



Universidad de Granada

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

**CUESTIONES Y EFECTOS PROCESALES DE LA
DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE
ACREEDORES**

SAÚL GONZÁLEZ GARCÍA

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Saúl González García
ISBN: 978-84-9163-580-2
URI: <http://hdl.handle.net/10481/48504>

El doctorando y el director de la tesis

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

En Granada a 11 de febrero de 2017

Director: Dr. José Luis González Montes	Doctorando: Saúl González García

RESUMEN DE LA TESIS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	14
OBJETIVOS	15
METODOLOGÍA.....	16
CAPITULO I: PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL DERECHO CONCURSAL. 17	
I. JUSTIFICACIÓN.....	17
II. IDEAS PREVIAS.	18
III. ANTECEDENTES DE LAS INSOLVENCIAS EN EL DERECHO ROMANO	19
1. La insolvencia en la Roma Arcaica. La ejecución personal por deudas....	20
A. La responsabilidad corporal por deudas, el Nexum.....	21
B. Conclusiones sobre el Nexum.	24
C. La Ley de las XII Tablas y el procedimiento de la Legis Actionis. El proceso de ejecución personal, la manus iniectio.	25
a) La Tramitación de la manus iniectio.....	26
b) Especial referencia a la figura del vindex.	28
c) Conclusiones sobre la ejecución por vía de la manus iniectio.	30
D. La Lex Poetelia Papiria. El antecedente de la responsabilidad patrimonial por deudas.....	31
2. La primera responsabilidad patrimonial por deudas, la Venditio Bonorum.....	34
A. La creación de la bonorum venditio: una creación del Pretor.	34
B. La missio in bona rei servendae causae.....	37
C. Breve referencia al curator bonorum.....	40
D. Breve referencia a la Proscriptio.	43
E. La venditio bonorum.	44
F. Conclusiones sobre la bonorum venditio.....	47
3. La cesión de bienes del deudor, la cessio bonorum.....	48
A. Naturaleza jurídica de la cessio bonorum y requisitos.	49

B. Los efectos de la cessio bonorum.....	51
a) Efectos de la cessio bonorum sobre los acreedores.....	51
b) Efectos de la cessio bonorum sobre el deudor	52
C. Conclusiones.....	54
4. La venta en detalle de los bienes objeto de ejecución patrimonial, la bonorum distractio.....	55
5. Conclusiones sobre el tratamiento de las insolvencias en el Derecho Romano.	56
IV. LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO ALTOMEDIEVAL ESPAÑOL.	59
1. Consideraciones históricas previas al estudio del Derecho de insolvencias.	59
2. La regulación legal de las insolvencias en el Derecho positivo visigodo.	62
3. El Fuero Viejo de Castilla.	64
4. El Fuero Real de España.....	66
5. Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.....	67
6. La escuela tratadista concursal española. Francisco Salgado de Somoza y su obra: Labyrinthus Creditorum.....	70
7. EL NACIMIENTO DE LA QUIEBRA COMO PROCESO EXCLUSIVO PARA LOS COMERCIANTES.....	71
1. Las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble Y Muy Leal Villa de Bilbao.....	73
2. La codificación en materia de insolvencias.....	75
3. La quiebra en el proceso de codificación mercantil	75
A. El Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829	75
B. La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1.830.	80
C. El Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 del Ministerio de Gracia y Justicia.....	84
D. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.....	85

E. El código de comercio de 1885.	86
F. Conclusiones sobre la codificación en materia de quiebras.	87
4. El concurso de acreedores en el proceso de codificación:.....	88
A. El concurso de acreedores en la LEC de 1.855.	88
B. El concurso de acreedores en la LEC de 1.881.	89
C. El concurso de acreedores en el Código Civil de 1889.	90
D. Conclusiones a la codificación del concurso de acreedores.	90
5. La quita y espera y la suspensión de pagos.	91
A. La suspensión de pagos.	91
B. Las quitas y las Esperas.	93
C. Conclusiones al respecto de las suspensiones de pagos, quitas y esperas.	94
6. La necesaria reforma del derecho concursal.....	94
7. Conclusiones sobre la Codificación Mercantil en materia de quiebras e insolvencias.	95
V. LOS TRABAJOS PREPARATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE LA VIGENTE LEY CONCURSAL.	96
CAPITULO II: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES.	98
I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES.	98
1. Jurisdicción del juzgado de lo mercantil y problemática que suscita.....	98
A. Inadecuada regulación positiva.	98
B. Ruptura del concepto del concepto de orden jurisdiccional <i>ratione materiae</i> contenido en el Artículo 9 de la LOPJ.....	99
C. Empleo del término jurisdicción indebidamente como sinónimo de competencia por el legislador.	99
D. La oportunidad de la creación de los juzgados de lo mercantil.	101
E. Conclusiones al respecto de la jurisdicción en el proceso de declaración del concurso de acreedores.....	102
2. Competencia del Juez del Concurso.....	102

A.	Competencia objetiva del juez del concurso.	103
a)	Acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.	104
b)	Acciones sociales.	105
c)	Ejecuciones frente al concursado.	107
d)	Adopción de medidas cautelares.	107
e)	Materias que hayan de adoptarse dentro del procedimiento concursal relativas a la Asistencia Jurídica Gratuita.	108
f)	Acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables.	109
g)	Las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores, por los daños y perjuicios causados a la concursada.	109
B.	Competencia funcional del Juez del Concurso.	110
a)	Competencia funcional para el conocimiento de cuantos incidentes se produzcan en el concurso.	111
b)	Competencia funcional para el conocimiento de los recursos.	111
c)	Competencia funcional para el enjuiciamiento de la tutela cautelar.	113
d)	La competencia funcional para la adopción de las diligencias preliminares.	114
e)	Aseguramiento de prueba.	115
C.	Competencia Territorial.	115
a)	Las normas de atribución de la competencia judicial internacional.	116
b)	Competencia territorial.	120
3.	La nueva competencia del Juez de Primera Instancia introducida por la Ley Orgánica 7/2015.	121
A.	La motivación de la reforma.	122
B.	Consecuencias y problemas que plantea la nueva regulación.	125
C.	La necesaria reforma de la Ley Concursal.	126
D.	Conclusiones en relación a la reforma operada.	127
4.	El tratamiento procesal de los presupuestos procesales de la jurisdicción y la competencia.	128
A.	El control de oficio de la competencia.	129
a)	El control de oficio de la competencia objetiva.	130
b)	El control de oficio de la competencia funcional.	132
c)	La apreciación de oficio de la competencia territorial.	133
d)	El conflicto de competencias derivado del control de oficio.	133
B.	La denuncia de parte de los presupuestos procesales de jurisdicción y de competencia. La declinatoria.	135
a)	La declinatoria de jurisdicción y de competencia.	137
b)	La declinatoria prevista en la Ley Concursal relativa a la falta de competencia territorial.	140

c) La impugnación del auto resolutorio de la declinatoria	140
II. LOS PRESUPUESTOS MATERIALES EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....	144
1. La insolvencia como presupuesto objetivo de la declaración concurso de acreedores	145
A. Caracteres de la insolvencia del artículo 2 de la Ley Concursal.	146
a) La insolvencia general regulada en el artículo 2 de la Ley Concursal.	146
b) La insolvencia específica contemplada en el artículo 2 de la Ley Concursal, la insolvencia inminente.	149
B. Conclusiones respecto de la insolvencia como presupuesto.....	150
2. La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso.....	150
III. EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO DE ACRREDORES.	153
1. El deudor persona física.	153
2. El deudor persona jurídica.	158
3. La herencia como patrimonio sin personalidad objeto de la declaración de concurso.	159
4. Los entes de Derecho Público.	159
IV. EL PROCESO DE DECLARACIÓN.....	161
1. El concurso voluntario.....	162
A. La declaración judicial de concurso voluntario.	164
a) Documentos que han de acompañar a la solicitud de concurso voluntario.	166
b) El enjuiciamiento sobre el concurso voluntario.	171
c) Posibles pronunciamientos y recursos.	175
d) Consideraciones sobre la ausencia de los acreedores en la declaración de concurso voluntario.....	176
2. La declaración judicial de concurso necesario.	177
A. La solicitud de declaración de concurso necesario.	178
B. Documentos que han de acompañar a la solicitud de concurso necesario.....	179
C. La provisión de la solicitud.	183
3. La declaración de concurso inaudita parte debitoris.	184

A.	Falta de adecuación con el espíritu de la Ley Concursal.....	186
B.	Problemas de tipo práctico en la aplicación del concurso inaudita parte.	187
C.	Afección de los principios de audiencia y contradicción:	188
4.	La Oposición del concursado	191
A.	El emplazamiento del deudor.	192
B.	Posiciones del deudor tras su emplazamiento.	199
a)	No contestar a la solicitud.....	199
b)	Allanamiento a la solicitud	199
c)	Solicitud del concurso voluntario por el deudor.	201
d)	Oposición del deudor.	201
C.	La oposición del deudor a la declaración del concurso.	203
a)	Oposición por motivos procesales:	203
b)	Motivos de fondo de la oposición del deudor:	206
D.	La carga de la prueba en la oposición al concurso de acreedores.....	210
E.	La vista.	213
a)	El Emplazamiento.....	213
b)	La comparecencia	214
c)	La consignación.	217
d)	Alegaciones de las partes	218
e)	La proposición de la prueba.....	219
f)	La admisión o inadmisión de la prueba y su práctica	223
5.	El auto resolutorio de la solicitud de concurso necesario.....	226
A.	Auto denegatorio de la solicitud de concurso.....	226
a)	Las costas.....	227
b)	Recursos procedentes.....	228
c)	La indemnización de daños y perjuicios.....	228
d)	Levantamiento de las medidas cautelares.	230
B.	El auto estimatorio de la solicitud de declaración de concurso.	231
a)	Pronunciamientos que ha de contener el auto que declare el concurso de acreedores.	232
b)	La notificación del auto declaratorio del concurso de acreedores.....	237
C.	La impugnación del auto resolutorio de la solicitud de concurso.	239
a)	Impugnación del auto denegatorio de la solicitud del concurso.	239
b)	Impugnación del auto estimatorio del concurso de acreedores.	240
c)	Interposición del recurso de apelación.....	244
D.	La naturaleza jurídica del auto que declara el concurso.	248
a)	El carácter jurisdiccional de la declaración de concurso de acreedores.....	248
b)	Naturaleza jurídica de la declaración.	249

6.	Tutela cautelar en el concurso de acreedores.	253
	A. Medidas de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.	254
	a) Intervención de las comunicaciones del deudor.	254
	b) Entrada y registro en el domicilio del deudor.	256
	c) Deber de residencia del deudor.	259
	d) La naturaleza jurídica de las medidas previstas en el artículo 1 de la LORC.	260
	e) Presupuestos para la adopción de las medidas previstas en el artículo 1 de la LORC.	261
	B. Las medidas cautelares previstas en la Ley Concursal.	262
	a) La instrumentalidad de las medidas cautelares de la Ley Concursal.	263
	b) La temporalidad de las medidas cautelares previstas en la Ley Concursal.	266
	c) La proporcionalidad de las medidas cautelares.	268
	C. Conclusiones sobre las medidas cautelares previstas en la LC.	271
	D. Procedimiento de adopción de las medidas cautelares.	272
	a) Los caracteres generales para la adopción de las medidas cautelares.	273
	b) Medios de impugnación de las medidas cautelares adoptadas en el concurso de acreedores.	277
	c) Eficacia y remoción de las medidas cautelares.	279

CAPITULO III: EFECTOS PROCESALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES..... 283

I.	LOS EFECTOS PROCESALES DEL AUTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.	284
1.	La vis atractiva.	284
	A. Concepto y naturaleza jurídica de la vis atractiva concursal.	285
	B. Fundamento de las vis atractiva.	287
	C. Efectos procesales de la declaración del concurso sobre los procedimientos declarativos.	293
	a) El efecto de atracción del concurso en los nuevos juicios declarativos.	293
	b) El efecto de atracción del concurso sobre los procedimientos declarativos litispendentes.	296
	D. La vis atractiva y el arbitraje.	311
	E. Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre las sentencias y los laudos firmes.	315
2.	Los efectos del concurso sobre los procesos de ejecución y los apremios.	318

A. La vis atractiva concursal y la paralización de las ejecuciones sobre el patrimonio del concursado.....	319
a) El efecto negativo del artículo 55.1 de la Ley Concursal: prohibición de iniciar ejecuciones y apremios.	324
b) El efecto suspensivo del artículo 55.2 de la Ley Concursal.	326
c) La relatividad del efecto de vis atractiva ejecutiva.	327
d) El efecto de atracción del concurso sobre los embargos trabados sobre el patrimonio del deudor.	332
e) La prohibición de iniciar ejecuciones y la caducidad de la acción ejecutiva.	336
B. La vis atractiva y las ejecuciones con garantía real.....	342
a) La relación entre el concurso de acreedores y los acreedores con garantía real.....	343
b) La regulación en la Ley Concursal de las acciones ejecutivas con garantía real.	345
c) El privilegio de ejecución separada de las ejecuciones con garantía real.	356
d) Concurso de acreedores y ejecuciones hipotecarias.	358
e) La problemática de los fiadores y el concurso de acreedores.	363
3. La afección de la capacidad procesal y la legitimación del concursado para el ejercicio de acciones.....	366
A. Ámbito de aplicación de las previsiones del artículo 54 de la LC.....	367
B. Efectos sobre la capacidad procesal y legitimación del concursado.	372
a) La capacidad del concursado incapacitado, artículo 54.1 de la ley concursal.....	373
b) La capacidad del concursado intervenido, artículo 54.2 de la Ley Concursal.	378
c) Tratamiento procesal de la falta de capacidad procesal y de la legitimación.	381
d) La personación separada del concursado.	384
CONCLUSIONES.....	389
BIBLIOGRAFÍA.....	393
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	409

RESUMEN DE LA TESIS.

La presente investigación tiene por objeto el estudio del concurso de acreedores desde una perspectiva genuinamente procesal, examinando las cuestiones propias de la disciplina procesal, así como los efectos procesales que tienen lugar con la declaración de concurso de acreedores.

El trabajo se estructura en torno a tres bloques temáticos en los que se abordan diversas cuestiones relativas al concurso de acreedores. La anterior división se ha materializado en tres capítulos cuyo contenido pasamos a extractar a continuación:

El capítulo primero se encarga de realizar un análisis histórico del concurso de acreedores. Dicho análisis examina desde los precedentes más arcaicos del concurso de los que se tienen noticia en la Roma más arcaica hasta los trabajos preparatorios de la vigente norma concursal. Una perspectiva que nos permite extraer algunas de las principales características de la actual normativa que se han mantenido a lo largo de los siglos y que facilita el posterior análisis y entendimiento de la institución concursal.

El segundo capítulo se encarga de las cuestiones procesales relativas al proceso de declaración del concurso de acreedores. Este capítulo toma como punto de partida el análisis del proceso de declaración desde una perspectiva procesal para terminar abordando la naturaleza jurídica de dicho proceso. Este segundo bloque ofrece un análisis profundo y novedoso de la materia dado que son pocos los trabajos doctrinales que han abordado un estudio de la declaración del concurso de acreedores desde esta perspectiva.

El capítulo tercero tiene por objeto el análisis de una parte muy concreta de los efectos que produce la declaración del concurso de acreedores. Dicho pronunciamiento tiene una proyección enorme tiene una gran trascendencia patrimonial, pero en este bloque se examinan exclusivamente los efectos procesales para determinar hasta qué punto son estos necesarios en relación con la tutela jurisdiccional solicitada al juez del concurso de acreedores.

INTRODUCCIÓN

La disciplina relativa al concurso de acreedores es una materia compleja. Dicha complejidad viene determinada en gran medida por una doble naturaleza, económica y procesal. Una situación de concurso es, en sentido estricto, un determinado estado económico en el que, *grosso modo*, el deudor no puede hacer frente a los pagos que tiene pendientes con una colectividad de acreedores. Por ello es una cuestión de índole patrimonial y que, en consecuencia, determinará un importante número de efectos en el ámbito patrimonial. Sin embargo, además de dicha situación patrimonial, la necesidad de ordenar las relaciones entre la multiplicidad de acreedores frente a un único patrimonio ha obligado, desde la antigüedad, a prever un cauce por vía del cual dar satisfacción a los derechos patrimoniales y dicho cauce se ha estructurado mediante un proceso jurisdiccional.

Además de esta doble naturaleza existe un añadido extra que dificulta aún más el estudio de esta disciplina y es que desde que nació la quiebra mercantil la disciplina se encontraba dividida entre la quiebra de los comerciantes y el concurso de los no comerciantes. Si a esto le añadimos que durante la codificación esta institución se reguló en las normas procesales y materiales, nos encontramos con un terreno complejo y que a menudo había sido poco estudiado por la disciplina procesalista. La Ley Concursal al consagrar el principio de unidad legal ha despejado la existencia de una doble regulación civil y mercantil y si se quiere, sustantiva y procesal y existe un único cuerpo legal.

Sin embargo, ello no obsta a que los mercantilistas sigan abordando el concurso de acreedores desde una perspectiva de la insolvencia y estudien el concurso como un medio de que los acreedores puedan ver satisfechos sus créditos mientras que sean pocos los procesalistas que se introducen en la materia concursal para examinar el concurso como un proceso jurisdiccional en el que el órgano jurisdiccional habrá de dirimir las pretensiones de dos partes en el marco de un proceso universal en el que los efectos procesales son determinantes, si no imprescindibles, para la satisfacción de los derechos sustantivos. Este último enfoque es precisamente el que nosotros vamos a abordar en nuestra investigación, en el cual no nos importa en absoluto, en qué medida los acreedores van a ver satisfechos sus créditos sino en qué medida el proceso concursal garantiza que puedan cobrarlos.

OBJETIVOS

En línea con la anterior introducción, el objetivo de nuestra investigación es abordar el concurso de acreedores y realizar un análisis sistemático de dicha institución, pero solamente desde un punto de vista procesal, obviando los efectos patrimoniales de la referida institución. El motivo es claro, mientras que los efectos patrimoniales han sido objeto de una mayor atención por su evidente carácter práctico, el análisis concursal ha quedado relegado a un discreto segundo plano por lo que la presente obra pretende demostrar la gran relevancia que las cuestiones y efectos tienen para el concurso y de este modo reivindicar la necesidad del estudio de esta disciplina desde la doctrina procesalista.

Esta investigación también pretende contribuir a la ciencia procesalista a través de un estudio sistemático del concurso de acreedores que se realiza desde el punto de vista procesal y no sustantivo, facilitando el estudio de esta materia lo que supone un aporte novedoso pues son bastante escasas las aportaciones monográficas que estudian el concurso desde la perspectiva procesal.

Otra motivación importante es poner en evidencia aquellos aspectos procesales que no han sido objeto de una adecuada regulación en la actual Ley Concursal y proponer posibles soluciones a las deficiencias detectadas a fin de que puedan ser tenidos en cuenta en modificaciones posteriores.

