados aspectos, y por eso la necesidad de integrar los diferentes apartados de aquélla con otras normas previstas, en algunos supuestos, en la Ley Concursal, la referencia que se hace al art. 50 LC no puede ser entendida como efecto de la declaración del concurso sobre la competencia del juez mercantil, sino sobre el ejercicio (tal y como la Sección 2.º lo intitula) de acciones individuales. La competencia será la que sea y es una cuestión de orden público no disponible, es la acción individual la que puede resultar afectada; de ahí que el art. 133.2 LC pueda sustituir los efectos previstos en la Ley Concursal por los previstos en el

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

convenio.

El art. 50 LC, incluido dentro del Título III, parte del concurso de acreedores y por ello de la declaración de concurso. Desarrolla e integra el art. 8.1 en los siguientes supuestos:

1. Respecto de acciones civiles o sociales interpuestas con posterioridad a la declaración de concurso de las que deba conocer el juez del concurso tras la misma.
2. Tras la reforma de la Ley 38/2011, de demandas que se presenten desde la declaración de concurso y hasta su conclusión, ejercitando acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.
3. Tras la reforma, también, de demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, ante los jueces de primera instancia, en las que se ejercite la acción del art. 1597 del Código Civil.
4. Respecto de reclamaciones contencioso-administrativas, sociales o penales que se ejerciten tras la declaración de concurso y que puedan tener trascendencia para el patrimonio del deudor.

Las matizaciones recogidas en los apartados segundo y tercero anteriores, introducidas tras la citada reforma, establecen una limitación que trascurre desde la declaración hasta la conclusión del concurso, pasando por el convenio y sus efectos de conformidad al art. 133 LC. La regulación anterior no hacía dichas distinciones y tampoco matizaba temporalmente, como lo sigue haciendo, al respecto de otras acciones o pretensiones distintas que se recogen genéricamente en el apartado primero.

Es por ello que la interpretación podría devenir en considerar que dichas acciones no podrán ejercitarse ante el juez correspondiente, por extensión, en todos los supuestos, hasta la conclusión del concurso. O por el contrario podríamos interpretar que, *ubi lex non distinguit,* sí que son posibles plantearlas por no limitación a partir del convenio por aplicación remisoria del art. 133.2 LC.

A nuestro entender, el legislador ha querido distinguir los diferentes supuestos y, por ello, la propia existencia de limitación hasta la conclusión del concurso en otros nos lleva a considerar, *a sensu contrario,* que el párrafo primero del art. 50 LC no tiene la misma extensión temporal y, por ello, es posible que esté afectado por lo previsto en el citado precepto de tal forma que el cese de los efectos por la aprobación del convenio, en relación a las acciones individuales posibles, incluiría la posibilidad de reclamar contra el concursado tras la eficacia de dicho acuerdo; pero esto siempre que no se den otras limitaciones.

Llegados a este punto, el análisis, sin perjuicio de comprobar que no existan otras limitaciones en el apartado siguiente y anticipándonos a éste, continuaría por el régimen de la competencia para conocer de esas posibles reclamaciones. No obstante, dejaremos para un posterior momento este apartado.

V. *EFECTOS VS. OTRAS LIMITACIONES*

Si partimos de que sería posible, en interpretación del art. 50.1 LC, que pudieran ejercitarse acciones individuales tras la aprobación de convenio con los acreedores por aplicación —*ceteris paribus*— del art. 133.2 LC, no obstante nos quedaría analizar que no existieran

otras limitaciones al cese de los efectos que pudieran derivarse de lo que ya se ha anticipado en el apartado III anterior.

