

# EL CONCURSO DE ACREEDORES EN EL ÁMBITO TURÍSTICO

*M<sup>a</sup> del Mar Gómez Lozano*  
*PCD Derecho Mercantil. Acreditada TU*  
*Universidad de Almería*

*Inmaculada González Cabrera*  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo LC) regula en un único texto todos los aspectos del concurso, término que describe el hecho de la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. Esta norma contiene pues una regulación general del procedimiento de ejecución universal del patrimonio del deudor y no establece, por tanto, ninguna regla especial para ningún sector.

Sin embargo, tanto en la normativa turística como en las especialísimas relaciones contractuales que se mantienen entre los operadores del sector turístico y entre ellos con los consumidores, se pueden encontrar algunas actuaciones o prácticas que requieran una aplicación adaptada del Derecho concursal. Es decir, estas relaciones contractuales específicas pueden influir en la interpretación y aplicación de la LC a estos supuestos concretos. Una circunstancia que incide especialmente en esta interpretación es la ausencia de regulación de la mayoría de los contratos turísticos, especialmente los interempresariales. A paliar esta deficiencia iba dirigida la *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Comisión General de Codificación en 2013, que contenía en el Libro V (De los contratos mercantiles en particular), Capítulo IV (De los contratos de servicios turísticos), la regulación de algunas figuras importantes, como el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente, el de gestión de establecimientos de alojamiento turístico o el de alojamiento.

Se ha identificado como uno de los elementos que definen la actividad turística “*el desplazamiento y la estancia de las personas fuera de su entorno habitual*” (AURIOLES, 2005), dentro del cual cabría incluir, tanto desde la óptica del turista como desde la de la gestión empresarial, la necesidad de realizar “*reservas de plazas*”. Esta práctica característica lleva implícita, independientemente de quién la vaya a llevar a cabo (otros operadores o consumidores), la realización de un contrato por el que se paga un precio o

se anticipan cantidades antes de que la otra parte pueda cumplir la prestación contratada. Una de las acepciones de la RAE del término “reservar” es precisamente la de “*destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso o persona determinados*”, que en este sector sería de aplicación fundamentalmente a los servicios de alojamiento, transporte y a la suma de ambos (viajes combinados). Esto hace que cuando se declara la insolvencia de algunos de estos operadores haya que tener en cuenta el contenido diverso y, en muchos casos atípico, de estas relaciones contractuales para configurar las masas del concurso.

Como ya indicó la doctrina española (AURIOLES, 2005), la alta consideración social que se hace del tiempo de vacaciones, exige que se establezcan unos “*controles especiales*” sobre los operadores turísticos que garantice la prestación de unos servicios turísticos de calidad, entre los cuales se encuentran las garantías en caso de insolvencia. El tema es de vital importancia para las autoridades nacionales y europeas (ver, por ejemplo, la *Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2009, sobre la compensación destinada a los pasajeros en caso de quiebra de una compañía aérea*), siendo una de las alternativas a la protección de intereses en sede concursal la de suscribir los correspondientes contratos de seguro para cubrir el riesgo de la insolvencia de estos operadores (*insolvency insurance*). En este marco, en interpretación de la *Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (en adelante, Directiva 90/314), el TJUE en sentencia de 16 de febrero de 2012 (TJCE\2012\33), ha afirmado que el artículo 7 “*debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación en la que la insolvencia del organizador del viaje se debe al comportamiento fraudulento de éste*”, en un supuesto en el que el riesgo de insolvencia estaba asegurado. Y en este sentido también, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE*, de 9 de julio de 2013, contempla expresamente la posibilidad de que la protección contra la insolvencia pueda prestarse en forma de garantía o póliza de seguros (en adelante, PDVC 2013).

Como ya se ha indicado, en el ámbito turístico, el concurso puede afectar a los contratos (inter-empresariales o con consumidores) que se hayan celebrado, incluidos los relacionados con el transporte de personas, como “sector indispensable” para el turismo (AURIOLES, 2005). Los consumidores o usuarios turísticos, como colectivo más vulnerable, han de ser tenidos en cuenta a efectos de que puedan obtener una adecuada protección de sus intereses económicos, por lo que habrá que valorar la posible existencia de privilegios legales extra-concursales (AURIOLES, 2005), la aplicación en sede concursal de normas especiales de protección del consumidor (como ocurre con el transporte

aéreo), o si las soluciones consensuadas (convenios) que se hayan dado en la práctica en los casos de concursos de agencias de viajes u otras empresas especialmente relacionadas, como las de transporte, pueden ayudar a conseguir este objetivo.

En los años de aplicación de la Ley Concursal se han producido diversos concursos de compañías aéreas y agencias de viajes de especial trascendencia para el sector y la economía española, como los de “Air Madrid, S. A.”, “Viajes Marsans, S.A.”, “Grupo Orizonia” o “Spanair, S.A.”, que servirán para ilustrar algunas de las cuestiones más relevantes de este tema. Con este objeto, se expondrán en primer lugar unas nociones básicas sobre el concurso y posteriormente se abordarán más concretamente las principales particularidades que se han detectado en los concursos declarados en el ámbito turístico.

## **II. NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONCURSO**

### **A. Qué es y quién puede ser declarado en concurso**

El concurso es un procedimiento judicial que permite la ejecución universal del patrimonio de un deudor para satisfacer a todos sus acreedores. Esto significa que aquel deudor que se encuentre en situación de insolvencia (art. 2.1 LC), que es el *presupuesto objetivo del concurso*, podrá solicitarlo directamente (concurso voluntario) o podrá verse declarado en concurso si uno de sus acreedores lo solicita (concurso necesario). En el sector turístico pueden citarse, entre otros, dos importantes concursos relativamente recientes: el concurso voluntario del denominado “Grupo Orizonia” (AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 9 de abril de 2013 y extracto publicado en BOE núm. 88, de 12 de abril de 2013) y el concurso necesario de “Viajes Marsans, S.A.” (AJM núm. 12 de Madrid, de 25 de junio de 2010 y extracto publicado en BOE núm. 162, de 5 de julio de 2010).

La insolvencia es un estado en el que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2. LC). El deudor debe demostrarlo justificando su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser no sólo actual sino también inminente. El estado de insolvencia inminente es aquel en el que el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC).