En último lugar pretendemos examinar la aplicación práctica de la Ley Concursal en lo atinente a las cuestiones y efectos procesales a fin de ver en qué puntos se producen más problemas prácticos en su aplicación para que, entroncando con el anterior objetivo poder proponer posibles interpretaciones de la norma o, en su caso, modificaciones a la misma para una mejor praxis de los operadores jurídicos.

METODOLOGÍA.

La metodología que hemos empleado en el estudio de nuestra investigación es la propia de las ciencias jurídicas. En primer lugar, hemos acudido a las fuentes legales tomando como punto de partida siempre la letra de ésta. En segundo lugar, hemos examinado los aportes tanto doctrinales como jurisprudenciales existentes en relación a la cuestión que se examina en cada momento, incluyendo aquellos aportes más relevantes y obviando aquellos que, examinados desde un punto de vista crítico, no son significativos en la medida de que se limitan a recoger lo mismo que la letra de la ley sin aportar nada.

Sobre la anterior base nosotros hemos realizado nuestra aportación que en ocasiones ha sido coincidente con la doctrina, o con alguna parte de ella, pero que en otras ocasiones ha sido contraria. En este último caso hemos realizado una argumentación razonada sobre el motivo de nuestra disensión siempre desde el respeto a los postulados de la doctrina que mantenía una posición contraria como no podía ser de otro modo.

En aquellas cuestiones en la que existe diversidad de criterios hemos analizado las posturas enfrentadas y tras realizar la correspondiente argumentación nos hemos posicionado al respecto.

Nuestros razonamientos y argumentaciones siempre han sido alumbrados desde los principios del proceso garantizados tanto en la Constitución Española como en las normas procesales, aunque en ocasiones se aparten de la mayor utilidad práctica, sin embargo entendemos que, al tratarse de un examen desde la óptica procesal, debemos tender a buscar la interpretación más favorable a la consecución de un proceso con todas las garantías.

En la medida de lo posible, hemos tratado de buscar siempre pronunciamientos jurisdiccionales que vinieran, sino a refutar en todo, al menos a reforzar nuestros argumentos, dado que el Derecho no es una ciencia exacta y que permite una gran flexibilidad a la hora de defender diversas argumentaciones en torno a una figura.

CAPITULO I: PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL DERECHO CONCURSAL.

I. JUSTIFICACIÓN.

A la hora de abordar el estudio de una institución jurídica es conveniente, cuando menos, un acercamiento a los orígenes de dicha figura. Máxime si tratamos de estudiar una materia tan compleja como es el derecho concursal, en el cual, se integran un conglomerado de instituciones jurídicas que han ido experimentando grandes cambios a lo largo del tiempo.

Tenemos el firme convencimiento de que con la adecuada perspectiva histórica el estudio y conocimiento del derecho concursal actual deviene más accesible.

Además, en cualquier investigación científica se debe de fijar un punto de partida, para a partir del mismo, y por medio de una serie de argumentaciones lograr obtener una serie de conclusiones lógicas.

El objeto de nuestra investigación jurídica va a ser la actual legislación concursal, más concretamente las cuestiones y los efectos de la declaración del concurso de acreedores. Ahora bien, sería prácticamente imposible poder realizar un análisis exhaustivo de la Ley Concursal sin un análisis previo del devenir histórico de la materia concursal, pues no podemos olvidar que la Ley se compone de dos partes fundamentales, la letra y el espíritu: la más difícil de comprender es precisamente el espíritu, pues éste refleja una sociedad y un momento determinados, motivo por el cual, las leyes son algo dinámico, que mutan conforme cambia la sociedad.

Debemos tener una perspectiva dinámica de la ley pues como ya anunció Heráclito, todo está en constante cambio y movimiento, en su célebre formulación: “nunca podrás bañarte dos veces en un mismo río”, por lo tanto en nuestro estudio queremos tener bien presente el cambio y la evolución que ha venido y que viene operando en la materia objeto de nuestra investigación, pues ello nos permitirá vislumbrar con una mayor claridad el espíritu de la legislación concursal y de este modo tener un conocimiento pleno de la norma que sirve de base a nuestra investigación.

Como ejemplo, baste señalar que uno de los principios que inspiran nuestra actual regulación concursal, el principio de unidad de disciplina, el cual, difícilmente se puede entender si no tenemos claro cómo se regulaba con anterioridad la insolvencia civil y la quiebra mercantil, con los problemas que el desdoblamiento legislativo producía en la aplicación del Derecho.

Para obtener una correcta panorámica de la legislación concursal, nos remontaremos a los precedentes más antiguos que, obviando algunas regulaciones sobre la insolvencia contenidas ya en el Código de Hammurabi, los encontramos en el Derecho Romano, pues como acertadamente señalaba GOMEZ DE LA SERNA, P.¹, “El Derecho Romano, pues, bien se le considere bajo el aspecto científico, bien bajo el histórico nacional, o bien bajo el puramente práctico, es indispensable al jurista español, que sin él ni conocerá la ciencia a que se dedica, ni podrá penetrar en los orígenes de las leyes, ni comprenderá su filosofía ni su sentido verdadero, ni será por lo tanto capaz de aplicarlas con acierto.”

Resulta indispensable que nos remontemos al Derecho Romano del que somos herederos para el inicio de nuestro trabajo de investigación, ahora bien, sin poder entrar en gran profundidad pues es un campo extensísimo y de gran complejidad que, en cualquiera de sus instituciones daría para una tesis.

El método de estudio en la introducción histórica será sencillo, estudiaremos una serie de instituciones que guardan, en su mayoría, una estrecha relación con algunas de las actuales instituciones del derecho concursal o con los principios mismos de la materia concursal. Antes de comenzar es conveniente no perder de vista una serie de indicaciones con carácter preliminar.

II. IDEAS PREVIAS.

Hemos de tener en cuenta que una de las principales características de nuestro derecho concursal es el hecho de que en distintos periodos históricos han convivido instituciones de quiebra para comerciantes junto con instituciones para deudores no comerciantes o deudor común. Ello ha dado lugar a múltiples regulaciones, varias instituciones concursales, distintos procesos que conducen de forma inexorable a una mayor complejidad.

¹ GOMEZ DE LA SERNA, P., Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español, Madrid, 1850, pág. IV.

Otra cuestión a tener en cuenta es que en España, hasta la aprobación de los Decretos de Nueva Planta, decretados por Felipe V, coexistían una gran cantidad de Fueros y Privilegios en los diferentes territorios, existiendo innumerables regulaciones. Nosotros no podemos, por no ser el tema central de nuestra investigación, detenernos a analizar el distinto tratamiento que se daba al deudor en los distintos fueros medievales o en las correspondientes cortes, nos limitaremos a algunas de las regulaciones más significativas que nos permitan tener una visión suficiente.

No podemos olvidar tampoco que la dispersidad normativa, unida a la doble regulación con la aparición del derecho mercantil, han dado lugar a una elevada complejidad a la hora del análisis de esta disciplina, cuya homogeneización es bastante reciente, pues tiene lugar en 2003 con la aparición de la Ley Concursal.

Hechas las anteriores advertencias procedemos sin más dilaciones al análisis de las cuestiones que nos ocupan remontándonos, en primer lugar, al origen de gran parte de nuestro derecho. Origen que no es otro que el Derecho Romano.

III. ANTECEDENTES DE LAS INSOLVENCIAS EN EL DERECHO ROMANO²

El Derecho Romano tiene un papel muy destacado en la tradición jurídica europea y, muy especialmente en los países como España donde la presencia de Roma fue determinante. Roma nos legó una cultura y un ideal a todo Occidente así como una de sus creaciones más genuinas, su derecho.

A menudo identificamos de forma muy clara las instituciones civiles heredadas del Derecho Romano, pero a veces otras instituciones pasan más desapercibidas como sería el caso de las instituciones administrativas y las que interesan a nuestra investigación, las instituciones procesales.

Nuestra investigación pretende examinar la regulación procesal y material contenida en el Derecho Romano sobre la insolvencia y ver hasta qué punto ha pervivido o ha influido en nuestras actuales normas.

² La elaboración de este epígrafe no hubiera sido posible sin la desinteresada ayuda de la Doctora María Eva Fernández Baquero, Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Granada quien ha tenido a bien mostrarme el método de investigación propio de una disciplina de la que no soy experto y permitirme así realizar una investigación rigurosa de la regulación de las insolvencias en el Derecho Romano, codirigiendo la investigación de la parte relativa a esta materia, por lo que le quedo muy agradecido y espero que estas breves líneas sirvan de reconocimiento a su labor.

1. La insolvencia en la Roma Arcaica. La ejecución personal por deudas.

Previamente a abordar el tratamiento de las insolvencias en la Roma más arcaica resulta conveniente contextualizar dicho periodo histórico. Debemos partir una sociedad romana en la que economía se estructuraba en torno a unidades de producción privadas: la familia romana. Esta se asentaba sobre un determinado fundo y estaba integrada por el *pater familias*, su mujer y sus descendientes varones, así como las mujeres de estos y las hijas que seguían bajo la *potestas*.

En esta época, los negocios crediticios eran muy escasos, dado lo arcaico de dicha civilización y el comercio no había empezado a despegar por lo que si se necesitaba algún tipo de préstamo, bien de dinero o bien de otro tipo de bienes, se acudía a otra familia que lo proporcionaba afianzando este préstamo mediante el empeño de la palabra.

Debemos de tener en cuenta que, en los orígenes de Roma, el incumplimiento del deudor se consideraba como una falta a la promesa realizada de cumplir con una obligación, una ofensa para el acreedor, quedando éste facultado para vengar la afrenta mediante el empleo de la violencia sobre la persona del deudor.

En este periodo no podemos hablar aún de insolvencia sino más bien del incumplimiento de una promesa. El incumplimiento estaba vinculado a una ejecución privada de carácter personal, la cual constituía una forma de auto-tutela. A lo largo del tiempo el Estado va a ir poco a poco interviniendo cada vez más hasta monopolizar el control sobre la ejecución.

La primera respuesta ante la falta de cumplimiento del derecho de crédito no fue otra que la auto-tutela ejercitada por medio de la venganza privada, no se trataba, como pone de manifiesto ROCCO³, de buscar la satisfacción del crédito dejado de devolver, sino de vengar la ofensa.

Es importante tener en cuenta esta primitiva finalidad pues, como tendremos ocasión de examinar, el carácter punitivo va a estar muy presente en la insolvencia. En algunos periodos será más intenso y en otros vendrá más atenuado, pero siempre va a conservar una nota de castigo e infamia. Incluso hoy en día existe reproche penal reservado oaraa los casos de insolvencia más flagrante.

³ ROCCO, A., *Il fallimento teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, pág. 122.

Durante la etapa arcaica, de forma paulatina, surgieron una serie de figuras que servían para estructurar el préstamo de dinero, figuras como la *sponsio* o el *nexum*. La primera es el origen nada menos que de la actual obligación y tenía un carácter sacramental, y el *nexum* es una figura ciertamente intrigante y objeto de un apasionado debate doctrinal como a continuación veremos.

Vamos a analizar el *nexum* pues se trata del antecedente normativo de tratamiento de la insolvencia más arcaico del que tenemos conocimiento y que, como iremos viendo, evolucionó dando lugar al cambio de la responsabilidad corporal, a la responsabilidad patrimonial por las deudas.

A. La responsabilidad corporal por deudas, el *Nexum*.

Los orígenes de esta institución distan de estar claros debido a la escasez de fuentes que se refieren a la misma, así como a la vaguedad con que las existentes se refieren a la misma, por ello se encuentra envuelta en una especie de nebulosa que es un campo abonado para la doctrina. GOMEZ DE LA SERNA ⁴ decía que “la misma oscuridad en que está envuelta la historia política de los primeros tiempos de Roma, es extensiva a los orígenes de su derecho.”

Precisamente, los posicionamientos de la doctrina romanista sobre el *Nexum* son de lo más dispares. Antes de entrar a examinar las diferentes concepciones, ya clásicas, vamos a analizar las fuentes existentes.

Tres son los fragmentos que hacen referencia al *nexum* y que supuestamente quedaban integrados en la Ley de las XII Tablas, dos de los fragmentos fueron dados a conocer por FESTO y el tercero lo recogía GAYO.

Los fragmentos recogidos por FESTO son:

- “*Nexi mancipique forti sanatique ídem ius esto*” ⁵
- “*Cum nexum faciet mancipiumque utilingua nunca-passit ita ius esto*”⁶

⁴ GOMEZ DE LA SERNA, P., *Curso histórico-exegético de Derecho Romano comparado con el español*, Madrid, 1850., pág. 15.

⁵ SEXTI POMPEI FESTO: voz: nuncupatia pecunia, “Sexti Festi Pompeii fragmenta” en *Que hoc libro continentur*, NONIO MARCELO, 1519, París, pg 230. Disponible en la dirección web siguiente, el día 9 de enero de 2013, <http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/209/12/que-hoc-libro-continentur-nonii-marcelli-peripathetici-adfilium-et-de-verborum-proprietate-compendium-sexti-festi-pompeii-fragmenta-per-ordinem-alphabeti-marci-terentii-varronis-de-lingua-latina-libri> [tres/http://fondosdigitales.us.es/media/books/209/209_73994_230.jpeg](http://fondosdigitales.us.es/media/books/209/209_73994_230.jpeg): “los nexi, mancipi, fortes y sanates tengan el mismo derecho”;

GAYO hace referencia a la posibilidad de mancipar suelo itálico pero no suelo provincial, identificando el *nexum* con la *mancipatio*:

- “*solu italicum mancipi ese, provinciali nec mancipi ese, aliter enim veten lingua actus vocatur, et quod illis nexus, ideo nobis et mancipatio*”⁷
- “*Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aenaeque libra. Han tibi libram pri-man postremamque expendo secundum legem publicam*”⁸

Los anteriores textos permiten establecer una vinculación entre el *nexum* y la *mancipatio*. La cuestión discutida por la doctrina es si se trataba de un negocio *per aes et libram* y en este sentido un fragmento de VARRÓN⁹ viene a corroborar tal posicionamiento, distinguiendo el *nexum* de otro tipo de contratos.

“Nexum manilius scribit omne quod per libram et aes geritur in quo sint mancipia. Mutius escribit quae per aes et libram fiant ut obligentur praeter quae mancipio denture. Hoc venus esse ipsum verbum ostendit, nan id aes, quo obligatur per libram ñeque suum fit, inde nexum dictum”

Se trataba de un acto de marcado carácter ceremonial que se celebraba ante cinco testigos y tras pronunciar una fórmula, al tocar la balanza con el metal se producía el efecto del *nexum* por el que se creaba la vinculación personal del deudor al acreedor en tanto en cuanto no tuviese lugar la *nexi liberatio* descrita por GAYO.

Sobre los textos existentes, la doctrina se ha posicionado en tres corrientes doctrinales:

⁶ SEXTI POMPEI FESTO: *Ibidem*, “Cuando se haga un *nexum* o una mancipación, lo que la lengua pronunciase sea derecho”

⁷ GAYO: *Inst.*, II, 27: “cabe nexo o negocio del suelo itálico, pero no del suelo provincial, significa que el suelo itálico es mancipable y el provincial no es mancipable, lo que nosotros decimos mancipación era nexo para los antiguos.”

⁸ GAYO: *Inst.*, III, 174: “Puesto que yo he sido condenado en tantos mil para ti, te pago y me libero mediante esta moneda y esta balanza de metal. Peso para ti esta libra primera y última según la ley pública”

⁹ VARRÓN, *De lingua latina*, Libro VII, 105. “Escribe Manilio que *nexum* es todo lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal, entre lo cual están las mancipaciones; Mucio, lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal para que quede obligado, exceptuando lo que es dado por *mancipio*. Que esto es más exacto, lo muestra la palabra misma, pues este dinero que queda obligado por la balanza no se hace suyo, y de ahí que se llame *nexum*”

- Autores que defienden que el *nexum* suponía un préstamo:

En esta concepción el *nexum* sería originariamente un préstamo, pasando luego a ser un contrato formal en virtud del cual una persona quedaba obligada a entregar a otra una determinada cantidad. Esta concepción se debe a HUSCHKE¹⁰.

- Autores que consideran que el *nexum* es la *mancipatio*:

Atendiendo a esta concepción, el *nexum* no sería otra cosa que un acto solemne de auto-mancipación. Los *nexi* serían individuos que se habrían ofrecido en garantía del pago de una deuda. Dentro de esta corriente, que coinciden en lo expuesto, existen divergencias que por motivos de espacio no nos detendremos a exponer, baste decir que una de las principales discrepancias se encuentra en la determinación del momento a partir del cual quedaba bajo el poder del acreedor, es decir, si realizado el acto solemne de auto-mancipación quedaba desde ese momento en poder del acreedor o cuando incumplía la obligación.

- Autores que entienden que en virtud del *nexum* el deudor se obligaba a prestar servicios para el pago de una deuda:

Esta teoría defiende que por medio del *nexum* tenía lugar una suerte de contrato de prestación de servicios en pago de una deuda. Esta es la postura que mantiene GOMEZ DE LA SERNA, P¹¹., cuando se refiere a una serie de personas que, aunque eran libres en el sentido de no tener la condición de esclavos, se encontraban sometidos a la autoridad del *pater familiae*. Además de los *mancipati*, y los *addicti* se refiere a los *nexi*, y los define como aquellos que se han constituido en una servidumbre por un tiempo determinado para el pago de una deuda.

¹⁰ HUSCHKE, E., *Über das Recht Nexum und das alte römische Schuldrecht*, pág. 6, <http://archive.org/stream/ueberdasrechtde00huscgoog#page/n6/mode/2up>, Leipzig, 1846, consultado el 27 de diciembre de 2012.

¹¹ GOMEZ DE LA SERNA, P., *Op.Cit.*, Madrid, 1850, pág. 20.

B. Conclusiones sobre el *Nexum*.

Se trata de un vínculo de la persona del deudor que nace de un acto solemne que tiene un carácter cuasi-sacramental pues es un negocio *per aes et libram*. Llegamos a esta conclusión teniendo en cuenta cómo opera la *nexi liberatio*, pues si para disolver el *nexum* es necesario el empleo de esta ceremonia, es lógico pensar que el vínculo se creó de la misma forma.

Sin entrar a valorar cuando se produce la vinculación efectiva entre el *nexi* y el acreedor está claro que esta situación de sometimiento dio lugar a una situación de semi-esclavitud en tanto en cuanto no operase la *nexi liberatio*. Entendemos que por este motivo FESTO hacía alusión a que los *mancipiens* y los *nexi* tenían el mismo derecho. De ahí que parte de la doctrina entienda que se trata de una misma cosa. Sin duda se encuentran estrechamente relacionadas pues, en síntesis, se trata de una sujeción personal. No obstante, entendemos que se trata de negocios diferentes, en base al texto de MUCIO ESCAEVOLA, cuando dice que la *mancipatio* no tiene lugar por el ritual de *per aes et libram*.

Por lo tanto, a nuestro parecer, el *nexum*, podría haber sido una vinculación personal en garantía de un préstamo en virtud de la cual, en caso de incumplimiento, el deudor quedaba en una situación similar a la que se encontraban las personas mancipadas, o lo que es lo mismo una auto-pignoración del deudor que en caso de ejecución quedaba sometido al poder del acreedor.