De todas ellas serán aplicables a este análisis las siguientes:

a) La existencia de otras normas que establezcan limitaciones.
b) Efectos previstos en el contenido posible del propio convenio, por expresa remisión y sustitución previsto en el precepto. Y en este sentido y en relación con ello por la extensión subjetiva y objetiva que la Ley Concursal previene.
c) Mantenimiento de efectos de colaboración del art. 42 LC que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento por expresa redacción de la norma.
d) Posibilidad procesal prevista de continuación de incidentes concursales y de ejecución de sentencias y autos que se dicten en ellos.
e) Existencia, en su caso, de la sección sexta.
f) Actuaciones en función del cumplimiento, incumplimiento o liquidación que pudieran derivarse en relación a la situación del deudor concursado hasta la conclusión del concurso.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011 es evidente que la existencia de la Sección 6.ª, en su caso, y del propio convenio no permiten el ejercicio de acciones contra los administradores por haber incurrido en causa de disolución o, ante los jueces de primera instancia, en el ejercicio de la acción directa del art. 1597 CC. Esta limitación se extiende hasta la conclusión del concurso y, por tanto, el cese de los efectos que propugna el Tribunal Supremo con carácter genérico, amparándose en el art. 133.2 LC, no puede ser entendido en relación a este tipo de acciones. Y lo es tanto en cuanto a los que se puedan iniciar con posterioridad a la declaración como en cuanto a los que ya se hayan iniciado por aplicación el art. 51 bis LC. Así se ha querido expresamente y para ello se ha determinado la interrupción de la prescripción de, entre otras, dichas reclamaciones en el art. 60 LC en una extensión temporal que va desde la declaración hasta la conclusión del concurso (6) .

De lo anterior podemos deducir que el legislador permite el ejercicio de acciones contra el concursado, antes de la conclusión del concurso, que a nuestro entender debieran partir de tres grupos diferenciados:

a) Por un lado respecto de créditos contra la masa (7) .
b) En cuanto a reclamaciones derivadas de negocios posteriores a la aprobación del convenio (8) .
c) Respecto de créditos de la masa.

De esta forma y en relación a los créditos, y no a otros supuestos que también exceden del objeto de estudio, debemos atender al convenio para determinar la posibilidad que éste tiene de afectación o no, en primer lugar, para conseguir una solución al problema planteado. Y posteriormente conectarlo con la competencia.

Si hablamos de convenio y de su eficacia, éste afectará a los denominados créditos de la masa y que previamente estarán clasificados en el informe de la Administración Concursal en las diferentes formas y tiempos que la nueva reforma operada ha establecido. El art. 133 LC al que alude el Tribunal Supremo debe integrase, utilizando su propia terminología, con los siguientes preceptos, recogidos en la Sección 7.ª del Título V. Ello quiere decir que el convenio vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados anteriores a la declaración de concurso tanto si han sido o no reconocidos (134 LC). También respecto de

los privilegiados que se hubieran adherido. Es por ello que dichos créditos, reconocidos o no, «quedan extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio» (art. 136 LC).

Por lo tanto, se produce una eficacia novatoria y una sujeción al convenio que puede completarse, en convenio, con una limitación o prohibición de facultades de administración y disposición del deudor que expresamente recoge el art. 137 LC (9) y que deben estar incluidas en el citado acuerdo con los acreedores. Esta sujeción lo es a la quita, a la espera y —citando textualmente el texto de la Ley— «en general afectados por el contenido del convenio». Contenido del convenio que, conforme al 133.2 LC, sustituye (allí en donde sea posible) «los efectos de la declaración de concurso».

El reconocimiento de créditos anteriores a la declaración de concurso o cuyo origen, devengo o nacimiento se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración y que no hubieran sido reconocidos en la lista de acreedores deben pasar dos trámites necesarios: 1. En primer lugar, su reconocimiento. 2. En segundo lugar, su clasificación o calificación.

El Tribunal Supremo no entra en si el mismo es anterior o posterior a la declaración de concurso, sino que anuda a estos últimos la necesidad de considerar la afectación por convenio y por la denominada «extensión de los efectos del convenio (10) ».

Indirectamente y dependiendo de la naturaleza, cuantía o importancia de lo que se reclame ese crédito afectará o podrá afectar al plan de viabilidad y al plan de pagos.

De esta forma y en las consecuencias lógicas derivadas de dicho auto y para el supuesto de que el citado crédito tenga su origen en deuda anterior a la declaración de concurso todavía hará falta que el acreedor se dirija al proceso concursal para que, conforme al convenio, su crédito sea calificado debiendo intervenir aquí, conforme a lo dicho el propio concursado, la Administración Concursal en estos incidentes y el juez del concurso, para el supuesto de que no se haya previsto nada en el convenio o que incluso habiéndose previsto no exista acuerdo por parte del acreedor.