Pero conviene aclarar que no es lo mismo “insolvencia” que “desbalance patrimonial”. Y que las cuestiones relacionadas con las pérdidas económicas en una sociedad, pueden resolverse de diversas formas, según los requisitos y exigencias de cada caso (reducción de capital, disolución o modificación estructural). Así, según el TS, “*en la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea*

*inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual” (STS, Sala 1ª, de 1 de abril de 2014, FD 13 - ROJ: STS 1368/2014).*

Por tanto, el concurso pretende conseguir el objetivo de salvaguardar la empresa siempre que sea posible, o, en su defecto, liquidar los bienes del deudor para permitir el pago de sus deudas sobre la base de la comunidad de intereses. Todo ello se logrará por una doble vía dentro de ese procedimiento judicial: a) llegando a un acuerdo con los acreedores, que permita la quita y/o espera de las deudas; o, b) liquidando el patrimonio del deudor, como se verá más adelante.

Podrá ser declarado en concurso cualquier deudor, ya sea persona natural o jurídica y no podrán serlo las entidades que integran la organización territorial del Estado, como por ejemplo, un Ayuntamiento (*presupuesto subjetivo del concurso*). Sí, en cambio, aquellas entidades de Derecho privado que estén participadas con capital público, como podría ocurrir con algunas sociedades de promoción turística.

Si la solicitud es presentada por un acreedor, además de la posibilidad de fundarla en el título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, la LC prevé una serie de circunstancias que pueden valer para justificar la insolvencia del deudor (art. 2.4), hechos que sirven también de presunciones para el caso de concurso voluntario (art. 5.2). Son los siguientes: a) el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; b) la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; c) el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor y d) el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso ; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período ; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Ahora bien, no todos los acreedores pueden solicitar el concurso. Así, *“no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento”* (art. 3.2 LC). El acreedor que solicita el concurso tendrá una clasificación diferente de parte de su crédito. Por ello, el artículo 91.7 LC considera créditos con

privilegio general *“los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe”*.

#### B. Cómo se solicita el concurso y dónde

El concurso debe ser solicitado siguiendo los requisitos establecidos en la LC. Así, a la solicitud de concurso habrá que acompañar los documentos legalmente exigidos (art. 6.2 LC), entre los que destacan el inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores, la plantilla de trabajadores y los documentos contables.

Cuando se trate de una sociedad deudora, como ocurre en la mayoría de los casos en el ámbito mercantil, hay que tener en cuenta dos cuestiones importantes: 1ª) que será el órgano de administración o de liquidación el que decida sobre la solicitud de concurso y 2ª) que no sólo estará legitimada para solicitar el concurso la sociedad deudora, sino también los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de la sociedad (art. 3.3 LC).

Además, el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso si se encuentra en estado de insolvencia dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer dicho estado (art. 5.1. LC).

Pero la propia ley prevé otras alternativas antes de llegar al concurso, como son los *“acuerdos de refinanciación”* o el nuevo *“acuerdo extrajudicial de pagos”*. Para ello la LC dispone que *“el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley”* y que *“en el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso”* (art. 5 bis 1).

Esto tiene un importante efecto y es el de aplazar la obligación de solicitar el concurso de tal modo que *“transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo*

*hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia*” (art. 5 bis, 5).

La solicitud de concurso se presentará por el deudor, por cualquiera de sus acreedores o por el mediador concursal ante el Juzgado de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales (arts. 3.1, 10.1 y 22.1 LC). Así, puede ocurrir que la entidad que solicita el concurso tenga su domicilio social en una ciudad y el centro de sus intereses principales en otra. Es este segundo criterio el que determina la competencia del Juzgado de lo Mercantil para declarar el concurso [ver, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 24 de enero de 2012 (Roj: ATS 500/2012), que declara que la competencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca para conocer del concurso de una empresa hotelera que tiene allí su principal centro de intereses, aunque el domicilio social se encuentre en Madrid, favorece la personación de los acreedores y la actuación de la Administración concursal, al encontrarse la mayor parte de los acreedores y activos de la solicitante en esta ciudad].

Dado que en el sector turístico los operadores pueden pertenecer a un mismo grupo o tener vínculos entre ellos, debe tenerse en cuenta que la LC permite que puedan solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que formen parte del mismo grupo de sociedades (art. 25.1) o que se solicite la acumulación de concursos ya declarados de quienes formen parte de un grupo de sociedades o de quienes tuviesen sus patrimonios confundidos (art. 25 bis 1). Es de destacar por su importancia en este ámbito la declaración de concurso voluntario presentada por veintiuna sociedades integrantes del denominado “*Grupo Orizonia*”.

En la tramitación del procedimiento, el Juez estará auxiliado por la administración concursal (arts. 26 y ss. LC), que en la mayoría de los concursos y con carácter general, estará integrada por un único miembro, que podrá ser abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas o una persona jurídica en la que se integren estos profesionales (art. 27.1 LC). Sólo en aquellos casos que sean calificados como de especial trascendencia (por ejemplo, por la cuantía de la cifra de negocio o por el número de acreedores o trabajadores afectados), la administración concursal estará integrada también por un acreedor (art. 27.2, 3º y 27 bis LC). En el ámbito turístico, por ejemplo, han sido declarados como de especial trascendencia el concurso de “*Spanair, S. A.*” [AJM núm. 10 de Barcelona, de 1 de febrero de 2012 (Roj: AJM B 2/2012) y extracto BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2012] y el concurso del denominado “*Grupo Orizonia*” (AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 4 de abril de 2013, FJ 7º). En el ejercicio de su cargo, la administración concursal debe cumplir con los deberes que se le exigen legalmente (art. 35 LC).

## C. Cómo se declara el concurso y cuáles son sus efectos. La formación de las masas

### 1. La declaración de concurso

Una vez presentada la solicitud ante el órgano competente, el Juez dictará un auto declarando el concurso o rechazando la solicitud (art. 20 LC) y éste se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal (art. 23 LC). La declaración de concurso se inscribirá también, para el caso de deudores personas jurídicas inscribibles en el Registro Mercantil, en dicho registro.

El artículo 21 LC establece el contenido del auto. Debe contener, entre otros, los siguientes pronunciamientos: 1º) carácter del concurso (necesario o voluntario) indicando si el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio; 2º) efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio; 3º) nombramiento y facultades de los administradores concursales; 4º) las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar el patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo; 5º) llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del auto de declaración de concurso y 6º) la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

El auto de declaración de concurso producirá sus efectos de inmediato y abrirá la fase común de tramitación del procedimiento (art. 21.2). Además, la administración concursal *“realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos”* (art. 21.4).