Entendemos que la ejecución personal tenía lugar de forma directa sobre la persona del deudor sin necesidad de ejercitar acción alguna o acudir a proceso declarativo alguno en mérito a los siguientes motivos:

- Primero: esta institución nace en la época más arcaica donde el reproche ante el incumplimiento, como ya apuntamos anteriormente se llevaba a cabo por medio de la venganza privada.
- Segundo: en el periodo histórico en el que aparece y se empleó ésta institución la *civitas* no tenía un gran desarrollo político y la regulación e intervención del Estado era aún escasa.

- Tercero: el hecho de que se hiciese ante testigos evidencia una formalidad que induce a pensar que bastaría con declarar públicamente el incumplimiento del *nexi* para que se produjese la entrada en poder del acreedor.

Junto al *nexum* aparece una especie de acción ejecutiva, la denominada *damnatio*, que era la facultad de hacer exigible el crédito por vía ejecutiva sin necesidad de acudir a ninguna *legis actio declarativa* o ante un magistrado. Dicha ejecutividad derivaba con seguridad del carácter solemne del *nexum*, KASER¹² mantiene que, mediante la publicidad que en el acto prestan los testigos, la responsabilidad contraída resulta notoria, adquiriendo el prestamista un derecho de aprehensión inmediato.

Entendemos que, llegado un punto de mayor desarrollo legislativo, unido al proceso de aprehensión directa nacida con la *damnatio*, sería posible acudir también al proceso ejecutivo de la *manus iniectio*, proceso este que fue imponiéndose a la aprehensión directa dado que permitiría obtener una satisfacción de la deuda por un tercero que saliera en defensa del ejecutado. Esta parece ser una cuestión pacífica en la doctrina, que mayoritariamente¹³, entiende que junto con el *confessus* y el *iudicatus*, los *nexi* podían ser ejecutados por medio del procedimiento de la *manus iniectio*.

En síntesis de lo anterior, podemos concluir en el sentido de que el enigmático *nexum*, fue una de las primeras instituciones que regulaba el tratamiento al incumplimiento del deudor insolvente colocando al mismo en una situación de esclavitud respecto del acreedor como pago de la deuda insatisfecha.

C. La Ley de las XII Tablas y el procedimiento de la *Legis Actionis*. El proceso de ejecución personal, la *manus iniectio*.

Durante el periodo de la República tiene lugar la aprobación de la Ley de las Doce Tablas. La mencionada ley, regulaba un proceso de ejecución que iba dirigido, en un primer momento, frente a quien confesaba ante la autoridad judicial la existencia de una deuda, denominado *confessus*, y al que se le condenaba al pago de una cantidad por el magistrado.

¹² KASER, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, Munchen, 1966, pág. 296 y ss.

¹³ Entre los autores que defendían la existencia de una *damnatio* en el *nexum* que daba lugar a la *manus iniectio* vid. HUSCHKE, *Über das Recht Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846; CANNATA, C.A., *Profilo istituzionale del processo private romano I. Le legis actionis*, Torino, 1980.

El carácter de la regulación de la *manus iniectio*, en opinión de ROCCO¹⁴, sería medio ejecutivo, habida cuenta del marcado carácter sancionador que aún impregnaba la institución, pues como tendremos ocasión de ver, la venganza privada sigue muy presente al tener lugar una prisión por deudas en la que el deudor queda prisionero del acreedor.

Este carácter a medio camino entre la pena y el proceso de ejecución personal solo se entiende si tenemos en cuenta que esta acción encuentra su origen en la regulación precívica y que posteriormente pasó a formar parte de la regulación legal.

En este sentido nos parece bastante acertada la opinión de GIRARD¹⁵ quien opina que “la *manus iniectio* es la expresión natural de la conducta del hombre que se siente ofendido por otro, apoderándose del enemigo frente al que era más fuerte” lo cual enlaza perfectamente con la idea que anteriormente expusimos sobre que todo el sistema de regulación de insolvencias arranca desde una idea de venganza privada que poco a poco se diluye pero que nunca llegará a desaparecer.

En un primer momento la Ley de las XII Tablas solo recoge un proceso de *manus iniectio*, aunque posteriormente, se diferenciará entre *manus iniectio pro iudicatus* y *manus iniectio* pura. A los fines de nuestra investigación bastará con estudiar la *manus iniectio* contenida en las XII Tablas.

Entre las fuentes que se refieren a la *manus iniectio* deberemos hacer mención a las siguientes:

- GAYO, *Inst.*, IV, 21 a 25.
- AULO GELIO, *Noct.Att.XX.1.42-52* y *XV.13.11*
- *Lex Coloniae Genitive Iuliae*

a) La Tramitación de la *manus iniectio*

Transcurrido un plazo de 30 días a favor del deudor desde que tuvo lugar el reconocimiento de la deuda o la sentencia, si el deudor no pagaba la deuda o presentaba un *vindex*, el acreedor podía entonces proceder a la *manus iniectio*.

La *manus iniectio* tenía lugar ante el magistrado y era requisito necesario que estuviesen presentes las dos partes, pues se trataba de un acto en el que se escenificaba la aprehensión corporal del deudor al poner la mano sobre él el acreedor. La escena que

¹⁴ ROCCO, *Op. Cit.*, págs., 129 y 130.

¹⁵ GIRARD, P.F., *Etudes d'histoire juridique offertes a Paul Frédéric Girard*, Paris, 1912.

acabamos de describir tenía lugar del modo siguiente: presentes ambas partes ante el Pretor, el acreedor asía al deudor y pronunciaba la siguiente fórmula, puesto que has sido condenado en tantos miles de sestercios y no has pagado, con este motivo pongo la mano sobre ti a causa de haber sido condenado en tantos miles sestercios.¹⁶

El deudor no podía soltarse ni responder en este acto. En cierta medida, podemos apreciar una cierta similitud en el proceso de ejecución actual, salvadas las distancias, pervive todavía, y es que en la ejecución se limitan en gran medida las posibilidades de defensa. A continuación tenía lugar la intervención del magistrado que, por medio de una *addictio*, ratificaba lo que acababa de ocurrir, adjudicando el deudor al acreedor. De este modo, la venganza ejercitada en este acto pierde el carácter privado por el que se venía caracterizando y adquiere un carácter público. Pues a diferencia de lo que ocurría con los *nexi*, ahora sí que interviene el Estado.

Tras esto el deudor era trasladado a una cárcel privada del acreedor en la que sería encadenado con unas cadenas que pesasen, cuando menos, quince libras. El deudor debía ser alimentado bien a expensas de sus bienes que aún conservaba o bien a expensas del acreedor. Esta referencia a la posibilidad de que el deudor sea alimentado con sus propios bienes contenida en la Tabla III. 4, sirve de base a parte de la doctrina para mantener que los bienes del deudor adjudicado al acreedor o *addictus*, no pasaban a formar parte de la *adictio* que hacía el magistrado.

Ahora debía permanecer durante 60 días más en poder del acreedor, que debería presentarlo en el mercado, publicando a cuanto ascendía la deuda para que alguien decidiera rescatarlo. Se trataba de lograr la satisfacción de la deuda mediante el pago de un tercero, medida está sin duda encaminada a lograr la caridad del algún amigo o familiar.

Ahora bien, si durante el anterior plazo nadie salía al pago de su deuda, la ejecución llegaba al punto más duro. Pues se permitía la venta como esclavo en el extranjero, de ahí la expresión *trans Tiberim*, Pues en suelo romano no era posible ser esclavo. La otra posibilidad era dar muerte al deudor, pues lógicamente si nadie pagaba por él y no era

¹⁶ GAYO, *Inst.* IV, 21: *per manus iniunctionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege xii tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: quod tu mihi iudicatus siue damnatus es sestertium x milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius prendebat; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur.*

posible tenerlo como esclavo en suelo romano, al no aportar utilidad económica alguna mantenerlo a expensas del acreedor podría llegar a ser una carga.

PÉREZ ALVAREZ¹⁷, recoge una serie de posicionamientos de la doctrina romanista, citando a COSTA, GIUFFRÉ y a CORMACK, respecto a una tercera posibilidad que sería un pacto entre el deudor y acreedor mediante el cual el deudor pasaría a prestar servicios al acreedor hasta saldar la deuda. Sin lugar a dudas esta sería una situación muy adecuada para una economía creciente con una necesidad de mano de obra alta. Se trataría de una forma de trabajo no remunerado pero el deudor no es esclavo pues es ciudadano romano. Esta solución sería de utilidad para los deudores en edad de trabajar, y no para aquellos que se encontrasen enfermos.

Por último, tenemos que referirnos a la última de las posibilidades que podían tener lugar en aplicación del proceso de ejecución de la *manus iniectio*.

Esta posibilidad era que existiesen varios acreedores del deudor, para cuyo caso preveía la ley que este fuese despedazado en tantas partes como acreedores. Aquí no se trata tanto de una venganza sino como un medio de coacción a la familia del deudor, pues no solo se trataría de darle muerte, sino que al conservar las partes los acreedores, la familia no podría darle sepultura lo que acarrearía mala suerte a la familia del deudor.

La doctrina ha debatido mucho sobre esta cuestión, debate el cual, si bien no deja de ser ciertamente interesante, no interesa a la finalidad de nuestra investigación, por lo que nos limitaremos a decir que PÉREZ ALVAREZ¹⁸, agrupa los diferentes posicionamientos en tres categorías. Aquellos que la interpretan en sentido material AULO GELIO, QUINTILIANO, SCIALOJA y NOCERA, entre otros; autores que entienden que ha de dársele un sentido mágico religioso CORMACK o LÉVY-BRUHL y por último una parte entiende que en lugar del cuerpo lo que se dividía era el patrimonio del deudor citando la mencionada autora a DA NOBREGA y RADIN.

b) Especial referencia a la figura del *vindex*.

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar, una de las formas de evitar que tuviese lugar la *manus iniectio*, era que en el plazo inicial de 30 días se presentase un *vindex*.

¹⁷ PÉREZ ALVAREZ, M.P., “La posición del deudor en la historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial” *Revista general de Derecho Romano*, número 16, 2011, Iustel, pág. 23.

¹⁸ PÉREZ ALVAREZ, M.P., *La bonorum venditio, estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano*, Madrid 2000, págs. 49 y ss.

Figura ésta, no exenta de ciertas discrepancias doctrinales pero que, a grandes rasgos, era la encargada de entablar un proceso declarativo frente al acreedor. FESTO¹⁹ lo define como aquel que formula una reclamación contra el acto que grava a su pariente o amigo.

Con la presentación del *vindex* tiene lugar la inmediata puesta en libertad del deudor. Desde ese momento las partes en el proceso pasan a ser el *vindex* y el acreedor. No se pone de acuerdo la doctrina, si bien se produce un nuevo proceso o bien el proceso anterior pierde el carácter ejecutivo pasando a ser un proceso declarativo.

Lo que parece quedar claro es el objeto de ese proceso declarativo que, con independencia de que se tratara de un nuevo proceso o de la continuación del anterior, sería ver si el ejercicio de la *manus iniectio* había sido ejecutada injustamente o no. Si triunfaba la pretensión del *vindex*, nada ocurría pues el deudor ya había quedado libre, pero si se estimaba que la *actio per manus iniectio* había sido ejercitada de forma justa, el *vindex* era condenado a pagar el doble de la deuda.

En lo referido a la naturaleza jurídica de esta figura, hay que señalar que algunos autores, como es el caso de KELLER,²⁰ lo consideraban como un sustituto procesal. Esta postura, tal y como señala PÉREZ ÁLVAREZ era difícil de sostener considerando el principio clásico que excluía la posibilidad de representación en el proceso, “*nemo alieno nomine leger agere potest*”, motivo éste, que nos induce a pensar que tal vez, con la intervención del *vindex* se abriera un proceso al cambiar las partes procesales y el objeto, de manera que nos posicionáramos a favor de la tesis de CANNATA quien entiende que se habría un nuevo proceso con diferentes partes.²¹

Nosotros compartimos la opinión de PÉREZ ÁLVAREZ²², cuando manifiesta que el *vindex* es una especie de defensor del deudor. Pues es evidente que asume una protección en cuanto que entabla un proceso ordinario y asume un grave riesgo pues en el caso de ser condenado deberá pagar el doble.

¹⁹ NONIO MARCELO, Festi Pompei Fragmenta, voz *Vindex*, París, 1519, puede consultarse en el siguiente enlace web: http://fondosdigitales.us.es/media/books/209/209_74031_267.jpeg. consultado el día 14 de Enero de 2013.

²⁰ KELLER: *Der römische Civilprozess*, Leipzig, 1883, pág. 91 y ss.

²¹ CANNATA: *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, Milán, 1987, pág., 166

²² PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs. 49 y ss.

c) Conclusiones sobre la ejecución por vía de la *manus iniectio*.

La *manus iniectio*, constituye la fórmula más arcaica de ejecución procesal. Motivo en el que radica la gran relevancia que la convierte objeto de un estudio como un claro antecedente del concurso de acreedores en el sentido de proceso de ejecución universal. Sin entrar por el momento a valorar la naturaleza jurídica del concurso de acreedores, sí que podemos adelantar ya que el proceso de ejecución tiene mucho que ver en su actual configuración.

De sus caracteres es evidente que existe un marcado carácter penal, No solo por la posibilidad de acabar muerto, o vendido como esclavo, sino que antes de la venta se produce también una situación de privación de libertad.

Ahora bien, lo que más nos interesa, es que con esta institución se produce un avance de gran relevancia y es que el Estado comienza a regular el ejercicio de la auto-tutela. Legislando sobre los efectos de la insolvencia y creando un proceso de ejecución como cauce para la realización efectiva del derecho de crédito del acreedor, que si bien todavía conserva un marcado carácter privado, da cabida a un cierto control por la Autoridad. Ese control tiene lugar en dos fases.

La intervención del poder estatal se revela en primer término cuando se dicta una sentencia declarativa en la que reconoce la existencia de una deuda; es el supuesto del *iudicatus*, lo cual implica que quien ha conocido de la existencia de la deuda ha sido el un tribunal, alejándose ya del *nexum* en el que no existía procedimiento alguno declarativo ante un tribunal. Lo mismo sucede con el caso del *confessus*, quien el propio deudor y también ante el tribunal ha confesado la deuda.

El control del Estado se produce igualmente en el plano ejecutivo, pues para que el deudor pase a disposición del acreedor es necesaria la *addictio*, siendo el Estado quien adjudica la persona del deudor al poder del acreedor y no el propio acreedor como ocurría en el *nexum*.

Por lo expuesto, el margen de acción de la autodefensa comienza a decaer y deja paso al proceso como medio de resolver las disputas. En el ámbito de la insolvencia se estructura un proceso idóneo para llevar a cabo la ejecución, todavía personal, por insolvencia del deudor, aunque pueda parecer un proceso duro constituye la primera regulación procesal de la ejecución lo que fue un gran mérito.

Por último, es necesario señalar que la situación en la que quedaban los ejecutados por la *manus iniectio* y los *nexi* seguía siendo muy precaria, pues los primeros eran rescatados teniendo que pagar su rescate por medio de su trabajo en el mejor de los casos, y los segundos eran esclavos de hecho. La precaria situación de ambos dio lugar a un importante precedente, la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, que marcaría el paso definitivo de la responsabilidad corporal por deudas a la responsabilidad patrimonial por las mismas.

D. La *Lex Poetelia Papiria*. El antecedente de la responsabilidad patrimonial por deudas.

La situación en la que se encontraban los *nexi* y aquellos que eran objeto de la *manus iniectio* dio lugar a un estallido social. La fecha en la que fue promulgada esta ley no es una cuestión pacífica entre la doctrina, la cual, como en nada afecta a nuestra investigación pasaremos por alto. Lo único que vamos a decir respecto a esta división de opiniones es que una parte de la doctrina se inclina por el año 326 a.C. como fecha de su promulgación debida a los cónsules C. Poetelius Libo y a Papirius Cursor, mientras que una parte minoritaria de la doctrina sitúa la fecha de su promulgación en el año 313 a.C. bajo la dictadura de C. Poetelius Libone Visolo.²³

TITO LIVIO²⁴ se refiere al célebre episodio del joven *nexi* Gayo Publilio, el cual se había entregado en lugar de su padre. El relato cuenta cómo el lujurioso y usurero Lucio Papirio intentó, sin éxito, seducir al joven, procediendo después por medio de amenazas para finalmente azotarlo con varas. El joven logró salir a la calle dando muestras de la crueldad y lujuria de Lucio Papirio y el pueblo, compadecido del joven, acudió primero al Foro marchando desde allí hasta la curia, donde los cónsules convocaron al senado.

Los cónsules dieron al Senado el mandato de que nadie fuese encadenado ni encarcelado por deudas de modo que la ejecución se dirigiese frente a los bienes del deudor y no contra su persona. Ahora bien, si bien es cierto que se promulgó la *Lex Poetelia Papiria* no lo es menos que la responsabilidad por deudas siguió existiendo en Roma, aunque la situación de los *nexi* mejoró considerablemente. Este es el motivo por el que hemos preferido hablar del comienzo de la responsabilidad patrimonial por deudas, y no del final de la responsabilidad personal por las mismas.

²³ Para la consulta de los diversos posicionamientos doctrinales véase PÉREZ ÁLVAREZ, *Op. Cit.*, págs. 63 y 64.

²⁴ TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, VIII, 28, 2-7

En lo referido al ámbito de aplicación de la referida ley, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que entienden que únicamente se aplicaba a los *nexi*²⁵ y aquellos otros que entiende que se extendió también al *addicti*, que como ya vimos eran los deudores adjudicados por el ejercicio de la *manus iniectio*.²⁶ De modo que no queda del todo claro si la ley se podía aplicar a los *addicti*, quedando a salvo de toda duda su aplicación a los *nexi* a quienes sí que les resultaba de aplicación.

Uno de los aspectos que nos interesa bastante es el referido al juramento *bonam copiam iurare*, pues podemos encontrarnos en el precedente más remoto de la declaración de quiebra o concurso voluntario, salvadas las distancias.

Entre los textos que se refieren a la *Lex Poetelia Papiria*, vamos a detenernos en algunos de ellos,

- El primero de ellos es de VARRÓN²⁷

“Popilio vocare, Sylla dictadore sublatum ne fieret, et omnis qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti”

El alcance y contenido del juramento que hace el deudor ha sido muy discutido por la doctrina²⁸ pues existen diversas interpretaciones que, en síntesis, serían las siguientes: para algunos autores se trataba de un juramento de solvencia, con lo cual lo que sucedía era que el deudor juraba que poseía bienes suficientes para el pago. Y para otra parte de la doctrina, se trataba de un juramento de insolvencia, en el que el deudor juraba que no tenía medios suficientes para hacer frente al pago de la deuda.

Entiende VORON²⁹ que el juramento se refiere a una promesa que hace el deudor de haber gestionado bien su patrimonio, dejándolo en su totalidad a disposición de los acreedores. Esta posición es seguida por ZAMBRANA DEL MORAL³⁰, quien defiende que la interpretación más adecuada es que la *Lex Poetelia Papiria* permitió la responsabilidad patrimonial por deudas de aquellos que juraban haber gestionado sus asuntos de manera adecuada.