Se produce entonces una división de la causa en dos partes que puede afectar a la continencia de la misma y que en cualquier caso también puede derivar en una resolución del Juzgado de Primera Instancia que no tome en consideración el citado convenio (si no le es aportado) o que interprete el contenido del mismo en el momento de resolver sobre el crédito reclamado al margen de la segunda interpretación y con eficacia de cosa juzgada en relación a ese contenido.

Si el crédito es contra la masa, el Título IV (más allá del Título III y, por tanto, no objeto de remisión por el art. 133.2 LC) el apartado 4 (11) del art. 84.2 LC nos conduce al juez del concurso para su reclamación. Se incluirían en estos supuestos los créditos derivados de la actividad empresarial o profesional tras la aprobación del convenio tras la reforma operada por la Ley 38/2011.

En dicho apartado se recoge que «las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un

año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos». Para llevar a efecto lo señalado por el Tribunal Supremo en este auto lo único que podemos es considerar que una vez aprobado el convenio y que éste gane eficacia resultará que el juez del concurso ya no lo es (12) y solo resurgiría para cumplimiento, incumplimiento o conclusión. Sin embargo, creemos que no podemos llegar a esta conclusión dado que el juez del concurso lo seguirá siendo por atribución jurisdiccional y competencial hasta el mismo momento de la conclusión.

VI. *EFECTOS VS. COMPETENCIA*

El convenio en sí no solo conlleva un contenido vinculante, en lo que sea disponible para las partes, sino que además supone una afectación importante, subjetiva y objetiva, respecto de los acreedores (y sus créditos) del deudor concursado.

El Juzgado sigue teniendo jurisdicción y competencia sobre las diferentes materias del concurso en tanto en cuanto así lo señalen las normas o en tanto deriven del propio convenio, su contenido y sus limitaciones.

El art. 192.1 LC establece que «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal». Fija entonces la competencia partiendo de una expresión: «Durante el concurso»; temporalidad que se inicia con la declaración y termina con la conclusión (art. 141 LC). Aquel mismo precepto señala que «también se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del art. 51». Se refiere entonces al juez del concurso, el mismo al que se refiere el apartado primero cuya temporalidad se extiende hasta la conclusión del concurso.

Funcionalmente lo es entonces por aplicación del art. 61 LEC. Pero también porque los límites del orden jurisdiccional solo se pueden determinar conforme a la LOPJ de conformidad al art. 36 LEC.

Quien quiere reclamar un crédito frente a un concursado en fase de convenio y en cumplimiento del mismo tiene como límites la Ley y el convenio. El convenio impide la exigibilidad de dicha deuda. Por lo tanto, solo en cuanto a la declaración podríamos discutir la misma. El pago está previsto sea realizado en los términos del propio concurso y convenio. Y en esos supuestos declarativos (meramente declarativos o constitutivos) la limitación también puede venir por el convenio, por un lado, y por la interpretación que demos a las normas concursales.

Pero su atribución a los Juzgados ordinarios, no especializados, no solo puede afectar a la congruencia, sino que además deberán complementarse con la idea de que aquéllos deberán interpretar las normas previstas para dichos créditos en el convenio aprobado por el Juez del Concurso y cuya eficacia, cumplimiento o incumplimiento se determina por ante éste; y, en segundo lugar, porque deberán integrarse en el citado concurso y convenio acudiendo posteriormente al juez del concurso para su reconocimiento y calificación en los términos previstos en ambos.

VII. *LOS EFECTOS QUE CESAN TRAS EL CONVENIO*

Sin pretender ser exhaustivos en este tema debemos partir nuevamente del art. 133.2 LC cuando señala que desde la eficacia del convenio «cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio» y tomando en consideración los demás apartados y artículos que ya hemos recogido al principio.