Cuando el Juez declara el concurso de un deudor, se producen ciertos efectos que afectan al propio deudor, a los acreedores, a los créditos y a los contratos.

### 2. Efectos del concurso sobre el deudor

De entre los efectos del concurso que afectan al deudor, el más relevante es el relativo a sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio. Así, el juez, al declarar el concurso, indicará si estas facultades quedan intervenidas (lo que significa que la administración concursal debe autorizar o dar su conformidad a los actos de administración o disposición), o si quedan suspendidas (en cuyo caso, la administración

concurzal sustituye al deudor y deberá realizar todos los actos de administración o disposición sobre el patrimonio del deudor). La regla general establecida en la propia Ley concursal (que puede ser modificada a criterio del Juez) es que en los casos de concurso voluntario se optará por la intervención y en los casos de concurso necesario por la suspensión. Así, por ejemplo, en el concurso del “Grupo Orizonia”, se acordó la intervención de estas facultades. También se acordó esta gravosa medida en el concurso de “Viajes Marsans”, atendiendo a la complejidad de la actividad de la deudora (AJM núm. 12 de Madrid, de 25 de junio de 2010).

La declaración de concurso igualmente puede suponer la limitación de algunos de los derechos fundamentales del deudor, como los que afectan a la correspondencia, residencia y libre circulación (art. 41 LC).

Todo lo anterior se justifica porque una de las cuestiones más importantes en el procedimiento concursal es que debe atenderse a la conservación de la masa activa de la forma que sea más conveniente para los intereses del concurso, por lo que, como regla general, *“hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez”* (art. 43, 1 y 2 LC). Una excepción a esta regla viene constituida por aquellos actos que sean indispensables para garantizar la continuidad de la actividad o la viabilidad de la empresa (art. 43.3). El efecto principal que se produce en este caso es que *“la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”* (art. 44.1).

El deudor debe además poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial (art. 45.1). Tanto en los casos de intervención como de suspensión de facultades, subsiste la obligación de formular y auditar en su caso las cuentas anuales, obligación que recaerá en el primer caso en los administradores sociales y en el segundo en los administradores concursales. Para ello, tendrá que convocarse la correspondiente Junta General, conforme a los requisitos exigidos por la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Por último, ha de destacarse que en los casos de concurso de persona jurídica, cabe acordarse como medida cautelar *“el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la*



*liquidación en los términos previstos en esta ley*” (art. 48 ter LC). Ejemplo de ello fue el concurso de “Viajes Marsans” en el que se procedió al embargo preventivo de fincas de los administradores (AJM núm. 12 de Madrid, de 11 de noviembre de 2010).

### 3. Efectos del concurso sobre los acreedores

Dado que el procedimiento de ejecución concursal tiende a la satisfacción de todos los acreedores del deudor en igual medida (la llamada “*par conditio creditorum*”), atendiendo a la comunidad de intereses antes aludida, dos son los efectos más relevantes que le afectan.

El primero es la paralización de las acciones individuales de los acreedores. Ello implica, de un lado, que una vez “*declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes*” (art. 49.1).

De otro, que se paralizan las acciones individuales que los acreedores deseen interponer contra el deudor o los administradores de aquél (art. 51 bis), exigiendo la LC que sea el juez del concurso quien conozca de ellas. Así establece que los jueces de lo civil, de lo social y de lo mercantil se abstengan de conocer las nuevas demandas que afecten al deudor, pues de admitirse a trámite dichas demandas se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (art. 50). Ahora bien, los juicios declarativos que estuvieren en tramitación en el momento de la declaración del concurso se continuarán “*sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia*” (art. 51 LC).

Similar solución se recoge para los pactos de mediación y convenios arbitrales suscritos por el concursado, pues si el órgano jurisdiccional entendiera que los mismos pueden poner en perjuicio la tramitación del concurso podrá acordar su suspensión. No obstante, los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo (art. 52 LC).

Ha de señalarse, que tanto las sentencias como los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda (art. 53 LC). Así, la SAP Vigo, Sección 6, de 20 de mayo de 2013 (Roj: SAP PO 1110/2013), declara que no cabe proseguir la ejecución de una sentencia condenatoria contra una agencia de viajes declarada en concurso, debiendo seguirse la misma en el proceso concursal.

El segundo es que no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales así como seguirse apremios administrativos o tributarios (art. 55 LC). Efecto éste que afecta también a las acciones de los acreedores privilegiados, pues el artículo 56 LC reconoce la paralización de las ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas.

#### 4. Efectos del concurso sobre los créditos

Basándose en el principio de igualdad de trato entre los acreedores la LC también prevé determinados efectos sobre los créditos una vez declarado el concurso. Así se prevé en primer lugar, la prohibición de compensación de deudas y créditos del concursado (art. 58 LC), esto es, cuando el concursado sea al mismo tiempo deudor y acreedor de una misma persona no podrá compensar y por tanto extinguir, conforme al artículo 1.196 del CC, las deudas y los créditos recíprocos.

En segundo lugar, se impone la suspensión del devengo de *“intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley”* (art. 59.1 LC). La norma paraliza dicho devengo tratando de inmovilizar el pasivo del concursado, pues en caso contrario provocaría un incremento paulatino del importe de la masa pasivo, lo que dificultaría el cálculo para el pago de los acreedores. Ahora bien, *“cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional”* (art. 59.2).

En tercer lugar, también queda suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa, con excepción, por supuesto, a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social (art. 59 bis LC).

Y, por último, desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración, así como la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. Con ello se persigue evitar que prescriban las acciones durante la tramitación del procedimiento concursal. Esta interrupción no perjudicará obviamente, ni a los deudores solidarios ni a los fiadores ni avalistas, pues cuando existen varios deudores solidarios, la prescripción sólo afectará al deudor concursado, no a los demás (art. 60).

#### 5. Efectos del concurso sobre los contratos

La regulación contenida en la LC parte, en principio, de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas de modo que la declaración de concurso no es título suficiente para resolver los contratos pendientes de ejecución, por una o por ambas partes, ello obviamente, sin perjuicio de que el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, puedan solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso (art. 61). Esto se explica por la necesidad de mantener y conservar la actividad empresarial o profesional, de modo que habrá que poner todos los medios que estén al alcance de los implicados para que se facilite la continuidad de la empresa.