²⁵ Los siguientes autores mantienen esta postura: CANNATA, *Rec. a Leo Peppe, Studi sull' esecuzione personale*. Milano, 1981; NOAILLES, “*nexum*” en RHD, 19-20, 1940.

²⁶ El principal exponente de esta posición es MAC CORMACK, G., “The lex Poetelia”, *LABEO*, 19, 1973.

²⁷ TERRENTI VARRÓN, M., *De Lingua Latina*, VII, 105.

²⁸ Sobre los diferentes posicionamientos doctrinales al respecto véase: ZAMBRANA DEL MORAL, P.: *Derecho Concursal histórico I*, Zaragoza, 200, págs. 57 y 58

²⁹ VORON, E., *La cessio bonorum*, Paris 1920, págs., 12 y ss.

³⁰ ZAMBRANA DEL MORAL, P., *Ibidem.*, págs. 57 y 58.

Señala la mencionada autora que no tienen mucho sentido las interpretaciones que tratan de ver un juramento de que se tienen bienes suficientes, pues en ese supuesto no se darían apenas este tipo de supuestos pues se habrían liquidado los bienes para salvar la deuda o se hubiera acudido a otro tipo de préstamo que permitiese como garantía los bienes, postulado que nos parece acertado y cual compartimos.

En nuestra opinión, si examinamos en el negocio del *nexum*, y consideramos en cuenta las consecuencias que acarreaba, nos resulta lógico pensar que una persona con bienes suficientes no celebraría este negocio, pues le resultaría mucho más conveniente la prenda o la hipoteca. Lo normal es que acudiera a este contrato aquel que no tenía un patrimonio suficiente para avalar un préstamo, por ello se avalaba con la propia persona.

Considerando lo anterior, el juramento de solvencia no tendría mucho sentido y se limitaría solo a unos pocos casos en los que el deudor careciese de liquidez para el pago de la deuda. Y de los textos no parece inferirse tal intención, sino que como apunta la mencionada autora, con el juramento de no tener bienes suficientes y la puesta a disposición de todo el patrimonio, cualquiera podría prestar el juramento y verse libre de la esclavitud por deudas siempre, siempre que hubiera administrado bien su patrimonio.

Las conclusiones que podemos extraer del acercamiento que hemos hecho a la *Lex Poetelia Papiria*, son que sirvió para permitir una ejecución frente al patrimonio del deudor y no contra su persona, permitiendo que aquellos que juraban haber gestionado bien su patrimonio y que no tenían bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda quedar libres de la esclavitud por deudas a cambio de poner todos sus bienes a disposición del deudor.

Parece claro, que la intención era suavizar el excesivo rigor que había en Roma frente a los *nexi* y posiblemente con los *addicti* pues aunque no exista unanimidad al respecto la situación de unos y otros en la práctica era la misma, eran esclavos por deudas. Unos pagaban mediante su trabajo y los otros mediante su venta como esclavos.

Podemos inferir otra nota característica que va a permanecer casi inalterada en la regulación de las insolvencias con el transcurso del tiempo. No es otra que el diferente trato que se va a dispensar al deudor que ha gestionado bien su patrimonio frente al deudor que ha hecho lo contrario. Es, sin lugar a dudas el germen de la insolvencia fortuita y la culpable con el deudor de buena y mala fe respectivamente.

2. La primera responsabilidad patrimonial por deudas, la *Venditio Bonorum*.

A. La creación de la *bonorum venditio*: una creación del Pretor.

Mediante la *bonorum venditio*³¹ se produce un importante adelanto en el afianzamiento de la ejecución patrimonial frente a la personal. Se trata de una institución que no nace de una ley, sino que es obra del pretor y que, tomando la definición que de ella hace PÉREZ ÁLVAREZ³² se define como “un instituto de naturaleza pretoria, de carácter universal y, cuando hay pluralidad de acreedores, colectivo, que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del deudor a petición de uno o varios acreedores que eran puestos en posesión de los bienes del demandado. Transcurridos unos determinados plazos el *magister bonorum* procedía a la subasta del patrimonio en su conjunto y lo entregaba a quien ofrecía pagar el mayor porcentaje de las deudas del concursado.”

³¹Sobre la *venditio bonorum*: existen numerosas tesis doctorales francesas de finales del Siglo XIX entre las que podemos citar las siguientes: CAMUS, *Droit romain: de la "Missio in possessionem rei servandae causa", et de la "Venditio bonorum". Droit français: des Effets du jugement déclaratif de faillite et de la cessation de paiements*, Nancy, 1872. MASCAREL, H., *De la "Bonorum venditio" en droit romain. De la Banqueroute en droit français*, Poitiers, 1878. EYQUEM, D., *De la "Venditio bonorum" en droit romain. De la Condition du failli aux différentes époques de la faillite, en droit français*, Bordeaux, 1880. AUSSÉNAC, P., *De la venditio bonorum: droit romain; influence de la faillite sur la constitution et l'inscription des hypothèques*, Montpellier, 1891. FAYARD, M.V., *De la Venditio bonorum en droit romain. Des effets du jugement déclaratif de faillite sur les actes antérieurement faits par le failli (art. 446, 447, 448 [Para] 2, 449 du Code de Commerce) en droit français*, Paris, 1881. GASTÓN, H., *Droit romain, de la "Venditio bonorum". Droit international, de la Faillite dans les rapports internationaux*, Paris 1881. LECOUNTER, E.J., *De la "Venditio bonorum", en droit romain. Du Concordat en matière de faillite, en droit commercial*, Douai, 1881. COLLIN, P., *De la venditio bonorum, en droit romain. De la situation de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire, en droit criminel*, Paris, 1883. BONNANS, G., *Étude sur la "bonorum venditio" en droit romain et la banqueroute en droit français*, Toulouse, 1884. ROUS, J., *Droit romain: de la "Bonorum venditio" et de ses rapports avec quelques autres voies d'exécution. Droit français: Règles principales des transports de marchandises par chemin de fer et en particulier responsabilité des compagnies pour perte, avaries et retard*, Toulouse, 1885. MICHON, M., *De la venditio bonorum: droit romain. Des effets de l'adjudication sur saisie immobilière: droit français*, Lyon, 1886. PINTA, G., *De la "Venditio bonorum" en droit romain; De la Surenchère en droit français*, Poitiers, 1889. DUVEREL, G., *De la venditio bonorum: droit romain; des effets de la saisie immobilière: droit français*, Paris, 1890. FOURCADE, A., *Droit romain: de la "Bonorum venditio". Droit français: des Effets de la cessation de paiements en matière de faillite, art. 446, 447, 448 [par][par] 2 et 3, et 449 du C*, Toulouse, 1890. RENGADE, F., *Droit romain: -De la venditio bonorum. Droit français: Des effets de la revente sur folle enchère*, Bordeaux, 1891. BLOCH, R., *De la venditio bonorum: droit romain; Des conflits de lois en matière de faillite: droit français*, Paris, 1892. Como obras monográficas sobre la *venditio bonorum*, véanse las siguientes: CARRELLI, E., “Per una ipotesi sulla origine della *bonorum venditio*”, *SDHI*, 4, 1938. CARELLI, E., “Ancora sull'origine della *bonorum venditio*” *SDHI*, 10, 1944. PEREZ ÁLVAREZ, M.P., *La bonorum venditio*, Madrid, 2000. ROTONDI, G., *Bonorum venditio*, Milano, 1938. UBBELOHDE, A., *Ueber das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo iudiciorum*, Marburg, 1890. Véanse también la referencia que hace a esta institución: DÍAZ, E., *Instituciones de Derecho Romano*, Sexta edición, Tomo II, Barcelona, 1947, págs. 453 y ss. SOLAZZI, S., “Il tema de la *bonorum venditio*” en *scritti di diritto romano*, tomo V, Napoli, 1972, págs. 609 y ss.

³²PEREZ ALVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, pág. 383.

Salta a la vista como la esencia del concurso de acreedores, al menos en los casos en los que vaya a tener lugar la liquidación del patrimonio, guarda bastante semejanza con este instituto.

En esta institución hay que diferenciar dos fases, la primera fase denominada *missio in bona* y una segunda fase que es la *bonorum venditio*. Para poder comprender cómo hemos dado un salto tan importante en la materia de la ejecución debemos hacer una serie de consideraciones previas.

Esta institución aparece en el ámbito del procedimiento del formulario³³ y se trata de una obra del Pretor. Dicho proceso, ha nacido como una evolución necesaria del anquilosado sistema procesal de la *Legis Actionis* y, tras un siglo de coexistencia, vendría a sustituir a aquel.

La aparición y el auge de este nuevo derecho procesal venían determinados por el hecho de que en una Roma con un número de extranjeros creciendo a pasos agigantados, el sistema procesal de las acciones de la ley era ineficaz, pues solo podía ser usado por ciudadanos romanos, e incluso para los propios ciudadanos romanos resultaba ciertamente problemático si nos hacemos eco de GAYO³⁴, el cual, nos relata cómo las acciones se desprestigiaron por su excesivo formalismo.

Para que los ciudadanos extranjeros pudiesen litigar fue necesario crear una nueva jurisdicción en la, surgía de este modo la figura del Pretor Pelegrino,³⁵ en el año 242 a. de C. Éste último, por razones de tipo práctico, fue creando un sistema procesal que se basaba en la fijación de la controversia mediante unas determinadas fórmulas. Dado que el pretor podía desconocer la lengua de los litigantes, lo que le impediría poder conocer sus pretensiones, con el empleo de la fórmula escrita, se garantizaba conocer exactamente qué estaban reclamando.

Este proceso causa un gran impacto y comienza a extenderse a la Pretura Urbana apareciendo la práctica de los *arbitria honoraria*, que no eran sino arbitrajes que se

³³Sobre el procedimiento del formulario véase a GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, Tomo I Instituciones, Madrid, 1979, págs. 107 y ss. COSTA, E., *Profilo storico del Processo civile romano*, Roma, 1918, págs. 91 y ss. GIRARD, P.F., *Op.Cit.*, págs. 964 y ss.

³⁴GAYO: *Inst.*, IV,30 “*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*”

³⁵Sobre el pretor peregrino vid, SERRAO, F., *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, dicho autor sitúa la fecha de su creación en el año 242 a. C.

sometían al pretor urbano con base en el *imperium* del magistrado. De este modo, el procedimiento de las acciones de la ley comenzó a caer en desuso por los ciudadanos romanos que eran atraídos por la flexibilidad que les permitía este nuevo sistema.

Esta situación llevó al poder estatal a positivizar esta nueva práctica procesal, mediante la creación del proceso del formulario limitado a aquellas reclamaciones que podían tramitarse por *condictio*³⁶ mediante la promulgación de la *Lex Aebutia* cuya fecha de promulgación fue aproximadamente en el año 123 a. de C. Es decir, desde que aparece la figura del pretor peregrino hasta que se promulga esta ley ha transcurrido un siglo. Pero aún habría que esperar hasta la promulgación de las Leyes Julias por Augusto en el año 17 a. de C. para que el procedimiento del formulario fuera de aplicación a cualquier clase de litigio, aboliendo completamente el sistema de las acciones de la ley, GAYO hace referencia a dicho proceso, “*itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*”³⁷

Situados en este punto, vamos a examinar el origen la *venditio bonorum* como forma de ejecución patrimonial de carácter universal, frente a la antigua ejecución personal.

GAYO hace una referencia, un tanto incierta, al pretor Publio Rutilio, “*Quia praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur.*”³⁸ Como podemos observar, no hace una afirmación, sino que se hace eco de una manifestación en ese sentido. Lo cual no nos aporta una gran certeza en cuanto a su creación. La doctrina no es unánime en cuanto a si se trataría de Publio Rutilio Rufo, o de Publio Rutilio Calvo³⁹.

Lo cierto es, que, en un determinado momento y con independencia de su autoría, los pretores introducen la posibilidad de dirigir una ejecución frente al patrimonio del deudor en lugar de contra su persona. En un primer momento esta ejecución únicamente tenía lugar para una serie de casos en los que la ejecución personal no era posible.

³⁶ Es decir, aquellas que

³⁷ GAYO, *Inst.*, IV, 30, “*itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*” “Así, pues, estas acciones de la ley fueron abolidas por una ley Ebutia y las dos leyes Julias, a partir de las cuales, litigamos mediante términos prescritos, es decir, mediante fórmulas.”

³⁸ GAYO, *Inst.*, IV, 35, “*quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, comparata est*” “El pretor Publio Rutilio, que según dice, fue el que introdujo también la venta de bienes en concurso.”

³⁹ Sobre ambas posiciones doctrinales PEREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs. 78 y ss., quien recoge los posicionamientos doctrinales existentes al respecto y que en nada afectan al curso de la presente investigación.

Algunos autores mantienen que el pretor Rutilio crea esta institución⁴⁰. En este sentido GIRARD⁴¹ no atribuye al Pretor la creación de la institución, sino que le atribuye la creación de la fórmula para aplicar esta institución a una persona que estaba con vida.

PÉREZ ÁLVAREZ⁴² señala que es muy difícil que un solo pretor crease de la noche a la mañana un instituto semejante, opinión que suscribimos plenamente, pues consideramos un tanto descabellado que un único pretor crease la institución si tenemos en cuenta cómo nace el procedimiento del formulario; nos encontramos con un derecho que nace de la práctica diaria de la actividad del pretor, y teniendo en cuenta cuándo se crea el Pretor y si tenemos en cuenta cuándo aparece la Ley Aebutia, no es descabellado trasladar este esquema a la institución de la *venditio bonorum*.

De esta forma, a través de la actividad de los pretores se procedió, a aplicar por *analogía iuris* el proceso de la *cessio bonorum* a procesos civiles, y que en un momento posterior esa práctica fuera reconocida de manera expresa por el pretor Publio Rutilio, creando una determinada fórmula de un modo similar al que la Ley Aebutia reconoció el empleo del proceso del formulario. No se trata de una conclusión sino de una hipótesis habida cuenta de la incertidumbre existente ante la falta de fuentes fidedignas.

Podemos definir la *bonorum venditio*, como una venta de todo el patrimonio que se encontraba en poder de los acreedores tras la puesta en posesión de estos mediante la *missio in bona rei servendae causae*.

B. La missio in bona rei servendae causae.

La *missio in bona rei servendae causae*, consistía en la puesta en posesión de la totalidad del patrimonio del deudor en manos de los acreedores, para conminar a este a que les pagase y que, casi con absoluta certeza, comenzó a darse para una serie de supuestos en los que la ejecución personal devenía imposible. No sabemos con certeza cuáles son los primeros casos en los que se utilizó, pues la fuente más antigua de la que tenemos conocimiento es de CICERÓN⁴³ que se refiere a varios casos en los que procedía la puesta

⁴⁰ GASTON, H., *Op. Cit.*, págs.6 y ss.

⁴¹ GIRARD, P.F., *Op.Cit.*, pág. 1011.

⁴² PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op Cit.* págs. 79 y ss.

⁴³ CICERÓN, *Pro Quinctio*, XIX., “*Recita edictum. QVI FRAVDATIONIS CAUSA LATITARIT. Non est is Quinctius; nisi si latitant qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. CVI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QVI EXSILI CAUSA SOLVM VERTERIT*”

Quien no comparece causa defraudación, no es el caso de Quinctius; a no ser que el que estando fuera para comenzar su negocio proceda con un procurador recusado; el heredero que no subsistió ni es ciertamente cualquiera que emigró por causa del exilio;

en posesión. Del mencionado texto se evidencia la imposibilidad de poder ejercitar la ejecución personal, la ejecución devenía imposible al morir el deudor sin nombrar herederos, haberse fugado o ausentarse nombrando un procurador.

En este sentido COSTA⁴⁴ se refiere a los casos en los que el deudor se encontraba ausente o que moría sin que un heredero lo sucediese.

Todo ello nos inclina a pensar, que en un primer momento surgieron una serie de casos muy tasados en los que procedía la *missio in bona* porque era imposible la ejecución personal y que, a la vista de su efectividad los supuestos se fueron ampliando hasta llegar a otros supuestos en los que si era posible la ejecución personal.

Sobre la finalidad de esta institución, tanto GIRARD⁴⁵ como PÉREZ ÁLVAREZ⁴⁶ entienden que era la coacción: obligando al deudor que tenía patrimonio a pagar. La mencionada autora mantiene que esa finalidad coactiva, es relegada a un segundo plano cuando en un momento posterior se autoriza la venta de los bienes en su conjunto, momento a partir del cual es más una finalidad de conservación del patrimonio que una finalidad de coacción.

Esta evolución junto con la posterior aparición del *curator bonorum*, supone, salvadas las distancias, el antecedente de los antiguos síndicos y de los actuales administradores concursales. Digamos que en la evolución se manifiesta la idea de que el deudor no debe conservar sus bienes ante el peligro que ello puede suponer para los acreedores, siendo necesario el nombramiento de un tercero a quien se le confíe la guarda y la administración de dicho patrimonio

Desde el punto de vista coactivo, al recaer sobre el conjunto del patrimonio, el deudor que tenía bienes suficientes se veía conminado al pago, aunque claro está, para aquel que no tenía patrimonio la medida no presentaba el mismo grado de coacción.

El desarrollo de la *missio in bona rei servendae causae*, reflejaba la sencillez que venía caracterizando al procedimiento del formulario desde sus inicios. En este punto resulta interesante la tesis de CAMUS⁴⁷, al equiparar la *venditio bonorum* como una *manus iniectio* pero sobre los bienes en lugar de sobre el deudor, dado que en un primer momento

⁴⁴ COSTA, E., *Op. Cit.*, págs. 92 y ss.

⁴⁵GIRARD, P.F., *Op. Cit.*, pág. 1009

⁴⁶PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs.111 y ss.

⁴⁷ CAMUS, *Op. Cit.*, págs. 9 y ss.

ambas instituciones se caracterizan por la existencia de un periodo de 30 días cuya finalidad es conminar al pago.

Los acreedores solicitaban al pretor la puesta en posesión de los bienes. La solicitud hecha por uno de los anteriores aprovechaba al resto que no habían instado la puesta en posesión⁴⁸. En lo relativo a la tramitación surge una cuestión objeto de disputa entre la doctrina y que desde el punto de vista procesal es relevante. Se trata de ver si existía o no posibilidad de audiencia al deudor o si se declaraba sin más la *missio in possessionem* por el pretor.

PÉREZ ÁLVAREZ⁴⁹, se inclina por la *inexistencia* de audiencia al deudor que pudiese originar una previa cognición de la causa. CAMUS⁵⁰ entiende que en unos casos podía existir cognición del pretor, mientras que en otros no la habría. Para SOLAZZI⁵¹ y ROTONDI⁵² siempre tenía lugar la cognición por el pretor.

A nuestro parecer, atendiendo al hecho de que los motivos fueran tasados, y haciendo nuestro el razonamiento de la autora PÉREZ ÁLVAREZ, nos inclinamos a pensar que el pretor se limitase a examinar la petición y a corroborar si la misma se debía a una de las causas contempladas que, en caso de verificarse, procedía a la puesta en posesión sin más.