Cuando la norma señala que «cesarán todos los efectos de la declaración de concurso» parte de una regla general que contiene excepciones. Estas excepciones vendrán configuradas por la propia Ley (13) o por el contenido del convenio.

Pero en cualquier caso negamos que la referencia a «los efectos de la declaración de concurso» sea una remisión al Título III de la Ley Concursal. Son evidentes tres cosas: por un lado, que no es cierto que los efectos, todos los efectos, de la declaración de concurso se contengan solo en dicho título. En segundo lugar, que dicho título contenga solo efectos de la declaración de concurso aún a pesar de su intitulación. Y, en último lugar, que cuando el legislador ha querido citar expresamente el Título III así lo ha hecho, como ocurre en el art. 145.1 LC al hablar de liquidación (14) . De hecho, el art. 147 LC se refiere al Título III como «efectos generales» partiendo de que existen igualmente otros efectos que conviven con éstos.

Distinguiremos entonces entre efectos generales (15) y efectos particulares a partir de lo señalado anteriormente.

Por otro lado, esos efectos se completarán con los que también prevea, en la medida en que ello le sea posible, el propio convenio, por indicación expresa de la citada norma que da origen a este supuesto.

Y es evidente también que no todos los efectos pueden ser sustituidos por el convenio (16) .

Partiendo de todo lo anterior podría resultar que el cese de todos los efectos a los que se refiere el art. 133.2 LC podría interpretarse con la afirmación de que cesarán todos aquellos efectos que puedan ser sustituidos por el convenio (efectos sustituibles). Y la referencia, a «en su caso», que prevé la norma nos llevaría a concluir que cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, siempre que puedan ser sustituidos por el contenido del convenio y solo en cuanto a este tipo de efectos; el cese será de todos salvo de los que expresamente haya sustituido el convenio, en cuyo caso se regirán por lo previsto en el mismo. De otra forma dicho: se mantienen los efectos previstos en el convenio que sustituyen a los previstos legalmente en cuanto ello sea posible y aquellos otros efectos que el convenio no pueda sustituir (17) .

La interpretación del Tribunal Supremo parte, no obstante, de una remisión al Título III y, por tanto, a todo el contenido que recoge el mismo y que intitula «Efectos de la declaración del concurso».

La interpretación que propugnamos conllevaría incluir en la vigencia de los efectos tras la declaración de concurso no solo las normas imperativas o de orden público, sino también otros efectos previstos a lo largo del texto de la norma concursal que, evidentemente, siguen vigentes. Entre éstos, los recogidos en el propio art. 133 y en los artículos

siguientes.

Por poner un ejemplo no sería compresible que la remisión que pretende el Supremo al Título III conlleve que nos saltemos las excepciones que muchos de los preceptos establecen (arts. 50.2, 3 y 4, 55, 51 bis, etc.) u otras cuya competencia también se atribuye al juez del concurso (como los arts. 62.2, 36 ó 60).

VIII. *EL CONVENIO QUE LE AFECTA AL SUPUESTO DE HECHO (18)*

Un vistazo rápido al contenido del convenio de la sociedad afectada por esta resolución (autos 943/2008-C», del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona) confirma lo que decimos. Es evidente que la cuestión de competencia planteada por ante el Tribunal Supremo no ha tenido a la vista dicho convenio, lo que a nuestros efectos motiva que en sí partimos de que no se han tomado en consideración a la hora de resolver las diferentes casuísticas que se han expuesto. Por el contrario, la excepción solo se ha localizado en la Ley (salvo que la Ley especifique otra cosa).

En el marco de dicho convenio se establecen dos normas importantes: por un lado, la sujeción al juez del concurso en los supuestos de créditos contra la masa y, por tanto, con sujeción a dicho fuero y Tribunal; y, en segundo lugar, ciertas atribuciones, y limitaciones consiguientes, a la comisión de seguimiento en cuanto a tutela del convenio y de los intereses comunes de los acreedores que desplazan la legitimación plena de la concursada.