Si utilizamos como ejemplo un contrato de consumo, en particular, el contrato de viaje combinado, una vez declarado el concurso de la agencia organizadora podemos encontrarnos con varias situaciones distintas, dependiendo de que ambas partes o sólo una de ellas (la parte *in bonis*) hayan cumplido con la prestación en todo o en parte. Aplicando el régimen general contenido en los artículos 61 y 62 LC, si la declaración de concurso tiene lugar con anterioridad a la ejecución del contrato de viaje combinado (es decir, una vez celebrado pero antes de iniciarse el viaje combinado), el contratante principal habrá tenido que desembolsar, al menos, un adelanto del precio total del viaje combinado, no pudiendo superarse en caso de reserva, como ya señalamos, el 40% del precio total del viaje combinado, o bien, el total del precio global del viaje si la declaración

de concurso tiene lugar en los días previos a la salida del mismo. En ambos casos, la parte *in bonis* habrá tenido que cumplir, en todo o en parte su obligación, mientras que la obligación de la agencia organizadora queda pendiente de cumplimiento. La deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso (art. 61.1), por lo que se obligará al consumidor a cobrar según la ley del dividendo.

Por el contrario, si una vez declarado el concurso ambas partes aún tienen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, el organizador concursado estará obligado a realizar las prestaciones con cargo a la masa (art. 61.2 LC). En función de lo expuesto, en caso de que, declarado el concurso, aún queden pendientes obligaciones para ambas partes, la obligación derivada del contrato de viaje combinado para el organizador implica que el consumidor tiene un crédito contra la masa por la prestación del viaje combinado correspondiente al abono (parcial) realizado. Adviértase que los créditos contra la masa, por su especial naturaleza como créditos extra-concursales, no están sujetos al régimen de la comunicación de créditos concursales contemplado en el artículo 85 de la LC, sin perjuicio que en el informe que deberán realizar los administradores concursales se detallen y cuantifiquen los créditos contra la masa, devengados y pendientes de pago.

Si la declaración de concurso tiene lugar una vez iniciado el viaje combinado nos encontramos con la situación de que tanto el deudor como el acreedor han ejecutado, en todo o en parte, las obligaciones derivadas del contrato. Mientras el consumidor-acreedor ha cumplido las obligaciones que le corresponden en su totalidad, el organizador-deudor, en cambio, se encuentra en la situación de haber finalizado sólo algunas de estos deberes. Pongamos por ejemplo, que el consumidor esté en el lugar de destino en el momento de declararse el concurso. En este caso, es frecuente que se haya consumado su traslado y quizás el organizador haya cumplido las obligaciones atinentes al alojamiento, régimen de pensión alimenticia, excursiones y otros servicios correspondientes hasta el día de la declaración del concurso, quedando por ejecutar los mismos deberes que conciernan a los días que aún le quedan por disfrutar al consumidor más el traslado al lugar de origen. Por tanto, con relación al consumidor, el organizador ha cumplido en parte sus compromisos pero el régimen jurídico sería, en principio, el mismo, esto es, el crédito del consumidor se incluiría en la masa pasiva si, por virtud de la declaración del concurso, los prestadores de los servicios se negaren a prestarlos directamente a los consumidores o le fuerzan a abonarlos directamente para volver a destino. Véase que, en estos casos, el consumidor se encuentra en una difícil y compleja situación, pues abona a dos empresarios distintos las mismas prestaciones. Esto es, el pago adelantado del viaje combinado y el pago directo al

prestador del servicio (hotelero, empresa de transporte, etc.) que, en ocasiones y ante la situación de concurso del acreedor, obliga al consumidor a abonarle directamente el servicio. Bien es verdad que los contratos celebrados por el concursado para cumplir con el contrato de viaje combinado (contingente, charter, etc.) también están sometidos al régimen general del concurso, pero hemos de ser conscientes de la situación de debilidad en la que se encuentra el consumidor cuando la declaración de concurso del organizador tiene lugar una vez que el viaje ha comenzado, pues dicho viaje sólo puede tener lugar si los distintos prestadores de los servicios, vinculados al organizador en virtud de contratos distintos al viaje combinado (chárter, cupo, arrendamiento de servicios, etc.) cumplen con las obligaciones derivadas de sus respectivos pactos tal como dispone el art. 61.2 LC.

Es más, precisamente para evitar situaciones similares se establece en el punto 3 del mismo precepto que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes, lo que implica la nulidad de las cláusulas de este tipo.

Decíamos que el art. 61.2 LC establece que la declaración de concurso por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. En tal caso, las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. No obstante, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaren conveniente al interés del concurso. En tal caso, el Juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución en sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En caso contrario, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el Juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

Ahora bien, también se prevé en el artículo 62.1, la posibilidad de resolver tales contratos para el caso de incumplimiento de cualquiera de las partes con posterioridad a la declaración del concurso. Esto implica que si una vez declarado el concurso y obligado el deudor concursal a ejecutar el viaje combinado, el mismo no puede efectuarse, normalmente, por los problemas que devengará dicha declaración para el resto de los empresarios que suministran los servicios que constituyen el viaje combinado, el contratante principal podrá solicitar al Juez la resolución del contrato.

El Juez, por su parte, podrá resolver el concurso una vez se demuestre el incumplimiento, o bien al contrario y atendiendo al interés del concurso, podrá exigir su observancia, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, que, en nuestro caso, implicarán el cumplimiento de otros tantos contratos necesarios para la ejecución de las distintas prestaciones que constituyan el viaje concreto. Ahora bien, el Juez no podrá acordar la continuación del contrato de viaje combinado cuando la ejecución del mismo no sea posible, bien por expresa imposibilidad derivada, a su vez, del incumplimiento de los contratos de los que depende la prestación, o bien cuando la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas de la masa. En este último supuesto, debe permitirse al cumplidor resolver el contrato para que pueda recuperar, cuando sea posible, la prestación realizada.

## 6. La formación de las masas

Un efecto fundamental de la declaración de concurso es que deben formarse las denominadas masas del concurso, que son: a) la masa activa, integrada por todos los bienes y derechos patrimoniales del deudor y b) la masa pasiva, integrada por todos los acreedores del deudor.

La masa activa quedará formada por *“los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”* (art. 76.1) quedando excluidos de la misma *“aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables”* (art. 76.2). Además, la LC prevé la separación de bienes de la masa, al establecer que *“los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos”* (art. 80).