En nuestra opinión podríamos tener aquí el precedente más remoto, salvadas las diferencias existentes, con la actual declaración del concurso necesario inaudita parte *debitoris*. La analogía es clara, una lista de supuestos tasados, una solicitud dirigida a la autoridad jurisdiccional, y una respuesta de misma sin que exista conocimiento del deudor y por ende sin que haya proceso.

En cuanto al alcance de la *missio in bona rei servendae causae*, hay que tener en cuenta que la misma no era una posesión en sentido estricto, sino que solamente autorizaba a los acreedores a detentar los bienes y a guardarlos, no siendo por tanto útil para que pudiesen adquirir los bienes por medio de las prescripciones, tampoco se les entregaba la cosa para que disfrutasen de la misma. El alcance de la misma es unánime en la doctrina⁵³

⁴⁸ ULPIANO, D. XLII.5.12.1: "*Is, qui possidere iubetur, eo loco iussus videtur, cuius cura ad iubentem pertinet.*"

⁴⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs. 144 y ss.

⁵⁰ CAMUS, *Op. Cit.*, pág. 52 y ss.

⁵¹ SOLAZZI, S., "Il tema de la bonorum venditio" en AAVV, *Scritti di diritto romano*, Tomo V, Napoli, 1972.

⁵² ROTONDI, G., *Bonorum venditio*, Milano, 1938.

⁵³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs.147 y ss.; GIRARD, P.F., *Op. Cit.*, pág. 1010;

en base a una gran cantidad de fuentes contenidas que se refieren a ella de forma indirecta⁵⁴. Es necesario hacernos eco de la diferencia que existía entre la posesión y la puesta en posesión de los acreedores como señala ULPIANO⁵⁵ al referirse a la posesión que se hace a los acreedores para que conserven los bienes, que se asemejaba más a una mera detentación y no era útil para adquirir la propiedad mediante la usucapión.

La duración de la *missio in bona rei servandae causae* era diferente dependiendo de si el deudor estaba vivo o muerto. Si el deudor vivía, la duración era de 30 días. Mientras que si estaba muerto se limitaba a 15 días.⁵⁶

El resultado de su evolución, en nuestra opinión, podría haber dado lugar a una institución que, salvadas las distancias, guardaba ciertas semejanzas con un embargo preventivo, dado su primitivo carácter coactivo, por un lado, serviría para compeler al sujeto de que hiciera efectiva la deuda pendiente, y de otro lado, se conseguía asegurar la posterior venta de los bienes en caso de que no se hiciese efectivo el crédito.

C. Breve referencia al *curator bonorum*.

Se trata esta, de una figura ciertamente interesante para el estudio del concurso de acreedores pues nos hayamos, sin duda ante el antecedente más antiguo del actual administrador concursal, en su vertiente de velar por la conservación de los bienes.

⁵⁴ ULPIANO, *D.* X.4.5.1: “*Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. inde iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur.*” ULPIANO, *D.* XLI.2.10.1, “*Idem pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit.*” hace una distinción nítida entre la posesión y la puesta en posesión. La misma idea de la puesta en posesión la repite el mencionado autor en *D.* XLIII.3.1.9: “*Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem. movet illud primum, quod non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod praetorem habet huius rei auctorem. tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine nec recedat: tunc enim etiam possidere videtur.*”

⁵⁵ ULPIANO, *D.* XLIII.17.3.8: “*Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident: idemque et in ceteris omnibus, qui custodiae causa missi sunt in possessionem, dicendum est.*”

⁵⁶ GAYO, *Inst.*, III, 79: “*Et si quidem uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si uero mortui, per dies XV postea iubet conuenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona ueneant. itaque si uiui bona ueneant, in diebus X legem bonorum uendundorum fieri iubet, si mortui, in dimidio. diebus tandem uiui bona XXX, mortui uero XX emptori addici iubet. quare autem tardius uiuentium bonorum uenditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de uiuis curandum erat, ne facile bonorum uenditiones paterentur.*”

Sobre esta figura no se han pronunciado algunas de las fuentes más relevantes como GAYO y CICERÓN, lo que ha sido un campo abonado para la que la doctrina romanista pudiese formular hipótesis en todos los sentidos. Nosotros nos limitaremos a exponer las fuentes que se refieren a esta institución y a mostrar la postura de la doctrina más autorizada sobre la misma.

En el Digesto encontramos varios textos que contienen referencias más o menos directas a la figura de *curator bonorum*.

- ULPIANO⁵⁷ se refiere al curador que hay que nombrar para aquellos que sin ser menores o estar locos no son capaces de administrar su patrimonio y lo dilapidan, de modo que los pretores le nombran un curador.
- ULPIANO⁵⁸ habla del curador nombrado para proceder a la venta de los bienes.
- ULPIANO⁵⁹ se refiere este texto a la figura del curador de los bienes, cómo tiene lugar su nombramiento. Vamos a recoger algunos fragmentos de este texto, a nuestro juicio, bastante significativos.

*“Para el nombramiento de un curador suele hacerse así en la práctica: se solicita del pretor que nombre uno o varios curadores de acuerdo con la mayoría de los acreedores, o del gobernador de la provincia, si los bienes se han de vender en la provincia”*⁶⁰

*“Se pregunta si se puede nombrar curador a alguien sin su consentimiento, y escribe Casio, lo que es más cierto, que nadie debe ser obligado a ser curador de los bienes sin su consentimiento.”*⁶¹

⁵⁷ ULPIANO, D., XXVII.10.1: *“Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.”*

⁵⁸ ULPIANO, D., XLII.5.9.3: *“His verbis “ad quem ea res pertinet” etiam curator bonis distrahendis datus continebitur et ipse debitor, si contigerit, ne bona eius veneant. et ipsi itaque creditori adversus hos dabitur actio, quos enumeravimus, sive quid in fructibus percipiendis erogavit sive in familia alenda curandave praediis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto promittendo vel servo noxali iudicio defenso, si modo non magis eum expedit dedere quam retinere: quod si dedere expedit, consequens erit repetere eum non debere.”*

⁵⁹ ULPIANO, D., XLII.7.1.1: *“Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit aut bona vendenda”*

⁶⁰ ULPIANO, D., XLII.7.2: *“De curatore constituendo hoc iure utimur, ut praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum, vel praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt.”*

*“Tampoco es absolutamente necesario que sea nombrado curador un acreedor, sino que también pueden serlo los que no son acreedores.”*⁶²

Se ven ciertas similitudes sobre todo con la figura de los síndicos creados por la legislación mercantil a imagen y semejanza del *curator*, sin bien, hoy en día algunos de esos rasgos se han difuminado en la figura de los administradores concursales aunque, como iremos viendo, la esencia ha perdurado hasta la actualidad.

En cuanto a su nombramiento, con apoyo en el fragmento anteriormente citado así como teniendo en cuenta la opinión de PÉREZ ÁLVAREZ⁶³ debemos concluir que era nombrado por el Pretor quien escogía a la persona elegida por la mayoría de los acreedores, pudiendo ser uno de los acreedores o no.

En lo relativo a sus funciones, diremos que son de conservación del patrimonio del deudor interesa, desde nuestra perspectiva procesal, ver cuál era la intervención procesal del *curator bonorum* en defensa de los bienes en posesión es posible que fuese necesario entablar acción judicial para la defensa de los mismos, sobre todo en los casos de un deudor ausente o fallecido sin herederos.

Vamos por ello a analizar las fuentes en busca de qué acciones podía o debía ejercitar.

De manera genérica, ULPIANO⁶⁴ se refiere a que al curador de los bienes le competen las acciones útiles a su favor y en contra de ellos. Por su parte, PAULO señala que una vez puestos los acreedores en posesión de los bienes, si existieran acciones que corren el riesgo de caducar, debe nombrarse un curador. Lo que nos plantea un interrogante ¿Es el curador el único que puede ejercitar las acciones del deudor? En nuestra opinión, del texto no podemos inferir que los acreedores no pudiesen ejercitar la acción. La única certeza que se desprende, es que cuando existía una acción que tenía plazo para su ejercicio era necesario nombrar un *curator*. Luego no podemos concluir en el sentido de que las acciones sujetas a plazo únicamente debían ser ejercitadas por el curador, sino que más bien, éste debía ser nombrado. No carece esto de lógica, pues el *curator* tenía como finalidad la defensa del

⁶¹ ULPIANO, D., XLII.7.2.3: “*Quaeritur, an invitus curator fieri potest: et cassius scribit neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius est. voluntarius itaque quaerendus est, nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur.*”

⁶² ULPIANO, D., XLII.7.2.4: “*Nec omnimodo creditorem esse oportet eum, qui curator constituitur, sed possunt et non creditors*”

⁶³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs. 198 y ss.

⁶⁴ ULPIANO, D., XLII.7.2. *Op. Cit.*

patrimonio unido a aquellos casos era absolutamente necesaria la intervención de alguien que ejercitase las acciones del deudor fugado o muerto sin herederos.

PÉREZ ÁLVAREZ⁶⁵ opina que, aunque el deudor mantenía la posibilidad de ejercitar su derecho, el nombramiento del curador hacía el ejercicio de la acción más fácil, pues se encontraba dispensado de prestar ciertas garantías.

Vemos, por tanto, cómo además de una función clara en la conservación de los bienes opera también una sustitución procesal en la que el deudor no desaparece del todo como ocurre hoy en día en el concurso necesario, de modo que no existe una sustitución total.

No obstante, es un antecedente evidente en la medida que se reconoce el interés de un tercero sobre derechos que corresponden al deudor, motivo por el cual se le concede una legitimación *ex lege*. Esa es la esencia de su actuación en el proceso, actuar en una relación jurídica ajena sobre la base de una legitimación extraordinaria, carácter que hoy en día y transcurridos casi dos milenios sigue presente en la legitimación *ex lege* de los administradores concursales.

D. Breve referencia a la *Proscriptio*.

No podemos pasar por alto esta institución, si quiera, para dar unas pinceladas sobre la misma. GAYO⁶⁶ nos da noticias de que una vez decretado por el Pretor la puesta en posesión de los bienes del deudor en favor de los acreedores era necesario dar conocimiento de ese hecho, motivo por el cual ordenaba el anuncio de tales circunstancias en lugar público durante treinta días y en los casos de que se tratara de un difunto durante quince. PÉREZ ÁLVAREZ⁶⁷ entiende que esa *proscriptio* era ordenada en el primer decreto que disponía la puesta en posesión de los acreedores.

Nos es necesario un gran esfuerzo intelectual para extraer ciertas semejanzas con la actual publicación de la declaración de concurso, mecanismo necesario para alcanzar la finalidad del concurso en tanto que, como una solución universal a una insolvencia, requiere de un mecanismo de publicidad que sirva de base para justificar una eficacia *erga omnes* y no inter partes. De este modo, cualquier acreedor podían conocer mediante la colocación de los *libelli* en sitios públicos, que estaba teniendo lugar ese proceso de

⁶⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, pág. 206.

⁶⁶ GAYO, *Inst.*, III, 79 *Op. Cit.*

⁶⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, pág. 165.

ejecución frente a la totalidad del patrimonio del deudor, y poder comunicar sus créditos antes de que se realizase la venta.

E. La *venditio bonorum*.

En sentido estricto, la *venditio bonorum* era una fase posterior del procedimiento, consistente en la venta de todo el patrimonio del deudor, como ya hemos apuntado el proceso de ejecución patrimonial se iniciaba a través de la *missio in bona*, y que, continuaba por la *bonorum venditio*, pero dada su trascendencia, el nombre de esta fase ha servido para referirse a la ejecución patrimonial en su conjunto.

El origen de esta figura no es otro que la evolución de la *missio in bona*, en el sentido de que para aquellos casos en los que el instrumento de presión de la puesta en posesión no era efectivo para lograr el pago, era necesario idear una nueva figura que permitiese satisfacer los intereses económicos de los acreedores, que en muchas ocasiones no se podían ver satisfechos mediante la ejecución personal.

Desde una perspectiva económica, no es difícil pensar que un acreedor que ha estado en posesión de los bienes del deudor insolvente, lo que le resulta más conveniente ante el impago, no es aplicarle la ejecución personal, la cual seguía presente durante el procedimiento del formulario bajo la forma de la *actio iudicati*⁶⁸ sino quedarse con la totalidad de sus bienes. Luego se pone de manifiesto, cómo nos vamos alejando más cada vez más de la concepción de la primitiva venganza sobre el cuerpo del deudor en la medida de que los bienes patrimoniales son cada vez más atractivos para un acreedor. Tampoco debemos de perder de vistas los supuestos en los que materialmente era imposible ejecutar personalmente la sentencia sobre el deudor bien porque no estaba, bien porque había muerto.

Entremos pues, a analizar cómo tenía lugar la venta o *venditio*. Previamente a la venta era necesario hacer una serie de operaciones que podríamos denominar intermedias, GIRARD⁶⁹ se refiere a estas operaciones como los preliminares de la venta, cuya finalidad

⁶⁸Por cuestiones de espacio, no podemos entrar a analizar en detalle el procedimiento de ejecución personal durante la vigencia del Proceso del Formulario. No obstante daremos algunas referencias de manuales españoles que abordan la cuestión brevemente. VOLTERRA, E., *Op. Cit.*, págs. 256 y ss. GARCÍA GARRIDO, M.J., *Op. Cit.*, págs. 142 y ss. Brevemente diremos que en opinión de ambos autores, la ejecución personal consistía en el mantenimiento de una semi-esclavitud, en la terminología de GARCÍA GARRIDO, o si lo preferimos una dependencia material en la formulación de VOLTERRA. Lo que importa es que en síntesis la situación no distaba mucho de la de los *adictii* que examinamos con anterioridad.

⁶⁹ GIRARD, P.F., *Op. Cit.* pág. 1010.

no era otra que preparar la misma. Recapitulando, tenemos a un *curator bonorum* que vela por el mantenimiento de los bienes en cuya posesión han sido puestos los acreedores, por medio de un edicto del Pretor, el cuál en ese mismo edicto también ha decretado la *missio in possessionem rei servendae causae*.

Siguiendo la opinión de parte de la doctrina más autorizada⁷⁰ ahora tiene lugar la promulgación de un segundo decreto del Pretor, en el que se va a nombrar a un *magister bonorum* que a diferencia del *curator bonorum* es nombrado por los acreedores de entre ellos cuya única atribución es la de realizar la *lex venditionis* y proceder a la venta de los bienes. Puede prestarse esta figura a confusión, pero cómo tendremos ocasión de ver, son diferentes tal y como señala GIRARD⁷¹

Respecto al nombramiento del *curator bonorum*, GAYO⁷² hace referencia al mandato que da el Pretor a los acreedores para que se reúnan y elijan a un síndico de entre ellos, para que se encargue de vender los bienes. ULPIANO⁷³ se refiere a la necesidad de que cuando sean varios los acreedores, se nombre a uno de ellos para evitar que se alteren las cuentas y hacer un inventario.

Elegido éste por los acreedores, debe de preparar la *lex venditionis*. El contenido de la misma consiste en un avalúo de los bienes del deudor y de la totalidad de los créditos existentes frente al mismo. Por este motivo, tuvo lugar con anterioridad la *proscriptio*, dando publicidad al proceso que se seguía para que quienes tuviesen un crédito frente al deudor pudiesen ponerlo en conocimiento del *magister bonorum*.

Una vez recopilados la totalidad de los créditos deberá clasificarlos en hipotecarios, privilegiados o bien quirografarios, llama la atención como ya en época romana existían privilegios para las administraciones. Ejemplo de crédito privilegiado de este tipo es el recogido por PAULO⁷⁴, quien señala que la ciudad acreedora tiene privilegio frente a todos los acreedores quirografarios.

Realizadas estas operaciones había que dar publicidad a la *lex venditionis* para que los posibles interesados tuvieran conocimiento de cuál era el patrimonio del deudor las

⁷⁰ GIRARD, P.F., *Op. Cit.* Pág. 1010; PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs. 233 y ss.

⁷¹ GIRARD, P.F., *Op. Cit.*, *Ibidem*.

⁷² GAYO, *Instituciones*, III.79 *Op. Cit.*

⁷³ ULPIANO, D., XLII.5.5. “*Si minor viginti quinque annis, qui habet curatores, a curatoribus non defendatur nec alium defensorem inveniatur, bonorum venditionem patitur, etsi non latitet, licet non fraudationis causa latitare videtur, qui sui non est idoneus defensor.*”

⁷⁴ PAULO, D., XLII.5.38.1 “*Bonis venditis excipiuntur concubina et liberi naturales*”

deudas que gravaban el mismo. La idea no es otra que la de arrojar una imagen fiel del patrimonio del deudor pues hay que tener en cuenta que el comprador no va a adquirir determinados bienes a un precio fijado, sino que va a suceder al deudor a título universal.

Por tanto, vemos cómo las funciones difieren mucho entre el *curator bonorum* y el *magister bonorum*. El primero es nombrado por el pretor y su función primordial es la conservación de las cosas para lo que es investido de una legitimación *ex lege* para poder actuar en juicio en defensa de la cosa.

El segundo es un acreedor elegido por la mayoría que va a preparar la venta, clasificando los créditos y se encarga de la venta.

La doctrina discute en torno a la posibilidad de que fuese necesario la aprobación de la *lex venditionis* mediante un decreto del Pretor. PEREZ ÁLVAREZ⁷⁵ entiende que esas condiciones debían ser aprobadas mediante el mismo con apoyo en un texto de PAULO⁷⁶. La otra posición al respecto es la mantenida por SOLAZZI⁷⁷ quien entiende que no tiene lugar este tercer decreto del magistrado.

La labor del *magister bonorum*, es la que prevalece posteriormente en la figura de los síndicos de la legislación mercantil y en gran medida, es la principal función de la administración concursal actual a la hora de clasificar los créditos. Por lo tanto, nos ha parecido interesante ver la primera regulación relativa a esta figura.

Para terminar solo nos resta hacer mención a la venta en sentido estricto. La misma tenía lugar mediante una adjudicación o *adictii*. El *magister bonorum* adjudicaba a la persona que se ofrecía a satisfacer un mayor porcentaje del importe de los créditos la totalidad del patrimonio del deudor.

El mecanismo era el siguiente, al comprador que ofrecía pagar un mayor porcentaje de los créditos en la subasta que tenía lugar, *bonorum emptor*, el *magister bonorum* le adjudicaba los bienes en el plazo de 30 días si el deudor estaba vivo o en 20 días si había

⁷⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., *Op. Cit.*, págs.233 y ss.

⁷⁶ PAULO, D.XXVII.10.15.1: "*Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest.*"

⁷⁷ SOLAZZI, S., "Il tema de la bonorum venditio" en AAVV, *Scritti di diritto romano*, Tomo V, Napoli, 1972.

muerto.⁷⁸ Esta adjudicación revestía la forma de una sucesión universal, refiriéndose GAYO⁷⁹ a la misma como una sucesión por compra de bienes.

Es decir, el deudor perdía la titularidad de todo su patrimonio en beneficio del *bonorum emptor*. El *bonorum emptor* al subrogarse en la posición del acreedor deberá ir pagando a todos los acreedores el porcentaje de los créditos a que se ha obligado en su oferta.