Nada se prevé sobre reclamaciones posteriores o sobre reconocimientos posteriores salvo, en cuanto a este último, su ámbito y aplicación también a los créditos que resulten reconocidos por sentencia firme. La expresión que utiliza en concreto es: «El presente convenio vinculará a la concursada, así como a todos sus acreedores que consten, en la lista definitiva aprobada por el Juzgado o que sean incluidos en virtud de resolución judicial firme». Y, por lo tanto, atribuyendo la competencia también al juez del concurso por la propia referencia que realiza a la lista definitiva y a la inclusión de los mismos en ésta.

Hemos señalado más arriba que existen, entre otras, materias indisponibles y que, por ello, la competencia es de quien es y no de quien quieran las partes que sea, y sin perjuicio de las posibilidades de sujeción a fuero que contiene y permite la LEC. No obstante lo anterior, es evidente que también el convenio parte de un hecho que da por cierto y que fue aprobado judicialmente con el convenio como es la sujeción a éste de las cuestiones que se susciten en relación a los acreedores anteriores a la declaración del concurso y a créditos contra la masa. Solo, por tanto, desde la nulidad de dichas cláusulas, podremos defender la postura del Tribunal Supremo, por lo que la consecuencia de su resolución bien podría ser la petición de nulidad de las mismas sin perjuicio de la cláusula residual que recoge, en su contenido, la validez del resto y en tanto en cuanto se puedan mantener.

IX. *CONCLUSIONES*

Conforme a lo dicho el análisis del auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo, por el que se señala que la competencia para conocer, en una cuestión de competencia entre un Juzgado de Primera Instancia y un Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de una acreedora en convenio, es del primero de ellos, resultaría ciertamente desestabilizador del sistema concursal en tanto puede afectar a la congruencia del sistema y, en cualquier caso,

exigiría una posterior intervención del juez del concurso para la calificación de dicho crédito conforme a las normas concursales.

El análisis que realiza el Tribunal Supremo parte del cese de todos los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio, pero incluye en ello todo lo recogido en el Titulo III, salvo que la Ley diga otra cosa, y no incluye otros supuestos particulares previstos a lo largo del texto. En cualquier caso se remite también a normas de orden público que no pueden, en nuestra consideración, ser objeto de afectación en tanto el concurso no esté concluido.

Entendemos que la razón última puede ser la situación de crisis y el colapso de los Juzgados de lo Mercantil; pero dichas razones no justifican una interpretación restrictiva de las competencias del Juzgado del concurso y todas las normas, procesales-concursales y procesales, nos llevan a su competencia en tanto no se concluya el concurso.

Desde otro punto de vista, deberíamos tomar en consideración no solo el convenio y los efectos sustituidos, sino también las posibles excepciones previstas en la Ley que determinan la competencia del juez del concurso hasta la misma conclusión de éste.

Y, por último, la congruencia del sistema y la universalidad del concurso nos debe llevar una conclusión competencial a favor del juez del concurso, pues de otra forma podría suceder que aspectos, negocios o resoluciones externas nos lleven a una afectación del convenio, del plan de viabilidad y del plan de pagos, que motiven nulidades o incidencias irreversibles y perjudiciales al conjunto de los acreedores o de la propia empresa que hagan prácticamente inviable el convenio que se está cumpliendo.

Pues, en definitiva, el planteamiento parte del momento en que se ejercita la demanda (con posterioridad a la eficacia del convenio) y es este momento el que parece determinar el traslado de la competencia desde el Juzgado que tramita el concurso hasta el Juzgado de Primera Instancia (19) .

Vigente el concurso y vigente el convenio la eficacia de éste, por remisión genérica del art. 133.2 LC, se lleva a dejar sin efecto la competencia del juez del concurso para conocer de las reclamaciones contra el concursado en todos los supuestos: en créditos contra la masa, en créditos de la masa y en otros que pudieran surgir derivados o no de su actividad. Sin embargo, insistimos, el concurso está vivo y el cese de los efectos que pregona la Ley Concursal es, cuanto menos, genérico y erróneo si se acompaña de una interpretación que lo asocie directamente a la totalidad del Título III de la Ley Concursal o a la totalidad de los efectos que se producen tras la declaración de concurso.

(1)

Vid. nota 15.