La declaración de concurso puede tener efectos en la formación de la masa activa, de tal forma que la administración concursal pueda entablar las denominadas acciones de rescisión si considera que algún acto realizado por el deudor puede perjudicarla, conforme a lo prevenido en el artículo 71 LC, cuyo apartado 1 establece que *“declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”*. La norma se completa con el establecimiento de presunciones de derecho y de hecho sobre el perjuicio patrimonial (art. 71.2 y 3) y con un listado de actos y garantías que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión (art. 71.5). El principal efecto de la

rescisión es que se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la restitución de las prestaciones (art. 73). Así, la SAP Palma de Mallorca, Sección 5, de 2 de noviembre de 2012, considera que los actos de constitución de garantía hipotecaria efectuados por la concursada (para garantizar deudas de una agencia de viajes frente a otra) y que relaciona en la demanda, son actos perjudiciales para la masa activa del concurso y en consecuencia interesa se declare la ineficacia y rescisión de los mismos (Roj: SAP IB 2479/2012).

En lo que respecta a la formación de la masa pasiva, ésta quedará compuesta por los “*créditos concursales*” y por los “*créditos contra la masa*”, teniendo en cuenta que merecerán la primera calificación aquellos créditos que no figuren en el listado del art. 84.2, que enumera los que han de considerarse como créditos contra la masa. Entre éstos destacan determinados créditos por salarios, las costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, los de alimentos del deudor o los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. Su principal beneficio es que los créditos por salarios se pagarán de forma inmediata y los restantes créditos contra la masa se pagarán a sus respectivos vencimientos (art. 84.3). Cuando los acreedores hayan comunicado a la administración concursal la existencia de sus créditos, aquélla determinará la inclusión o exclusión de los mismos en la lista (art. 86.1), graduándolos conforme a la clasificación prevista en el artículo 89 según sean créditos privilegiados [con privilegio especial (art. 90) o con privilegio general (art. 91)], ordinarios y subordinados.

En relación con la formación de las masas activa y pasiva es donde pueden plantearse algunas cuestiones específicas derivadas de la especialidad de las relaciones contractuales en el ámbito turístico, aspecto que se tratará en el epígrafe siguiente.

#### D. Cómo finaliza el procedimiento concursal: el convenio y la liquidación. La calificación del concurso

##### 1. El convenio

La ley concursal distingue entre la “propuesta de convenio” y el convenio propiamente dicho. La propuesta de convenio se presentará por el deudor o por los acreedores proponentes (art. 99). La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera y deberá presentarse acompañada de un plan de pagos (art. 100 1 y 4 LC). Los acreedores podrán adherirse a ella sin introducir modificaciones ni condiciones (art. 103). Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y

hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación podrá presentar ante el juez una propuesta anticipada de convenio siempre que cumpla los requisitos legales (arts. 104 y 105).

Distinta es la denominada “fase de convenio”, que se abre cuando el Juez pone fin a la denominada “fase común” (art. 111 LC). En aquélla, el concursado que no hubiese presentado propuesta anticipada ni tuviese solicitada la liquidación, podrá presentar ante el Juzgado propuesta de convenio que se tramitará conforme a lo preceptuado en la LC, destacando la constitución de la junta de acreedores para adoptar una decisión respecto a las propuestas presentadas (arts. 116 y ss. LC) y la aprobación judicial de la misma (arts. 127 y ss. LC). El reconocimiento de la eficacia del convenio supondrá el cese de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133 LC). Si el convenio se incumple, se podrá solicitar del Juez la declaración de incumplimiento (art. 140 LC) cuyo efecto es la rescisión de éste y la desaparición de la quita y la espera acordados. Si se cumple, el Juez dictará auto de conclusión de concurso (art. 141 LC).

## 2. La liquidación

Si no se presenta la propuesta de convenio, se procederá a la apertura de la fase de liquidación (art. 114), fase que podrá solicitarse en cualquier momento por el deudor (art. 142 LC) y también declarada de oficio por el Juez (art. 142). Durante esta fase también se producen unos concretos efectos sobre el concursado (suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y disolución de la sociedad si el concursado fuese persona jurídica) y sobre los créditos concursales (vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones). Según lo previsto en el artículo 148.1, *“la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”*.

## 3. La calificación del concurso

Según dispone el artículo 163 LC, *“el concurso se calificará como fortuito o como culpable”*. Será culpable *“cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho,*



*apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso” (art. 164.1 LC). La LC establece a este respecto una serie de circunstancias en las que, en cualquier caso, el concurso merecerá tal calificación (art. 164.2). En este marco, “el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia” (art. 172 bis LC). Además de por la concurrencia de hechos subsumibles en las diversas presunciones de culpabilidad fijadas en la LC, el agravamiento de la situación de insolvencia fue determinante en la calificación como culpable del concurso de “Viajes Marsans, S.A.” (SJM núm. 12 de Madrid, de 13 de junio de 2013).*

La declaración de la culpabilidad del concurso puede extenderse también a los cómplices [ver SAP Madrid, Sección 28ª, de 28 de junio de 2013 (Roj: SAP M 12079/2013) en la que se debate sobre la complicidad de una central de reservas en la generación de la situación de insolvencia de la concursada derivada de determinadas transferencias por viajes].

### **III. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONCURSO DE ACREEDORES EN EL ÁMBITO TURÍSTICO**

#### **A. Consideraciones generales**

Como ya avanzamos, el procedimiento concursal es el mismo con independencia del sector económico en el que se produzca la insolvencia del deudor, no obstante, en el ámbito turístico se han detectado ciertas peculiaridades, tanto en relación con los consumidores o usuarios turísticos que adquieren esos servicios, como con determinados operadores que mantienen con los deudores concursados diversas relaciones contractuales atípicas (es decir, no reguladas), y cuyos derechos y obligaciones, en el marco de estas relaciones contractuales, pueden afectar a cuestiones tan relevantes como la formación de las masas o la clasificación de los créditos. Destacan en este caso las agencias de viajes y las compañías de transporte aéreo.