El *bonorum emptor* no adquiría la propiedad de las cosas, tal y como señala GAYO⁸⁰, sino que adquiere la propiedad pretoria sobre todo el patrimonio del deudor, que le permitiría adquirir la propiedad civil por medio de la usucapión. Al no ser el propietario, para su defensa contaba con la Acción Rutiliana y la Serviana.

Respecto de la Acción Rutiliana, ésta permitía al *bonorum emptor* acudir a juicio subrogándose en la posición del deudor para cobrar créditos que tuviera éste frente a terceros⁸¹. La Acción Serviana permitía al comprador que el juez le tuviera como parte legítima de un proceso que fuese dirigido frente al patrimonio del deudor.

F. Conclusiones sobre la *bonorum venditio*.

Esta institución constituye, a nuestro humilde parecer, la piedra angular sobre la que se va a construir el sistema concursal. Como hemos tenido ocasión de analizarla en detalle, se nos ha puesto de manifiesto que se trata de una institución compleja que surge para dar respuesta a la ineficacia de la ejecución personal y que termina siendo un complejo proceso que encuentra el modo de proporcionar una mayor y mejor satisfacción a una pluralidad de acreedores.

En primer lugar, podemos decir que esta institución es un antecedente de la legislación concursal, si entendemos ahora el proceso concursal, en general, como un procedimiento de ejecución universal. En este sentido es interesante la postura mantenida

⁷⁸ GAYO, *Ins.*, III, 79: *Op. Cit.*

⁷⁹ GAYO, *Inst.*, III, 77: “*Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit*”

⁸⁰ GAYO, *Inst.*, III, 80: “*Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt. interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, uelut si pereos ***** bonorum emptor*”

⁸¹ GAYO, *Inst.*, IV, 35: “*Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. sed interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset uel illi dari oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur. quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Seruiana uocatur.*”

por ZAMBRANA DEL MORAL⁸² quien afirma que la *bonorum venditio* es el origen del antiguo juicio universal de quiebra.

Sin duda, ha operado un cambio drástico. Pues se ha dejado de perseguir a la persona del deudor para dirigir la ejecución frente a su patrimonio en su totalidad. Por lo tanto en este momento ha nacido la ejecución patrimonial y además con la nota de universalidad que ha venido caracterizando posteriormente a las quiebras y al concurso de acreedores.

La universalidad es prácticamente inherente a este tipo de procesos pues en la mayoría de los casos, las situaciones de insolvencia afectan a una pluralidad de acreedores, de modo que la única forma de dar respuesta de una forma más o menos satisfactoria para todos es a través de un proceso universal. Cosa que con la antigua ejecución personal no era posible, porque un mismo deudor no podía prestar sus servicios como esclavo a varios deudores.

Pero no solo ha aparecido un proceso de ejecución patrimonial con carácter universal, sino que además han aparecido una serie de figuras que van a llegar a nuestros días con las diferencias existentes, no faltaba más, pero cuya esencia nace en el proceso de la *bonorum venditio*.

3. La cesión de bienes del deudor, la *cessio bonorum*.⁸³

Para abordar el análisis de esta institución debemos partir necesariamente de la *bonorum venditio*, que acabamos de estudiar la cual, pese al gran avance que supuso mantenía importantes consecuencias negativas. Entre ellas, la infamia que producía la ejecución sobre el patrimonio del deudor. Dada la publicidad a la que había lugar con la

⁸²ZAMBRANA DEL MORAL, P., *Op. Cit.*, pág. 83.

⁸³Sobre esta institución encontramos una referencia básica en los siguientes diccionarios: BAUDRY, F., “Bonorum Cessio”, en DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionaire des antiquités grecques et romanes*, Vol.I, Parte 1ª, 1891, Paris pág., 733; DONATUTI, G., “Cessio bonorum”, en *Nuovo Digesto Italiano* editado por D’AMELIO, M., Vol. III, Torino 1938, págs. 62 y ss. BERGER, A., voz “Cessio Bonorum”, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia*, 1953, pág. 387; Algunas tesis doctorales, sobre todo de los romanistas franceses, entre las que cabrían destacar las siguientes: BACHMANN, P. *De la cession de biens, en droit romain*, Nancy, 1894. ROHLAND, P., *De Cessione Bonorum*, Halle, 1868. Como obras monográficas sobre la cesión de bienes tenemos las siguientes: GUENOUN, L., *La cessio bonorum*, Paris, 1920; CARUSI, E., *Della cessio bonorum*, Roma 1906; BRINI, G., “il fr.50, D, 19,1 e la cessio bonorum”, en *Memorie dell’Accademia di Bologna*, Vol.VI, 1911. ULBRICHT, C.G., *De cessione bonorum*, Leipzig 1826; Resultan de interés las referencias que aparecen en las siguientes obras: SOLAZZI, S., *Op. Cit.*, pág. 130; GIRARD, M., *Op. Cit.*, pág.1010; COSTA, E., *Op. Cit.*, pg 205; IGLESIAS, J., *Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado*, Sexta edición, Barcelona 1972; como obra de la doctrina española más reciente que aborda esta cuestión resulta de gran interés: ZAMBRANA DEL MORAL, P., *Derecho Concursal histórico I*, Zaragoza, 2001.

proscriptio el alcance de la infamia era mayor pues todo el mundo conocía que se seguía el proceso de ejecución frente a esa persona lo que le causaba un gran descrédito.

Precisamente para evitar esas consecuencias nada deseables, el legislador romano dispuso la promulgación de una ley que permitiese a los deudores poner sus bienes a disposición de los acreedores sin la previa solicitud de estos al magistrado y de este modo evitar la nota de infamia.

Las fuentes que se refieren a la *Lex Iulia* son las siguientes:

- GAYO, *Inst.* III, 78 “La venta de bienes puede ser tanto de los de un vivo como de los de un difunto: de un vivo, por ejemplo, cuando alguno se oculta para defraudar a otro, y no se defiende durante su ausencia; también cuando uno hace cesión de los bienes acogiéndose a la Ley Julia”;
- C. THEODOSIANO, IV, 20; 1. 4,⁸⁴
- CONSTITUCIÓN, VII, 71
- DIGESTO. XLII, Título que no vamos a transcribir pues se refiere enteramente a la cesión de los bienes.

Sobre la *Lex Iulia* existían ciertas divergencias en la doctrina en cuanto a si se promulgó bajo el mandato de César o de Augusto. Hoy en día la doctrina se ha venido decantando por que fue promulgada durante el mandato de Augusto, y como fecha de su promulgación el año 17 a. de Cristo tal y como señala ZAMBRANA MORAL.⁸⁵

A. Naturaleza jurídica de la *cessio bonorum* y requisitos.

La cesión de bienes se ha venido definiendo⁸⁶ de forma pacífica y hasta llegar a nuestros días⁸⁷ como un beneficio que el acreedor otorga al deudor insolvente. Por lo tanto, no nos encontramos ahora con una forma de ejecución patrimonial, sino con un beneficio a favor del deudor insolvente que permite ahorrarle el proceso de ejecución patrimonial o

⁸⁴ CODEX. THEODOSIANO, IV, 20; 1. 4: *Imppp. grat., valentin. et theodos. aaa. ad basilium comitem s. l. ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque in argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem, liberum a repetitione plenissima nomen effugiat; sed ad redhibitionem debitaie quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur: nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniiis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflataam vel quolibet maioris impetus infortunio atque dispendio docuerit afflictam. pp. romae prid. id. oct., ausonio et olybrio coss.*

⁸⁵ ZAMBRANA MORAL, P., *Op. Cit.*, pág. 71.

⁸⁶ BACHMANN, P. *Op. Cit.*, págs. 20 y ss. Se refiere a ella como un beneficio concedido al deudor.

⁸⁷ ZAMBRANA DEL MORAL, P. *Op. Cit.*, pgs 73 y ss. Se refiere a la misma como un beneficio u oportunidad que se concede al deudor insolvente.

personal, evitando de este modo la infamia que trae aparejada la ejecución patrimonial de la *venditio bonorum*, o la posibilidad de que se le ejecute personalmente.

Vamos a analizar los requisitos que debían de concurrir para poder acudir a este procedimiento:

ULPIANO señala que “*el que quiere hacer cesión de sus bienes no debe ser atendido hasta que reconozca su deuda, sea condenado o haga confesión ante el magistrado*”⁸⁸ De lo anterior se desprende con facilidad que tanto el *iudicatus* y el *confessus* podían acogerse a este beneficio, ahora bien, se nos plantea la duda de a qué se refería con el reconocimiento de la deuda. Es decir, ¿existían además de los supuestos del condenado y del confeso otros supuestos que implicaran el reconocimiento de la deuda? ZAMBRANA DEL MORAL⁸⁹, con apoyo de la doctrina mayoritaria concluye que estas dos formas serían las únicas posibles de reconocimiento de la deuda cuando aparece la institución, apareciendo con posterioridad algún supuesto de confesión extrajudicial, tales como la *stipulatio praetoria* y la *transactio* que tendrían el mismo efecto que una confesión de la deuda.

Resulta lógico que quien pretendiese acogerse a este beneficio careciese de bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda. Ahora bien, tal y como señala BACHMANN⁹⁰, el deudor tiene que tener la posesión civil de los bienes que pretende ceder. La cesión abarcaba la totalidad del patrimonio del deudor, es decir, que debía poner en poder del acreedor o acreedores todos sus bienes. Esto no carecía de lógica, pues realmente estaba teniendo lugar una ejecución sobre el patrimonio, aunque atenuada. En esencia lo que se iba a producir era una venta de la totalidad de su patrimonio al igual que ocurría en la *bonorum venditio*, pero sin que tuviera lugar la sucesión universal pues en lugar de esta se producía la cesión.

BACHMANN⁹¹ se refiere a la necesidad de buena fe, justificando tal requisito en una Constitución del Código Teodosiano⁹² y en un texto en el que SENECA habla de la

⁸⁸ULPIANO, D., XLII, 3, 8: “*Qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat, condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet.*”

⁸⁹ ZAMBRANA DEL MORAL, P., *Op. Cit.*, pág.132.

⁹⁰ BACHMANN, P., *Op.Cit.*, págs. 22 y ss.

⁹¹ BACHMANN, P., *Ibidem*.

⁹² Constitución I, *Codex Theodosium*, “*Ne quis omnino fisci debitor, vel aliena rei in auro atque in argento dirersisque mobilibus retentator ac debitor, bonorum faciens cessionem liberum arepetitione plenissima romen effugat, sed ad redhibitionem debita quantitatis, congrua alque dignissima suppliciorum*

diferencia de trato entre deudores de mala fe y deudores de buena fe⁹³. Se revela en ambos textos un concepto de buena fe en el sentido de la existencia de una serie de causas, ajenas a la voluntad del deudor, que han hecho imposible el cumplimiento de este, tal y como atestigua el supuesto de incendio.

El deudor prestaba juramento de que la insolvencia no había tenido lugar por una conducta suya, sino que le había sobrevenido por causas ajenas a su voluntad. De manera que en este juramento se encontraba implícita la concurrencia de buena fe en la persona del deudor, tal y como pone de manifiesto BACHMANN, P.⁹⁴ Ahora bien, señala ZAMBRANA DEL MORAL⁹⁵ que el requisito de la buena fe ha sido muy discutido por la doctrina al no encontrarse referencia a la misma en el *Corpus Iuris Civile*. Hoy en día, la cuestión de la buena fe, parece que es admitida en el sentido de que entiende que, al concebirse la cesión como un beneficio para el deudor, era necesario que la situación de insolvencia no hubiese sido buscada a propósito por el mismo.⁹⁶

La síntesis de la cesión es la siguiente: existencia de una deuda que ha sido confesada al órgano jurisdiccional siendo los bienes del deudor insuficientes para cubrir la misma y se trata de insolvencia que no ha venido provocada por el deudor, debiendo entregar éste la totalidad de sus bienes para su venta y pago a los acreedores.

B. Los efectos de la *cessio bonorum*

a) Efectos de la *cessio bonorum* sobre los acreedores

El deudor que entregaba sus bienes perdía la posesión de todos los bienes. No operaba, por tanto, una transmisión de la propiedad en bloque sino que únicamente se transmitía la posesión. Por lo tanto, el principal efecto que se producía era la puesta en posesión de los acreedores del patrimonio del deudor. Para la defensa de la posesión, reciben la misma tutela interdictal que tenían los acreedores cuando operaba la *missio in possessionem rei servendae causae*.

acerbitate, cogatur. Nisi forte priorum dilapidationem bonorum aut latrociniiis adrogantum, aut naufragiis incendioque conflatae tel quolibet majoris impetus infortunio alque dispendio, docuerit effectum..

⁹³ SENECA, *De beneficiis*, VII, 16 “*nuquam excusationem recipiunt ut homines scirent fidem utique praestandam. Satius enim erat a paucis etiam justam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari*”

⁹⁴ BACHMANN, P., *Op.Cit.*, págs. 25 y ss.

⁹⁵ ZAMBRANA MORAL, P., *Op.Cit.*, págs. 137 y ss.

⁹⁶ ZAMBRANA MORAL, P., *Op.Cit.*, pág. 73

Los acreedores debían administrar y conservar el patrimonio objeto de la cesión. Percibiendo los frutos que generase el mismo. Esta administración, si era un único deudor no planteaba problemas, pues el acreedor se encargaba de su administración. Ahora bien, si concurrían varios acreedores, era necesario que nombrasen un *curator*, que era el encargado de administrar y conservar el patrimonio, dando cuentas de la gestión al resto de acreedores. Por último, la posesión de un acreedor beneficiaba a todos los demás, es decir, puestos los bienes a disposición de un acreedor, si eran varios acreedores, esa posesión no la hacía con carácter privado sino colectivo. Se vislumbra en esta institución también la nota de universalidad, tan característica de la materia concursal. No vamos a entrar en un mayor análisis dado que los derechos de los que disfrutaban los acreedores eran similares a los estudiados en la *bonorum venditio*.

b) Efectos de la cessio bonorum sobre el deudor

Las principales aportaciones de esta figura son para el deudor, pues para los acreedores la gran diferencia es que no instan la ejecución patrimonial. El efecto inmediato que tenía lugar era que el deudor se veía privado de la posesión de todo su patrimonio que, como acabamos de referir, era puesto en posesión de los acreedores para su posterior venta.

El deudor lograba mediante esta institución evitar la prisión por deudas, pues uno de sus beneficios era la imposibilidad de ejercitar frente a él la ejecución personal. No obstante, aquellos deudores que no podían acogerse a la *cessio bonorum*, por carecer de patrimonio, o por no concurrir en ellos la buena fe necesaria, sí que podían ser objeto de la mencionada ejecución personal. Se pone de manifiesto como el castigo por la insolvencia se dulcifica con el deudor de buena fe mientras que se mantiene riguroso con el deudor temerario o de mala fe.

En realidad, en lo examinado hasta ahora no existe gran diferencia con la *bonorum venditio*, pues el efecto de evitar la ejecución personal es común a las dos, ahora bien, el deudor que se acogía al beneficio de la *cessio bonorum* evitaba la infamia que, en Roma, suponía un grave descrédito de la persona que la hacía ser indigna para gran cantidad de cargos e incluso negocios jurídicos. En consecuencia, la novedad que se introduce, es que a diferencia de lo que ocurría en algunos procesos de ejecución, con el beneficio de la cesión, se evitaba la nota de infamia que llevaba aparejada la cesión de bienes realizada por el deudor.

Por último, cabe plantearse si realizada la cesión, pueden dirigirse nuevas demandas de los acreedores frente al deudor, o este tenía alguna excepción oponible a las mismas, por haber satisfecho ya su deuda al entregar todo su patrimonio. Estamos ante el denominado beneficio de competencia. En primer lugar, señala ULPIANO que SABINO y CASIO pensaban que el que hizo cesión de sus bienes no debe ser inquietado ni siquiera por los otros acreedores que no entraron en el concurso.⁹⁷

MODESTIANO se refiere a la posibilidad de volver a vender el patrimonio del deudor si ha adquirido tantos bienes que valga la pena a juicio del pretor.⁹⁸ De modo que deberá ser el pretor quien examine si los nuevos bienes adquiridos son de una entidad tal que merezca la pena la apertura de una nueva ejecución patrimonial.

Ello sin perder de vista que tal y como señala ULPIANO, debía atenderse a la cantidad de los bienes dejando una mensualidad o anualidad en concepto de alimentos frente a los que no cabría dirigir una nueva ejecución patrimonial.⁹⁹

Entonces, ¿En qué consistía el beneficio de la competencia? Para poder entenderlo adecuadamente debemos distinguir dos situaciones distintas. La primera de ellas tiene lugar cuando el deudor no tiene bienes porque los ha cedido todos, en este caso siguiendo a ZAMBRANA DEL MORAL¹⁰⁰ el deudor podía oponerse al ejercicio de nuevas acciones ejecutivas por medio de la *excepción in quod facere potest*. Lógicamente si había cedido la totalidad de su patrimonio no podía ser inquietado porque ello conformaba parte del beneficio de la *cessio bonorum*, ni si quiera, como hemos señalado antes, por los acreedores que no entraron en el concurso.

La segunda situación es la que tiene lugar cuando el deudor, con posterioridad a la cesión, obtiene bienes. Para este supuesto siguiendo a la mencionada autora el deudor

⁹⁷ ULPIANO, D., XLII, 3,4,1: *Sabinus et Cassius putabant eum qui bonis cessit ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari.*

⁹⁸ MODESTIANO, D., XLII, 3, 7: *Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursus eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit.*

⁹⁹ ULPIANO, D., XLII, 3, 6: *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt. Unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate? Et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. Idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est*

¹⁰⁰ ZAMBRANA DEL MORAL, P., *Op. Cit.*, págs., 161 y ss.

disponía de la *exceptio nissi bonis cesserit* a la que alude GAYO¹⁰¹. Esta excepción permitiría pagar una parte de las deudas de manera que mantuviese siempre una suerte de renta mínima o pensión alimenticia que no podría ser objeto de ejecución patrimonial alguna.

C. Conclusiones

En esta institución vemos cómo el deudor, buscando su propio beneficio, pone sus bienes en posesión de los acreedores. Se trataba, en nuestra opinión, de un beneficio y no de una forma de ejecución a diferencia de la *bonorum venditio*. Tal postulado encuentra apoyo en el hecho de que no todo deudor podría optar por esta vía, sino solamente aquellos deudores cuya insolvencia les hubiera sobrevenido por causas ajenas a su voluntad.

La *cessio bonorum* pretende evitar es ejecución personal y la infamia ocasionada por la *venditio bonorum*, pues si bien esta última evitaba la responsabilidad personal no eludía las consecuencias negativas de la infamia. Observamos aquí, dos patrones que a lo largo del tiempo van a seguir presentes en la materia concursal.

El primero de ellos, es bastante sencillo. Existen unos deudores cuya insolvencia se ha debido a causas totalmente ajenas a su voluntad. Considerado que su insolvencia ha sido debida a una situación absolutamente involuntaria y teniendo en cuenta que su actitud en todo momento ha sido diligente, parece lógico dispensarle un tratamiento menos severo que a un deudor cuya insolvencia se debe a su mal hacer, a su temeridad o que se ha ocultado o intentado darse a la fuga.