Ver Texto

(2)

Entendemos que el error material de referencia al art. 143.1 LC, que se refiere a la liquidación, en lugar del art. 133.1 LC es meramente material. No obstante, no comprendemos cómo o por qué se dejan al margen otros apartados de este último precepto, e incluso otros preceptos. La referencia hubiera estado bien señalada sin citar precepto alguno, a nuestro entender. No obstante lo anterior, queremos puntualizar que en una resolución tan importante como la referida y estudiada en este artículo no puede contener un error material como el referido cuando existen tantos ojos pendientes de la doctrina jurisprudencial y la materia es tan trascendental al devenir de los procedimientos concursales.

Ver Texto

(3)

A tal efecto, el cumplimiento o incumplimiento del convenio se regula en la siguiente sección sin perjuicio de su acomodación en el marco de un incumplimiento (art. 140 LC) o de la liquidación (art. 142.2 y 4 LC).

Ver Texto

(4)

En tal sentido veremos lo previsto para este supuesto en el art. 50.2 y 3 LC tras la reforma operada por la Ley 38/2011.

Ver Texto

(5)

Es curiosa nuevamente esta referencia a «los capítulos siguientes» cuya consideración nos lleva a detenernos brevemente. No existen capítulos siguientes a dicho artículo (178 LC) o a la calificación. Puede que la referencia sea a los capítulos siguientes a las limitaciones de las facultades de administración y disposición a las que se refiere el precepto. Entonces estaríamos en el art. 40 LC y, por tanto, sí que habría capítulos siguientes. Entendido de esta última forma resultaría que el legislador anuda a la conclusión del concurso limitaciones de administración y disposición, por un lado, concretas, que se localizan en el art. 40 de la LC o en el convenio a partir del ya referido art. 137 LC; y, por otro lado, genéricas e indeterminadas, recogidas en los capítulos siguientes a dicho precepto; hablaríamos entonces de limitaciones recogidas, entre otros, en el Título III de la Ley Concursal. Por tanto, el corolario sería que, a pesar del art. 133.2 LC, el cese de los efectos derivados de un convenio no es literalmente aplicable, en bloque y sin distinción, al Título III de la Ley Concursal, tal y como ha hecho el Tribunal Supremo en su auto de 14 de mayo de 2012.

Ver Texto

(6)

Es evidente que la prescripción conlleva el inicio del cómputo una vez interrumpida. Sin embargo, la norma concursal utiliza una mixtura entre suspensión de la caducidad y de la prescripción, cuyo resultado es el previsto en dicho precepto.

Ver Texto

(7)

Vid., al respecto, BELTRÁN, E., en «La Administración Concursal y el pago de las deudas de la masa; el pago de los créditos nacidos

durante el convenio en caso de posterior apertura de la fase de liquidación y el pago de los créditos contra la masa en caso de iliquidez e insuficiencia de la masa», Colección Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 2010.

Ver Texto

(8)

De conformidad al art. 84.2.5 LC, estos créditos son créditos contra la masa hasta la conclusión del concurso.

Ver Texto

(9)

Vid., al respecto, mi trabajo sobre «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso», en Delitimación y competencia de los Juzgados de Primera Instancia frente a los Juzgados de lo Mercantil, Estudios de Derecho Judicial, número 123, 2007, pág. 251.

Ver Texto

(10)

No se trata en sí de una extensión de los efectos del convenio porque en realidad lo que se produce es una afectación concreta a un grupo de créditos concretos. No obstante, la expresión es interesante en tanto habla de extensión y podemos entenderla respecto de, como es el caso, aquellos créditos no reconocidos en la lista de acreedores y que tampoco han surgido antes de la declaración, sino que resultan, en virtud de sentencias o resoluciones declarativas o constitutivas, posteriores a la eficacia del

convenio, pero dentro del plazo de prescripción o caducidad legal que les sea aplicable o cuyo nacimiento es posterior, pero de hechos anteriores como puede ser el supuesto de los daños por obras.

Ver Texto

(11)

La Ley 38/2011 se lleva la redacción del art. 154 LC a este precepto.

Ver Texto

(12)

A modo de cese del juez del concurso como si fuera la Administración Concursal.