Las agencias de viajes ya carecen de regulación a nivel estatal (*Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a*

*actividades turísticas y su ejercicio*). Por ello, hay que consultar la normativa turística autonómica para conocer su régimen jurídico. Así, por ejemplo, el *Decreto 37/2014, de 9 de mayo, por el que se modifica el Decreto 89/2010, de 22 de julio, por el que se regula la actividad de intermediación turística de la Comunidad Autónoma de Canarias*, establece en su artículo 2 que una agencia de viajes “*es el intermediador turístico que, en exclusiva o en concurrencia con otras actividades de intermediación turística desarrolle la actividad de venta u organización de viajes combinados, conforme a la normativa reguladora de los viajes combinados*”. Esta labor de intermediación se ha calificado a efectos contractuales en relación con los clientes como de comisión. Es precisamente la regulación del contrato de viaje combinado en nuestro ordenamiento jurídico (que traspuso la Directiva 90/314) la única que contiene una disposición relativa a la garantía de la responsabilidad contractual en caso de insolvencia, a la que se hará referencia más adelante.

Por su parte, las compañías de transporte aéreo son operadores que con una licencia de explotación pueden desarrollar esta actividad en las condiciones previstas en la misma. El mantenimiento de esta licencia queda sometido al cumplimiento de determinados requisitos, entre los que se encuentra la “solventía financiera” según la normativa aplicable (ver artículo 9 del *Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad*). Por ello se incluye como causa de suspensión o revocación de la licencia la insolvencia de las compañías aéreas. Debe destacarse también el importante papel de la IATA (*International Air Transport Association*) que dadas sus especiales funciones en el aspecto económico del contrato de transporte aéreo de pasajeros puede ser la primera en tener indicios de insolvencia. En los concursos que se han declarado en España en relación con estos operadores, se ha observado el diferente tratamiento obtenido por quienes han contratado el servicio turístico a través de una agencia de viajes y las que no, contando, en el primer caso, con la garantía de la responsabilidad adicional del intermediario (GUERRERO LEBRÓN, 2011).

Al margen de los aspectos civiles, quedan las cuestiones que puedan derivarse al ámbito administrativo [ver STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 18 de febrero de 2010 (Roj: STSJ MAD 1572/2010), sobre confirmación de la suspensión de la actividad de transporte aéreo de Air Madrid y ejecución subsidiaria por la Administración del Estado de las obligaciones incumplidas por la compañía y exoneración a la aerolínea del abono de los gastos reclamados por la Administración por asistencia a sus pasajeros al cierre de la compañía] o al penal.

## B. El concurso de operadores turísticos

## 1. La determinación de las masas

Como se ha indicado, uno de los efectos más importantes que se produce tras la declaración de concurso es el de la formación de las masas activa y pasiva. En relación con la masa activa, y dada la peculiaridad de las relaciones contractuales de este sector, la mayoría atípicas, se han planteado algunas cuestiones relevantes.

En relación con el transporte aéreo se plantea si las cantidades reservadas por la IATA en caso de suspensión de la licencia a una compañía aérea por insolvencia deben o no integrar la masa del concurso de ésta, en base, fundamentalmente, a la Resolución 850, Anexo F de la IATA. O si en caso de retención de las cantidades por el operador concursado éstas podrían ser objeto de separación (SAP Barcelona, Sección 15ª, de 25 de noviembre de 2011 - Roj: SAP B 13145/2011).

Cuando el concurso no es de la compañía de transporte aéreo, sino de una agencia de viajes que actúa como intermediaria, se plantea si la línea aérea podría ejercitar el derecho de separación de la masa de las cantidades que una agencia de viajes tenga como consecuencia de la venta de billetes (MUÑOZ PAREDES, 2012).

Lo mismo y con parecidos argumentos habría que decir de la cantidad que las agencias de viajes tienen depositadas en la administración turística competente, puesto que legalmente está destinada a *“responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra”* (artículo 163 RDL 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU) y no puede extenderse al cumplimiento de otras obligaciones (SAP Alicante, Sección 5ª, de 11 de febrero de 2004; AC 2004\168). Para la ejecución de esta fianza habrá que tener en cuenta los requisitos normativos fijados y su entronque con las disposiciones concursales (GÓMEZ LOZANO y CABRERA GÓNZALEZ, 2010).

## 2. Créditos concursales. Calificación y posible existencia de privilegios extra-concursales

También derivado de la especialidad de las relaciones contractuales, surge el problema de los créditos derivados de un contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, dado que en este contrato las obligaciones de pago se caracterizan por la entrega de determinadas cantidades a cuenta (*“depósito en concepto de garantía”*) que

luego deben ser liquidadas y al que se había adicionado otro contrato nuevo de regularización de pagos. Las dificultades para ejercitar el derecho de separación previsto en la LC al tratarse de dinero, hacen que estas cantidades deban ser consideradas como un crédito concursal. Así, en la SAP Oviedo, Sección 1, de 10 de junio de 2013 (Roj: SAP O 1753/2013) se indica que *“aquellas cantidades de dinero que se encuentren en poder del concursado, aún cuando lo fueran en concepto de mero depósito, pasan a integrarse, por confusión, en su patrimonio, sin que pueda defenderse por el acreedor de que se trate ninguna suerte de facultad de separación a su favor, pues en lugar de ello su derecho pasará a integrarse en la masa pasiva del concurso como un crédito concursal con la clasificación que le corresponda”*.

En el ámbito del transporte aéreo, se debate sobre el crédito litigioso derivado de prestaciones entre compañías cuyas facturas se presentan y compensan a través del *“sistema Clearing House”* de la IATA, que contempla la presentación de facturas entre compañías, que se compensan y abonan según el saldo resultante. Las facturas pueden ser rechazadas en el plazo de seis meses, de forma que los rechazos no efectuados dentro de ese periodo no tienen virtualidad, y los que entran en plazo son objeto de la tramitación prevista en el sistema, lo que incidirá en la formación de las masas [SAP Barcelona, Sección 15ª, de 26 de marzo de 2014 (Roj: SAP B 2914/2014) y SAP Barcelona, Sección 15ª, de 3 de abril de 2014 ((Roj: SAP B 3385/2014))].

Cabe también plantear si en el marco del contrato de viaje combinado, la regulación del artículo 163 del TRLGDCU respecto a la garantía de la responsabilidad contractual podría o no ser considerada como un privilegio especial, aunque de carácter extra-concursal (AURIOLÉS, 2005). Esto significaría que si lo establecido en esta norma tuviese tal carácter, los consumidores acreedores de una agencia de viajes en concurso tendrían preferencia en el cobro de sus créditos.