El segundo, es que aquel deudor que acude a poner a disposición de los acreedores sus bienes debe de recibir también un trato más favorable que deudor que no hace nada en beneficio de sus acreedores.

Las anteriores ideas, sin duda alguna, hoy en día se vislumbran en la declaración voluntaria del concurso de acreedores, que reporta una serie de beneficios para el concursado. No estamos diciendo con ello, que veamos en la *cessio bonorum*, el antecedente directo del actual concurso de acreedores, sino que algunas de las notas más características de esta institución se han mantenido en el tiempo hasta llegar a nuestros

¹⁰¹ GAYO, *Inst.*, IV, 14: “*Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. nam de rebus mille aeris pluriusve quingentis assibus, de minoris uero quinquaginta assibus sacramento contendeatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. at si de libertate hominis controuersia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est fauore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores*”

días. ZAMBRANA DEL MORAL afirma que “*la cessio bonorum constituye el germen del actual concurso de acreedores*”. Y a nuestro modesto entender no le falta razón, pues el acto de poner a disposición de los acreedores los bienes para su venta, tiene mucho que ver con la actual solicitud de concurso voluntario. Pero no solo eso, sino que la diferenciación que se hace entre deudores de buena y de mala fe también encuentra hoy en día su reflejo, no permitiendo al deudor de mala fe acogerse al concurso voluntario. Igualmente, la universalidad del concurso da lugar en la actualidad al beneficio de excusión al que acabamos de referirnos anteriormente y que es similar a la antigua excepción de competencia.

4. La venta en detalle de los bienes objeto de ejecución patrimonial, la *bonorum distractio*.

No podemos cerrar el concurso de acreedores en el Derecho Romano sin referirnos, aunque sea de forma somera, a esta institución. La *bonorum distractio*, no se trata de una forma de ejecución ni de un beneficio, sino que es una determinada forma de venta que sustituye a la venta en conjunto que tenía lugar en la *bonorum venditio*, sustituyéndola por una venta en detalle de los bienes. Por lo que el proceso de ejecución patrimonial se mantuvo idéntico hasta llegar al momento de la venta de los bienes.

Las razones de su aparición son de tipo económicas, es evidente que la venta de un patrimonio en su conjunto daba lugar a que fuesen pocos los compradores que podían participar en la subasta. Del mismo modo que los que participasen podrían tener un mayor interés en una parte del patrimonio, y debiendo adquirirlo en su conjunto estaban dispuestos a satisfacer un menor precio.

La aparición según refiere ZAMBRANA DEL MORAL¹⁰² tuvo lugar de forma progresiva, comenzando para los impúberes, y ampliándose después a los locos y a los pródigos, y la sitúa en época de Diocleciano, con la desaparición del proceso del formulario.

Las diferencias con la *bonorum venditio* son bastante evidentes en lo relativas al plazo de la *missio in possessionem*, la misma duraba entre dos y cuatro años¹⁰³. En ella

¹⁰² ZAMBRANA DEL MORAL, P., *Op. Cit.*, págs., 108 y ss.

¹⁰³ C. 7, 72, 10, 1: “*Post completum autem memoratum tempus nullam eis esse licentiam eos qui possessionem adepti sunt molestare vel quibusdam damnis adficere: actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores.*”; C. 7, 72, 10, 2: “*Sin autem hi qui detinent*

desaparecen el *curator* y el *magister*, de forma que las funciones de ambos fueron asumidas por una única persona que era nombrada por el magistrado, la cual tenía la función de la administración y la venta de los bienes.

El curador así nombrado procedería, tras el correspondiente avalúo de los bienes e inventario de los créditos, a la venta de los bienes del deudor de uno en uno, recogiendo el precio de la venta y entregando el mismo a los acreedores, debiendo rendir cuentas del ejercicio de sus funciones a los acreedores. Con la fusión del *curator* y el *magister bonorum* nos acercamos mucho al actual administrador concursal.

5. Conclusiones sobre el tratamiento de las insolvencias en el Derecho Romano.

El Derecho Romano desde su más arcaica regulación bajo la fórmula de la venganza privada, ha visto en la insolvencia una grave ofensa revistiendo el carácter de delito, motivo por el cual se trata al deudor insolvente con gran dureza. Si bien ese rigor se va atenuando habría que esperar hasta el beneficio de la *cessio bonorum*, para que si distingue al deudor de buena fe del de mala fe. Y en el deudor de mala fe se sigue aplicando una ejecución de carácter a medio camino entre la pena la medida cautelar personal propia de nuestro actual proceso penal.

Nuestra primera conclusión es que en el Derecho Romano nace al concepto de la insolvencia como delito, concepto que va a sobrevivir hasta la actualidad, y que como veremos irá variando a lo largo del tiempo hasta que en la legislación vigente ha quedado relegado para los casos de las insolvencias buscadas a propósito.

El tratamiento procesal de las insolvencias en el Derecho Romano ha resultado de gran interés a los fines de nuestra investigación. Si bien hemos comprobado como en la

possessiones vel ex sententia iudicis res vendiderint vel alio quocumque legitimo modo omne ius, quod in isdem rebus habere noscuntur, in alias personas post definitum a nobis tempus transtulerint et certas pecunias acceperint, quidquid superfluum inventum fuerit vel amplius quam eis debetur, hoc modis omnibus necesse est eos praesentibus tabulariis signare et in cimeliarchio sanctae ecclesiae illius civitatis, in qua huiusmodi contractus celebratur, deponere: attestazione videlicet prius per memoratos tabularios conscribenda, praesente etiam eo qui res vendiderit vel in alias personas transtulerit, ut per eam manifestetur tam quantitas pecuniarum, quae pro venditione rerum vel translatione praestitae sunt, quam earum, quae superfluae post dissolutum debitum inveniantur, ut, si quis postea creditor apparuerit et debiti cautionem ostenderit, possit ex his satis sibi facere, prius scilicet rectore provinciae sine aliquo damno causae faciente examinationem et non concedente nec viros reverentissimos oeconomos vel cimeliarcham sanctae ecclesiae, in qua pecuniae deponuntur, aliquod detrimentum vel dispendium sustinere, per suam autem interlocutionem creditorem praecipiente secundum modum debiti ex depositis pecuniis suum accipere debitum.”

época más arcaica el tratamiento de las insolvencias se zanjaba mediante la auto-tutela, dándose pronta cuenta el poder público de su importancia, a pasa a regularla de inmediato.

Desde que el Estado comienza a regular la insolvencia la reconduce siempre hacia un proceso jurisdiccional. Tanto la ejecución personal frente al deudor como la ejecución patrimonial pronto son encauzadas a través de un proceso creado por el Pretor que garantiza el cobro de los créditos a la par que una garantía frente a los abusos que tuvieron lugar mientras únicamente existía una responsabilidad personal por deudas.

Desde que la Ley de las XII Tablas se encarga de regular una ejecución por impago de las deudas, se hace necesaria una previa declaración judicial de la deuda. Pues a diferencia de lo que ocurría con la aprehensión corporal por deudas del *nexum*, el proceso de la *manus iniectio* solo se aplicaba, con carácter general, al condenado y a quien confesaba ante el magistrado la existencia de la deuda, es decir que previamente tenía lugar un procedimiento declarativo. Estamos ante la esencia de la actual declaración del concurso de acreedores que, sin perjuicio de su estudio y fundamentación posterior, podemos adelantar que es un proceso declarativo en el que se acredita la existencia de la deuda y del impago de la misma que da paso a la apertura de la fase de liquidación. Esta idea ya estaba presente en la ejecución de la *manus iniectio*, cuya fórmula decía, “puesto que has sido condenado y no has pagado...”¹⁰⁴

Nuestra segunda conclusión es que desde el momento en el que se acude al proceso como cauce para satisfacer el cobro de una deuda, aparecen dos fases diferenciadas, una primera fase declarativa donde se prueba la existencia de la deuda, y una segunda fase de carácter ejecutivo para satisfacer la misma.

La tercera conclusión es que de las diferentes instituciones que hemos analizado, surge otra idea clara, que no es otra que el deudor que no paga sus deudas tiene que ser apartado de su patrimonio. Idea que se vislumbra con la inicial puesta en posesión de los acreedores que irá evolucionando en aras de un mejor funcionamiento del proceso de ejecución hacia la intervención de terceros que sean los encargados de administrar el patrimonio. Este no es un principio de la regulación actual, pero desde luego es inherente al concurso de acreedores sobre todo en el actual concurso necesario.

¹⁰⁴ GAYO, *Inst.* IV, 21: *quod tu mihi iudicatus siue damnatus es sestertium x milia, quandoc non solvist, ob eam rem ego tibi sestertium x milium iudicati manum inicio...*

La cuarta conclusión al hilo de la anterior, es que en época romana con la aparición de terceros en el proceso aparece la legitimación *ex lege*, para que curadores y vendedores puedan ejercitar sus funciones. Esta legitimación especial se mantiene en nuestros días con la única salvedad de que curadores y vendedores se han unido en la actual figura de los administradores concursales.

Otra cuestión que resulta interesante es el inicio del proceso de ejecución sin oír al deudor. Desde la aparición de la *bonorum venditio*, la solicitud de la puesta en posesión comienza a darse para una serie de casos en los que el deudor no puede comparecer, bien porque ha muerto sin herederos, bien porque se ha fugado o porque está ausente, procediendo por tanto a la puesta en posesión de los bienes sin dar audiencia al mismo.

Nuestra quinta conclusión es que da comienzo aquí una práctica que ha venido caracterizando la legislación sobre las quiebras que es la de declarar el concurso y privar de la administración de sus bienes al concursado o quebrado sin darle audiencia. Hoy en día esa práctica ha desaparecido como norma general, pero ha quedado reservada para algunos de los casos más flagrantes de insolvencia.

Nuestra sexta conclusión es que con la aparición de la *cessio bonorum*, en el Derecho Romano nace la distinción entre los deudores de buena y de mala fe que ha llegado hasta nuestros días bajo la fórmula del concurso de acreedores necesario y el voluntario, con consecuencias diferentes para los deudores de buena o mala fe.

A modo de conclusión final podemos atrevernos a decir que, a la vista de este epígrafe y de las anteriores conclusiones, el proceso romano de ejecución patrimonial ha sentado los principios y las bases de las futuras regulaciones de las insolvencias. Como tendremos ocasión de ver en los siguientes epígrafes, las instituciones mercantiles de la quiebra son herederas de las instituciones romanas, del mismo modo que nuestra legislación actual es doblemente heredera del derecho romano, pues por un lado ha recibido directamente algunos de sus principios intactos, y otros los ha recibido indirectamente de la legislación mercantil de las quiebras. Por lo que difícilmente podríamos llegar a comprender la esencia del concurso de acreedores y los efectos procesales que se derivan del mismo si no realizáramos este acercamiento a sus orígenes.

IV. LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO ALTOMEDIEVAL ESPAÑOL¹⁰⁵.

1. Consideraciones históricas previas al estudio del Derecho de insolvencias.

En el Siglo III el Imperio Romano comienza paulatina, pero inexorablemente a descomponerse. Sin que nos sea posible entrar en este más que interesante proceso histórico, centraremos nuestra atención únicamente en lo acaecido en la Península Ibérica. En el año 409 irrumpen violentamente tres tribus de pueblos germánicos: suevos, vándalos y alanos. Las autoridades del Imperio, incapaces de hacer frente a estas tribus, deciden acudir a los visigodos, otra tribu germánica, aunque más influida por la cultura y civilización romana, de la zona más oriental. Atilfo pacta con los romanos y se desposa con Gala-Plácida, hermana del Emperador Honorio.

Los visigodos, si bien eran una tribu germánica que en ocasiones pactaban con Roma y en otras se enfrentaban, en esta ocasión fueron invitados por los romanos a establecerse en la península a condición de que expulsen a los suevos, vándalos y alanos. En el año 416 el rey de los visigodos Valia, suscribió un *foedus* o tratado con el emperador Honorio para expulsar a las referidas tribus a cambio de avituallamiento y, dos años más tarde, Roma les concedía tierras en la Aquitania, surgiendo de este modo el Reino Visigodo de Tolosa.

Desde su establecimiento en los territorios de la Península Ibérica, los visigodos comienzan una serie de campañas militares que tienen por objetivo expulsar del territorio peninsular a los referidos invasores germánicos. A medida que los visigodos alcanzan un mayor poder, Roma sufre el proceso a la inversa, su dominio en Occidente languidece hasta terminar extinguiéndose en el año 476 con la caída del Imperio Romano de

¹⁰⁵ Sobre la historia del Derecho en España, conviene tener en cuenta las siguientes obras: COLLINS, R., “Los Visigodos” en *Historia de España* dirige LYNCH, J., Madrid, 2008; LUIS MARTÍN, J., “La España visigoda y musulmana” en *La Historia de España*, Tomo III, Madrid, 1999; TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª Ed., Madrid, 2011; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M., *Historia del Derecho Español*, Madrid, 2004; ÁLVAREZ CORA, E., *Compendio de Historia del Derecho Español*, Murcia, 2011. RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de historia del derecho español*, Madrid, 2010; ALVARADO PLANAS, J., *Historia del derecho español*, Madrid, 2010; DE HINOJOSA Y NAVEROS, E., *Estudios sobre la historia del derecho español*, Pamplona, 2003; SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, J., *Historia del derecho español*, Barcelona, 2001; MORÁN MARTÍN, R., *Materiales para un curso de historia del derecho español*, Madrid, 1999; GARCÍA GALLO, A., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1984; ROMÁN RIAZA Y GARCÍA GALLO, A., *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1935; MINGUIJÓN ADRIÁN, S., *Historia del derecho español*, Barcelona, 1933; SEMPERE Y GUARINOS, J., *Historia del derecho español: continuada hasta vuestros días*, Madrid, 1844; DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., *Códigos Antiguos de España*, Madrid, 1885; MARTINEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico*, Madrid, 1808; DE LA REGUERA VALDELOMAR, J., *Colección General de Códigos antiguos y modernos tanto generales como provinciales de España*, Barcelona, 1846; interesa también la cita de ISIDORO DE SEVILLA: “*Historia de regibus Gothorum, Vandalorum et Suevorum*”, 624,

Occidente. Siguiendo a TOMAS Y VALIENTE¹⁰⁶ habría que esperar hasta el año 507 para que Alarico II comenzase la gran ofensiva hacia el sur, fijando Leovigildo su capital en Toledo en torno al año 572.

A los fines de nuestra investigación interesa que, sin entrar en un estudio de la historia del Derecho visigodo, fijemos una serie de hechos que van a ser de relevancia pues todos y cada uno de ellos inciden en la creación del Derecho y, más concretamente, en la regulación de las quiebras.

Respecto a la creación del Derecho, debemos tener en cuenta la realidad social existente. En la península ibérica nos encontramos con un conglomerado de razas. De una parte, los nuevos pueblos germanos y de otra, los ciudadanos romanos, así como otras etnias minoritarias como podían ser los judíos. La cuestión étnica no es baladí, pues incidió de forma directa tanto en la creación como en la aplicación del Derecho.

Los ciudadanos romanos, venían rigiendo sus vidas y costumbres por el Derecho romano. Por otra parte, los pueblos visigodos tenían su propio Derecho. Esta situación se agrava en el momento de la caída del Imperio, momento en el que toda la estructura de poder es asumida íntegramente por el nuevo poder de facto, los visigodos. En esta situación se inicia un doble proceso: de una parte, tiene lugar una vulgarización del Derecho romano que PÉREZ-PRENDES define como un fenómeno espontáneo de ajuste entre Derecho y sociedad, que tuvo lugar con la desaparición de la estructura administrativa y de poder de la Roma imperial que fue sustituida por los visigodos;¹⁰⁷ de otra parte, la creación del Derecho visigodo que tenía como fuentes de creación a la legislación regia, la costumbre, la literatura jurídica y las decisiones judiciales.¹⁰⁸

Respecto a la regulación de las quiebras, tenemos que hacer un par de consideraciones, la primera de ellas económica y la segunda de ellas de tipo sociológico. Desde la perspectiva económica, los pueblos germanos, eran tribus nómadas que durante largos periodos se asentaban allende de las fronteras del Rhin, estos pueblos basaban su economía en el botín de guerra y en la ganadería, pues la misma podía trasladarse con ellos, no así en la agricultura.¹⁰⁹ Cuando los visigodos se establecen de forma definitiva, primero en Tolosa y después en Toledo la actividad agrícola comienza a emerger con

¹⁰⁶ TOMAS Y VALIENTE, F., *Op. Cit.*, pág. 98.

¹⁰⁷ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op. Cit.*, pág. 128.

¹⁰⁸ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Op. Cit.*, pág. 593.

¹⁰⁹ LUIS MARTÍN, J., *Op. Cit.*, pág. 50 y ss.

fuerza en detrimento de la economía de guerra. Brilla por su ausencia el comercio, pieza elemental en la economía del imperio. El incesante tráfico de mercancías y de bienes que se desarrolló durante siglos cede ante la economía de pequeñas aldeas basada en los productos de la tierra y las manufacturas entre las que destacaban los metales y la orfebrería.

Es importante tener en cuenta que entre los visigodos la figura del comerciante no es frecuente y cómo, con el panorama económico que acabamos de describir, no era necesaria una regulación para las insolvencias semejante a la que requería, por ejemplo, un comerciante romano que se embarcaba para traer productos desde el norte de África y cuya empresa asumía una ingente cantidad de riesgos.

En relación a la sociedad goda y a la consideración social que recaía sobre la figura del deudor insolvente diremos que la estructura social estaba coronada por el rey. Junto a este se situaban la nobleza y los altos funcionarios, detentadores de la mayoría de las tierras que eran trabajadas por esclavos y personas semi-libres que constituían el sustento de las riquezas de los anteriores. Junto a la nobleza, con el auge del cristianismo se sitúa el clero, que consigue un peso cada vez mayor en la sociedad. En lo más bajo de la sociedad se encontraban los esclavos, que se dividían en dos categorías: los denominados *idonei*, los más hábiles, capaces de realizar cualquier tarea y que se dedicaban a las labores domésticas. Y luego estaban los *rustici* se encargaban de trabajo agrícola¹¹⁰. Ninguno de los anteriores tenía derechos. Sería la Iglesia, la que a medida que consiguió aumentar su poder mejoró las condiciones de los esclavos a través de los sucesivos Concilios de Toledo.

Solo nos resta referirnos al tratamiento de las insolvencias que dispensaba el Derecho germano. Tomando como punto de partida los estudios de PÉREZ-PRENDES¹¹¹ sobre el derecho germánico, en su forma más rudimentaria, se asemeja mucho a la institución del *nexum* que tuvimos ocasión de ver, sobre todo en una institución de las primeras que aparecen, la *fides facta*, que era una promesa de cumplimiento de la deuda realizada en público en la que tenían lugar una serie de formalidades que incluían el pronunciamiento de unas palabras y la unión de las palmas de las manos entre deudor y acreedor. El incumplimiento de los préstamos, supone una ofensa muy seria de la palabra prestada, lo

¹¹⁰ COLLINS., R., *Op. Cit.*, pág. 394.