Ver Texto

(13)

La Ley es considerada por el auto del Tribunal Supremo en tanto recoge en el antepenúltimo párrafo del fundamento segundo lo siguiente: «En principio, y salvo que la Ley especifique otra cosa...».

Ver Texto

(14)

Podemos comprobar en dicho precepto cómo el legislador vuelve a redactar la norma con inquietante contenido cuando señala que a la fase de liquidación le seguirá la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, para a continuación señalar que lo serán —cito

textualmente— «con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la presente Ley». Nuevamente configurando un sistema en el que parece que la única referencia a los efectos lo es en relación a la administración y disposición y lo que a ésta se refiera y no a otros supuestos. Aunque no del todo errónea, porque a continuación viene a referir los efectos sobre los créditos concursales y los efectos generales.

Ver Texto

(15)

A estos efectos y sus limitaciones también se refiere el profesor ROJO, A., en «Comentario art. 133 LC», en Comentario de la Ley Concursal, Tomo II, Thomson-Civitas, 2004 (dirs. ROJO-BELTRÁN) págs. 2.212 y ss. En el magnífico estudio realizado por el profesor Rojo, el epígrafe de la eficacia del convenio comienza con la siguiente e ilustrativa frase: «El comienzo de la eficacia del convenio coincide con el fin de (algunos de) los efectos de la declaración judicial de concurso». Por la autoridad de quien lo dice y la contundencia de sus argumentos nos remitimos directamente a su obra.

Ver Texto

(16)

En este sentido GALLEGO SÁNCHEZ, E., en «Comentario art. 133», en la obra Comentarios a la legislación concursal, Dykinson, 2004 (dirs. PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU), cuando señala que la afirmación debe ser matizada y que «tal vez esté redactada de forma en exceso genérica, lo que puede suscitar dudas interpretativas en torno al ámbito de libertad de regulación que se atribuye al pacto entre el

deudor concursado y sus acreedores». En todo caso, continúa, salvando los efectos que con carácter imperativo regula para esta fase la propia Ley Concursal y otras normas de aquel mismo carácter que resulten aplicables.

Ver Texto

(17)

La polémica interpretación ya fue puesta de manifiesto, aunque en otros sentidos, por MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., en «Comentario art. 133», en la obra Comentarios a la legislación concursal (dirs. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, 2004, tomo III, pág. 2.473.

Ver Texto

(18)

El análisis de la propuesta de convenio parte del contenido del mismo conforme consta en la propia página web de la concursada, pudiendo haber sufrido modificaciones en su tramitación procesal.

Ver Texto

(19)

El mismo Juzgado, Mercantil núm. 3 de Barcelona, que plantea la cuestión, resuelve en sentencia de 29 de marzo de 2010 incidente concursal tramitado en el concurso de acreedores del que procede la misma reclamación, SJM 119/2010, un supuesto en que se reclama fuera del plazo de comunicación de créditos resolviendo lo siguiente: la naturaleza jurídica del crédito nacido en el marco del procedimiento concursal. 18.1. Los daños y perjuicios causados a los

demandantes se derivan de hechos producidos con anterioridad a la declaración de concurso, por lo tanto, no cabe otra calificación de los créditos que la de concursales, que habrán de tener la naturaleza de créditos ordinarios conforme al art. 89.3 LC dado que no concurre ningún supuesto de privilegio general o especial —no es ésta una responsabilidad extracontractual— ni los demandantes superan los umbrales previstos en el art. 93 de la Ley para considerarlos subordinados. Tampoco parece posible encajarlos en la categoría de los créditos contra la masa, dado que ni son los créditos propios del proceso concursal, ni se vinculan a la actividad normal del concursado, ni son consecuencia de una condena por responsabilidad extracontractual-criterios que permiten incluir entre los créditos contra la masa el art. 84.2 LC. 18.2. Conforme establece el art. 134.1 de la Ley Concursal permitirá, en su caso, extender los efectos del convenio caso de ser aprobado a los acreedores ordinarios aunque no hubiesen sido reconocidos en el informe.

Ver Texto