Y por otra parte, procede mencionar el régimen que se había diseñado en la Propuesta de Código Mercantil para el contrato de alojamiento, cuyo artículo 534-13.4 reconocía que *“[l]os créditos del titular del establecimiento de alojamiento derivados del contrato de hospedaje y de servicios complementarios tendrán carácter privilegiado respecto de los bienes muebles propiedad del deudor introducidos en el establecimiento de alojamiento y en cualquiera de sus dependencias”*.

### C. Incidencia del concurso de operadores turísticos en la protección de los derechos de los consumidores

#### 1. La insolvencia de las agencias de viajes

Desde la aprobación de la Directiva 90/314 se viene mostrando la preocupación porque queden garantizados los fondos depositados por el consumidor así como su repatriación en caso de insolvencia o quiebra (art. 7). Esta obligación de los operadores fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (art. 12), cuyo contenido se encuentra actualmente recogido en el artículo 163 del TRLGDUC, cuyo tenor es el siguiente: *“Los organizadores y detallistas de viajes combinados tendrán la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza en los términos que determine la Administración turística competente, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra. La fianza quedará afectada al cumplimiento de las obligaciones que deriven de: a) Resolución firme en vía judicial de responsabilidades económicas de los organizadores y detallistas derivadas de la acción ejercitada por el consumidor y usuario final; b) Laudo dictado por las Juntas arbitrales de consumo o por los órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico, previa sumisión voluntaria de las partes. Caso de ejecutarse la fianza, deberá reponerse en el plazo de 15 días, hasta cubrir nuevamente la totalidad inicial de la misma”*.

En su aplicación práctica, este precepto debe significar que el consumidor podría exigir el reembolso de los fondos depositados si prueba que entregó una determinada cantidad como reserva del viaje combinado. Y también debería quedar legitimado para solicitar el reembolso de otras cantidades entregadas con posterioridad, pues la cuantía de su crédito será variable en función de si ha cumplido o no totalmente con la obligación de pago que tiene asumida, al permitirse el pago de cantidades a cuenta en los artículos 152.1, letra g) y 159.1 del TRLGDUC (GÓMEZ LOZANO y GONZÁLEZ CABRERA, 2010).

La PDVC 2013 dedica un nuevo capítulo a la *“protección contra la insolvencia”*, integrado por dos disposiciones (arts. 15 y 16). El primero se refiere a la *“eficacia y alcance de la protección contra la insolvencia”* y en él se exige que los Estados miembros garanticen que los organizadores y minoristas establecidos en su territorio que faciliten la adquisición de servicios asistidos de viaje reciban *“garantías del reembolso efectivo e inmediato de todos los pagos realizados por los viajeros y, en la medida en que se incluya el transporte de pasajeros, de la repatriación efectiva e inmediata de los viajeros en caso de insolvencia”*. A esto se añade que *“La protección contra la insolvencia a que se refiere el apartado 1 tendrá en cuenta el riesgo financiero real de las actividades del operador. Los*

*viajeros disfrutarán de la misma con independencia de su lugar de residencia, el lugar de partida o el lugar de venta del viaje combinado o servicio asistido de viaje”.*

## 2. La insolvencia de compañías de transporte aéreo

- a) La aplicación del *Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos*

En la práctica se ha mostrado que los usuarios turísticos pueden resultar acreedores de un operador que desarrolla su actividad en el ámbito del transporte aéreo declarado en concurso, bien por haber contratado un viaje combinado con algún intermediario (agencia de viajes mayorista o minorista), o bien por haber contratado a través de agencia (servicio suelto) o directamente con el operador un billete de transporte aéreo.

La cuestión a tratar es si el concurso podría ser calificado como una causa de cancelación de un vuelo (no de denegación de embarque) y por tanto que el consumidor tuviera derecho no sólo a la devolución del importe de su billete, sino también a la indemnización prevista en el Reglamento comunitario (MÁRQUEZ LOBILLO, 2013).

De esta cuestión se ha ocupado ampliamente la SJM Madrid núm. 5, de 1 de febrero de 2010 (Roj: SJM M 13/2010), en relación con el concurso de “Air Madrid, S. A.” dictada a raíz de la impugnación por un usuario de la relación de acreedores por no haberse incluido sus créditos (el importe del billete alternativo y la compensación por cancelación). Al analizar la procedencia o no de la indemnización por cancelación, el tribunal entiende que sí es aplicable en los casos de suspensión de la actividad de la compañía aérea, pues considera que la retirada de la licencia para volar no es una causa de fuerza mayor, pues esta excepción ha de ser interpretada restrictivamente. De esta forma, las circunstancias excepcionales *“serán causa de exoneración de la obligación de compensación cuando se traten de acontecimientos que no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista de manera que sean inevitables”*. La no concurrencia de circunstancia excepcional no es suficiente para la existencia de compensación, por lo que el tribunal examina además si hubo o no información suficiente acerca de la cancelación del vuelo y el carácter de la misma (es decir, si fue una información general o personal a cada pasajero). Tras el análisis efectuado, el tribunal determina que el derecho de compensación

corresponde a unos pasajeros y a otros no en función de las circunstancias que se dan en cada caso para que éste pueda estimarse.

En cuanto al reembolso del precio del billete solicitado, se aprecia que tendrá derecho a él aunque sin incluir el importe de la comisión pagada a la agencia de viajes mediadora, ya que el único sistema de adquisición de billetes no era el de hacerlo por medio de agencia de viajes. Debe destacarse también que en este caso el pasajero solicita como indemnización por daños y perjuicios el pago del billete alternativo adquirido para completar su viaje. A este respecto, el tribunal entiende que *“no es posible interesar a la administración concursal el reconocimiento de un crédito derivado de daños y perjuicios sin estar previamente fijado en sentencia o reconocido por el propio concursado”* considerando también que podía reconocerse como crédito contingente si no hubiese recaído resolución sobre el fondo.

Además, un pasajero puede ver denegado el embarque en una aerolínea (que opera el vuelo) porque aquélla con la que contrató ha sido declarada en concurso [AJM Bilbao, de 24 de septiembre de 2012 (Roj: SJM BI 526/2012)]. En este caso se enmarca la responsabilidad de esta última compañía en el artículo 162 del TRLGDCU que configura una responsabilidad solidaria de cuantos empresarios, organizadores o detallistas, concurren en el contrato. Entiende el Juzgado que el hecho de que se haya comunicado el crédito a la compañía concursada (Spanair) no obsta a exigir responsabilidad a la compañía que ha operado el vuelo por su actuación *“dado que no se acredita el pago al acreedor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código Civil. Por ello, habiendo denegado el embarque, debe devolver el precio del billete, estimando la demanda, sin poder analizar otros aspectos indemnizatorios previstos en el Reglamento 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero 2004, al no solicitarse los mismos por la actora”*.

b) La protección de los derechos de los pasajeros a través del convenio concursal

Como se expuso anteriormente, el concurso se puede resolver básicamente mediante la adopción de un convenio o mediante la liquidación. Aunque la normativa concursal no prevea legalmente ningún privilegio, nada impide que sea el propio deudor o determinados acreedores los que presenten una propuesta de convenio que pueda hacer efectiva la protección de los intereses económicos de los consumidores (se les denomina *“acreedores con trato singular”*).

En el concurso de la entidad AIR MADRID, S.A., según se relata en la SJM núm. 5 de Madrid, de 10 de enero de 2012 (Roj: SJM 6/2012), se presentó un convenio por el deudor con una propuesta de pago cuyo punto primero decía: *“Primera: En el primer año a contar desde la firmeza de la resolución aprobatoria del convenio pagará la totalidad de los créditos ordinarios originados por el pago de billetes de AIR MADRID por vuelos programados a partir del día 15 de diciembre de 2006 y que no fueron realizados. Estarán excluidos de este grupo los créditos de aquellos acreedores que hubieran realizado el transporte contratado con AIR MADRID merced a la intervención de Organismos o Instituciones, públicas o privadas, de nacionalidad española o extranjera. También estarán excluidos de este grupo los créditos de aquellos acreedores que por sustitución de AIR MADRID hubieran realizado el servicio de transporte”*. Como se reconoce en la sentencia, la propuesta de pago *“establece un trato singular para una determinada categoría de acreedores (titulares de créditos ordinarios originados por el pago de billetes por vuelos programados a partir del día 15 de diciembre de 2006 y que no fueron realizados) que consiste en el pago íntegro de los créditos en el plazo de 1 año desde la sentencia de aprobación del convenio”*. El contenido de esta propuesta muestra cómo los consumidores contratantes de un billete de pasaje pueden obtener la totalidad del crédito, es decir, el importe íntegro del billete comprado.

Pero además, las peculiaridades que se daban en este concurso llevaron a decidir al juzgador sobre dos problemas adicionales: 1º) la forma de pago y 2ª) la publicidad del acuerdo adoptado. Respecto al primer aspecto, la propuesta de convenio establecía que el pago se realizara *“por medio de pagaré con vencimiento de 10 días antes del transcurso de 1 año desde la resolución de aprobación del convenio”*, para cuya entrega se estableció un sistema de cita telefónica o por internet, con entrega de los títulos en la oficina de la concursada, indicándose que el cobro de los títulos se efectuaría sin coste alguno para el acreedor. El juzgador entiende que fijar *“como único medio de pago la entrega de pagaré puede ser muy perjudicial para los acreedores”* al haber demostrado la realidad del concurso que éstos residen *“en numerosos sitios de España e incluso del extranjero”*. Dado el deseo manifestado por gran parte de ellos de recibir el pago mediante transferencia, entiende el juzgador que, *“siendo lo relevante el pago, la forma de hacerlo no debe imponerse de forma absoluta, y por ello la concursada no puede exigir a los acreedores que se desplacen a Madrid para la entrega del pagaré, cuando les consta que han designado una cuenta corriente para que se efectúe la transferencia”*. Es por ello que se obliga a la concursada a articular un sistema para que se produzca el pago respetando la voluntad de los acreedores de cobrar por medio de transferencia.

Y en lo atinente a la publicidad, se consideró que teniendo en cuenta *“el elevado número de acreedores y su residencia en numerosos países, es necesario arbitrar un sistema*



*de publicidad que permita o posibilite que los acreedores conozcan la resolución aprobando el convenio*". Para ello se diseñó un sistema de publicación en diarios oficiales (BOE) y en diarios nacionales y extranjeros. Dada la nacionalidad de los consumidores, el sistema se completaba con una comunicación a las embajadas para que pudieran informar a sus nacionales de la aprobación del convenio.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV.: *La reforma de la legislación concursal*, (dir. A. Rojo), Madrid, Marcial Pons, 2003.
- AA.VV.: *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerra, J. (dir.), Madrid, 2003.
- AA.VV.: *Comentarios a la legislación concursal*, Fernández de la Gándara, L./Sánchez Álvarez, M.M. (coord.), Madrid, 2004.
- AA.VV.: *Comentarios a la Ley concursal*, Bercovitz-Rodríguez Cano, R. (coord.), 2 vols., Madrid, 2004.
- AA.VV.: *Comentario de la Ley concursal*, Rojo, A./ Beltrán, E., (dir.), 2 vols., Madrid, 2004.
- AA.VV.: *Comentarios a la legislación concursal*, Sánchez-Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V. (dir.), Valladolid, 2004.
- AA.VV.: *Comentarios a la legislación concursal: Ley 22-2003 y 8-2003 para la reforma concursal*, Pulgar Ezquerra, J. (dir.), Madrid, 2004.
- AA.VV.: *Estudios sobre la Ley concursal*, Jiménez Sánchez, G. (coord.), varios Vols., Madrid, 2005.
- AA.VV.: *Estudios de derecho concursal*, Peinado Gracia, J.I./Valenzuela Garach, F. (coord.), Madrid/Barcelona, 2006.
- AA.VV.: *Enciclopedia de derecho concursal*, Beltrán Sánchez, E./García-Cruces González, J.A. (dir.), Pamplona, 2012.
- AURIOLES MARTÍN, A., *Introducción al Derecho turístico: Derecho privado del turismo*, Tecnos, Madrid, 2005.
- GÓMEZ LOZANO, M<sup>a</sup> M., y GONZÁLEZ CABRERA, I., "La garantía de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en concurso", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 13, 2010, págs. 341-348.
- GUERRERO LEBRÓN, M<sup>a</sup> J., "El concurso de las aerolíneas españolas. La protección del turista en los casos recientes", *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*, 2011.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P., *Denegación de embarque en el transporte aéreo de pasajeros*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

MUÑOZ PAREDES, M<sup>a</sup> L., “El derecho de separación de las compañías aéreas de los fondos que obran en poder de agencias de viajes declaradas en concurso obtenidos por la venta de billetes por cuenta de aquellas”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26, 2012, págs.11-50.

SOLER VALDES-BANGO, A., *El contrato de viaje combinado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.