¹¹¹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, J.M., *Op. Cit.*, págs.507 y ss.

que acarrea, en un primer momento, la muerte del deudor y posteriormente se fue suavizando el rigor pasando a una esclavitud por deudas de forma similar a la evolución ya estudiada en el Derecho romano.

2. La regulación legal de las insolvencias en el Derecho positivo visigodo.

El Código de Eurico es la primera obra legislativa de los visigodos, y tiene un marcado carácter costumbrista dado que viene a recoger sus tradiciones que se recogieron junto a otras leyes que se publicaron más tarde.¹¹² Junto a las leyes que regían la vida de los nuevos pobladores, nos encontramos que los pueblos hispanos se continuaban rigiendo por el derecho y la tradición romanos pues en este momento en la península rige el principio de aplicación personal del derecho.

Los invasores respetaron el derecho y sus costumbres limitándose a recoger aquellas normas que iban a continuar aplicándose para la población hispanorromana bajo el nombre de Breviario de Alarico, el cual estaba fuertemente influido por el Código Teodosiano.¹¹³

A diferencia de las anteriores, destaca el *Liber Iudiciorum* o Libro de los jueces, obra que se conoce también por el nombre de *Lex Visigothorum*, y cuya notoriedad radica en que contenía un conjunto de normas sistematizado siendo el más amplio con diferencia. Se estructura en doce libros, lo que en opinión de COLLINS¹¹⁴ evidencia que la obra se considera a sí misma como un reflejo de la tradición romana, los libros, a su vez, se subdividen en títulos y leyes.

Una de las particularidades que la hacen más destacable, si cabe, es que deroga la normativa romana que había regido la vida de la parte de la población hispano-romana produciéndose la homogeneización legal. Así lo dispone la Ley VII del libro II del Título I.¹¹⁵

En esa dirección apunta igualmente la Ley IX del Título II del Libro I, que dispone que en los pleitos no pueda usarse otro libro que no sea el *Liber Iudiciorum*.¹¹⁶

¹¹² DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., *Op. Cit.*, pág. 5.

¹¹³ DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., *Ibidem*.

¹¹⁴ COLLINS., R., *Op. Cit.*, pág. 431.

¹¹⁵ *Liber Iudiciorum*, Ley VIII, Título I, Libro II: Nin queremos que daqui adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrannas.

¹¹⁶ *Liber Iudiciorum*, Ley IX, Título I, Libro II: Nengun omne de todo nuestro regno defendemos que non presente al juez pora iudgar en nengun pleito otro libro de leyes sin non este nuestro.

El *Liber Iudiciorum* se encarga de regular las deudas en el Libro V, Título VI cuya rúbrica es “de los precios y de las deudas” y con un total de 6 leyes dedicadas a las deudas. A nuestra investigación solo interesa una de ellas, la Ley V, la cual lleva por rúbrica “*Si algun omne es tenido de muchas debdas ó de muchas culpas*”

La misma establece que cuando un deudor tiene muchas deudas, el que primero lo demande o que primero muestre, bien por juicio bien por prueba o por confesión, deberá cobrar en primer lugar.¹¹⁷ Se evidencia en esta regulación una ruptura con el principio romano de la *par condictio creditorum*, en aprovechamiento del principio *prior in tempore potior iure*.

Continúa diciendo la antedicha disposición que si vinieran muchos acreedores de un solo deudor se deberá pagar a cada uno atendiendo al valor de los créditos y si no paga deviene en ser siervo de todos, debiendo el juez saber a quién debe más y a quién menos, cubriendo de ese modo el juez los créditos hasta donde haya patrimonio y, cuando ya no alcance el mismo, los que falten por cobrar, obtendrán los servicios del deudor como siervo.¹¹⁸

Por lo tanto, la *par condictio* cede en favor del principio de la prioridad en el tiempo, evidenciando un paso atrás respecto del complejo sistema concursal puesto en marcha y perfeccionado durante siglos por los romanos. Se retorna a un estado de servidumbre cercano al primitivo *nexum* para aquellos deudores que no podían satisfacer el pago de los créditos. No vamos a entrar ahora en ver cuál era el estatus de los siervos pues no es lo que nos interesa.

La idea clave que debemos retener es que la primera regulación que hacen los reyes visigodos del concurso tiene lugar durante el reinado de Rescesvindo (años 653-672.¹¹⁹), y sus caracteres principales son que atiende los pagos según el orden en que se demanda el pago por los acreedores y que, en principio se trata de una responsabilidad patrimonial y, para aquellos casos en los que fuera imposible satisfacer plenamente la responsabilidad con el patrimonio se torna una responsabilidad corporal por las deudas.

¹¹⁷*Liber Iudiciorum*, Ley V, Título VI, Libro V: Si algun omne es tenido de muchas debdas ó de muchas culpas, aquel omne que primieramente ge lo demandare, ó mostrare ó por iuzio, ó por prueba, ó por su confeión, á aquel debe primeramente fazer paga.

¹¹⁸*Liber Iudiciorum*, Ley V, Título VI, Libro V: E si vinieren muchos demandadores de so uno, deve fazer paga á cada uno segund quel debe; é si non, sea siervo de todos, hy el iuez deve saber á quien devie mas, ó á quien ménos;é según aquelo faga pagar á cada uno, é daquello que fincar faga pagar á los otros cuemo viere. E sin non oviere onde pague á los otros debdores , deve ser siervo daquellos por la debda.

¹¹⁹ COLLINS., R., Op. Cit., pág. 265.

La poca atención que reciben las deudas frente a varios acreedores, entendemos que se debe a su escasa importancia práctica, pues como ya avisamos en la introducción, el comercio no era algo que destacara durante los diferentes reinados en época visigoda, y por ello no eran frecuentes las situaciones de concurso, pues adviértase que en una economía feudal el préstamo no era algo muy empleado pues la nobleza disponía de grandes recursos y la población libre era escasa.

El desarrollo normativo de los visigodos se vería drásticamente cortado durante el periodo de dominación islámica de la mayor parte de la península ibérica. Las siguientes normas que veremos tienen lugar en plena reconquista con las particularidades lógicas de ese periodo histórico. Al ser imposible estudiar todos los fueros abordaremos aquellos más significativos dado su influencia en la legislación ulterior.

3. El Fuero Viejo de Castilla.

Las autorías que se atribuyen sobre este código distan de ser concluyentes, DE LA CÁMARA¹²⁰ cita por un lado a BURRIEL, ASSO y a DE MANUEL que sitúan como fecha aproximada de su promulgación el año 1000 y como autor al rey Don Sancho. El mencionado autor recoge también la opinión de DE MARINA, más sólida que la de los anteriores, a nuestro modesto parecer, que postula como autor a la nobleza castellana, quien en el enfrentamiento con Don Alfonso VII, ante la negativa del monarca a refrendar el fuero estos consiguieron que el mismo se aplicase pese a la falta de Sanción Real. Sin duda que resultan harto interesantes las cuestiones que se suscitan en torno a las luchas de poder entre el rey y la nobleza castellana, pero no podremos entrar en su análisis por ser extrañas a los fines de nuestra investigación. No obstante, hay que tener en cuenta que la regulación de este Fuero va dirigida hacia la nobleza, confirmando una serie de prerrogativas y de privilegios, tal y como se pondrán de manifiesto cuando entremos en el análisis de la materia concursal, hecho este que nos invita a postularnos a favor de la tesis mantenida por DE MARINA recogida por DE LA CÁMARA.¹²¹

En lo atinente a la regulación legal de la insolvencia, ésta aparece recibe un mejor tratamiento que en las obras visigodas, con un total de 18 leyes las que se refieren a las deudas frente a las 4 leyes que regulaban las deudas en el *Liber Iudiciorum*. Del tratamiento legal de las insolvencias contenido en el Fuero Viejo de Castilla se evidencia el

¹²⁰ DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., *Op. Cit.*, pág. 75.

¹²¹ DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., *Ibidem*.

menor rigor que reciben los hidalgos, limitando la responsabilidad patrimonial por deudas a bienes muebles,¹²² los cuales podían ser vendidos por contraposición a la tierra, que podrá aprovecharla el acreedor hasta cobrarse la deuda, pero no la podrá vender. Tampoco pueden ser presos por deudas, ni ser objeto de venta sus caballerizas, armas o palacios.¹²³ En estas disposiciones se puede apreciar el auge del poder de la nobleza castellana plasmado en leyes que les otorgan estos privilegios.

Nos llama la atención que en este cuerpo legal no se haga la más mínima regulación de una insolvencia que afecte a varios acreedores, si quiera para establecer la prioridad en el tiempo como regla general. Máxime cuando hemos visto cómo el *Liber Iudiciorum* ya regulaba tales situaciones.

La responsabilidad por deudas que regula el *Fuero de Castilla* cabría ser calificada como mixta. Pues se establece la venta del patrimonio para responder del pago de las deudas.¹²⁴ Del mismo modo que para la falta de éste, existe una responsabilidad personal que implica la prisión del deudor.¹²⁵ Se trata de una prisión de carácter coactivo, y se mantiene hasta el pago de la deuda o su afianzamiento.¹²⁶

Reseñar, por último, que se evidencia una notable influencia de la regulación de las insolvencias del Derecho Romano, que se manifiesta en la venta hecha por el Corredor (figura semejante al *Magister Bonorum*) al mejor postor, y en la prisión coactiva que guarda ciertas semejanzas con la ejecución de la *manus iniectio*, salvadas las diferencias,

¹²² *Fuero Viejo de Castilla*: Ley I Título IV, Libro III: por deuda de Hidalgo confesada y juzgada, á favor de Judío o Cristiano, el acreedor hágase cargo de los bienes muebles del deudo; y véndanse a los nueve días. En defecto de muebles reciba los raíces, teniéndolos y disfrutándolos hasta quedar pagado de la deuda, y de los gastos que hiciere para labrarlos. No queriendo cultivarlos, téngalos así infructíferos mientras no sea satisfecho; mas no pueda venderlos.

¹²³ *Fuero Viejo de Castilla*: Ley II Título IV, Libro III: no pueda ser preso ningún Hidalgo pro deuda ni fianza; ni se le prenden los palacios de su morada, ni los caballos, ni la mula, ni las armas de su persona; pero sí los demás bienes donde quiera que los tenga.

¹²⁴ *Fuero Viejo de Castilla*: Ley II Título VI, Libro III: e si el non pagare a los nueve días, el Alcalde deve mandar al Merino, o al Sayon, que le prenda de los bienes del emplaçado, muebles, si le fallare[...] cumplidos veinte días metala en manos del corredor a vender, e debe tomar señal de aquellos que mas dieren por ello, e fagalo saber al Alcalde, e el Alcalde o el Merino devenla vender, e entregar al debdor, e si alguna cosa sobrare, develo dar a suo dueño.

¹²⁵ *Fuero Viejo de Castilla*: Ley II Título VI, Libro III: e si el debdor non ouirmueble, e oir eredat, el Alcalde metalo en plaço de diez días, a que pague, e si a este plaço non pagare, esté otros diez días en el Palacio del Rey, e venga a sua casa a comer, e a beber;

¹²⁶ *Fuero Viejo de Castilla*: Ley XIII Título VI, Libro III: e si non quisiere dar fiador de saneamento, ni otorgarle la vendida, dovele prender quantol fallare; e si por la prenda non quisiere facer, prenderl el cuerpo, e non salga de prisión fasta que dé el fiador.

sobre todo en la regulación del deber de alimentar al deudor que ha sido encarcelado por el acreedor.¹²⁷

4. El Fuero Real de España.

Se trata esta de una obra que pretendía ordenar y cohesionar los diferentes ordenamientos existentes. ALCUBILLA¹²⁸ alude al mandato que Fernando el Santo encomendó a su hijo Alfonso X para que unificase una unificación legislativa del vasto territorio que abarcaba su reino.

Este nuevo Fuero al principio contó con una férrea oposición de la nobleza castellana, cuyo interés era conservar a ultranza sus privilegios reconocidos por el Fuero Viejo de Castilla y ver su poder decaer ante una concentración normativa que llevaba implícito un aumento del poder legislativo regio. Levantados en armas, se presentaron en la Villa de Lerma donde el monarca no tuvo más remedio que devolverles su Fuero.

Pese a la anterior oposición, el Fuero Real finalmente se consolidó y comenzó a regir. Aunque su vigencia se mantuvo durante largo tiempo, como referente jurídico quedó eclipsado por la obra más célebre del Derecho medieval español, El Código de las Siete Partidas.

La regulación contenida en el anterior no aporta grandes novedades con relación a las insolvencias. Sí es de destacar la supresión de diferencias entre clases a diferencia de la regulación hecha por el Fuero Viejo de Castilla.

El Título XX lleva por rúbrica “De las deudas y las pagas” y está conformado por un total de XVII leyes. La primera de ellas se ocupa de cómo tiene lugar la ejecución del deudor que una vez emplazado por el juez a que pague y no lo hace.¹²⁹

Se evidencia una clara responsabilidad patrimonial siendo ejecutados los bienes para la satisfacción del cobro de los créditos. El proceso viene decretado por la Autoridad, en

¹²⁷*Fuero Viejo de Castilla*: Ley XIII Título VI, Libro X: Si algund omne por debda, que deva, fuer preso, e fuer en la persona, si non ouir de lo suo, en que se gobierne, el que lo ficier prender, devel dar cada día de pan, e de agua quanto quisier...

¹²⁸DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., *Op. Cit.*, pág. 103.

¹²⁹*Fuero Real de España*: Libro III, Título XX, Ley I: si algún himo á plazo sabido por juicio, á que pague alguna deuda, aoda a otro, é no la pagáre al plazo, los Alcaldes que el plazo dieron, manden al Merino que entregue de los bienes de del deudor, de mueble, o de raíz, á aquel que ha de haber la paga; é si la entrega fuere de mueble, tengala el que ha de haber la paga fasta nueve días: é si gela no quitare á este plazo, meta la netrega en mano del corredor, por mandado del Alcalde, que la venda lo mejor que pudiere: é si fuere entrega de raíz, tengala fasta treinta días, y este comedio fagala el Alcalde pregonar cada mercado: é si á este plazo no gela quitare, vendala el Merino por Mandato del Alcalde a quien más diere por ella.

este caso del Alcalde, y se lleva a cabo la venta por el Merino. Coincidiendo en lo sustancial con el modelo de ejecución patrimonial romano. No obstante, en este modelo tiene cabida también la ejecución personal en el supuesto de que los bienes no sean suficientes para el cobro. A esta situación se refiere la Ley XVII cuando regula el modo en que tiene que ser pagado el primer deudor y establece que, en caso de no ser suficientes los bienes, se apodere de la persona del deudor.¹³⁰

Respecto al concurso, hay que resaltar la Ley V, cuya rúbrica es “Como ha privilegio el primero acreedor”. Pese a lo sencillo de la misma puede inducir a error sobre el contenido pues esta ley regula varias situaciones.¹³¹ Como se observa, la primera situación se produce cuando los acreedores son distintos en el tiempo. En este supuesto el primero en el tiempo debe cobrar aunque no demande el primero. Pero lo más interesante de este precepto es la regulación que hace de los acreedores cuyos créditos son semejantes en el tiempo. Aquí se establece una auténtica *par conductio creditorum*, de manera que todos cobran y si no hay suficientes bienes para cubrir sus respectivos créditos las quitas se reparten proporcionalmente.

5. Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio.

Con esta obra vamos a poner punto y final a nuestra investigación de las insolvencias en el Derecho alto medieval español. Las Partidas no era el nombre originario sino una alusión generalizada que se hacía a las mismas al encontrarse “partidas” en siete libros, siendo su título el Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes.¹³²

No se trataba de una obra original siguiendo la opinión de MARTINEZ MARINA, sino de una recogida y adaptación de las Decretales, Digesto y Código de Justiniano, así como algunas adiciones tomadas de los fueros de Castilla.¹³³ Por consiguiente, el mérito no radica tanto en el contenido como en la novedosa idea de realizar un código normativo

¹³⁰*Fuero Real de España*: Libro III, Título XX, Ley XVII: si alguno fuere deudor á muchos, primeramente debe pagar á aquel con quien fizo el primero deudo: y de sí a los otros, según que cada uno fue fecho primero en las deudas: é si postrimero dellos, ó alguno dellos quisieren pagar primero, sea apoderado de los bienes del deudor, fasta que sea entregado del deudo, y de lo que pagó al primero: é si los bienes no cumplieren, sea apoderado del cuerpo del deudor, asi como manda la Ley.

¹³¹*Fuero Real de España*: Libro III, Título XX, Ley V: Quando alguno es deudor por emprestido, ó por vendida, ó por otra cosa semejable a dós, ó mas, el primero sea entregado primeramente, maguer que el otro ante demandase: é si en un tiempo fue fecha la deuda, todos los deudores que de un mismo tiempo son, sean entregados comunalmente cada uno según que es deudor: é si la buena del que debe no cumpliere á todas las deudas, mengue á cada uno según la cuantía de su deudo...

¹³² MARTINEZ MARINA, F., *Op. Cit.*, Madrid, 1808, pg 270.

¹³³MARTINEZ MARINA, F., *Ibidem*.

completo en un momento de gran ignorancia. La obra, no obstante, produjo un violento choque con la regulación vigente en aquel momento al resultar inconciliable con el derecho foral vigente de la época.

Las Partidas regulan la situación de concurso de acreedores en la Quinta Partida. Sin duda alguna para acercarnos a la misma quién mejor que el célebre MARTINEZ MARINA, F.,¹³⁴ quien se refiere a ella en los siguientes términos:

“La quinta y sexta en que se trata de contratos y obligaciones, herencias, sucesiones, testamentos, y últimas voluntades son piezas bastante acabadas, y forman un bello tratado de legislación. Sus compiladores tomaron todas las doctrinas del derecho civil, y no hicieron más que trasladar o extraer las leyes del Código y Digesto.”

Dentro de la antedicha Partida encontramos el Título XV que se refiere a cómo los deudores que no pueden pagar sus deudas pueden desamparar sus bienes. La Ley I del referido título establece qué requisitos deben de cumplir los deudores para poder desamparar sus bienes, debiendo tratarse de hombres libres cuando no pudiesen pagar lo que deben.¹³⁵ En lo referido a la forma continúa diciendo la citada norma qué deberá hacerse ante el juez.¹³⁶

Desamparados los bienes el juez debe tomar todos los bienes dejando al deudor únicamente con sus vestimentas, salvo que tuviese el deudor personas a su cargo, supuesto este que daría lugar a que el juzgador les dejase una parte de los bienes para hacer frente a sus respectivos derechos, mandando vender el resto de los bienes del deudor entregando el precio de los bienes.¹³⁷

Desde nuestra perspectiva no interesa tanto el reparto de los bienes como los efectos que produce el desamparo de los mismos. Entre estos, destaca el beneficio de excusión, que provoca que no pueda ser nuevamente demandado por las deudas que no se quedaron

¹³⁴MARTINEZ MARINA, F., *Ibidem*.

¹³⁵ *Quinta Partida*: Título XV, Ley I: “desamparar puede sus bienes todo ome que es libre, e estuviere en poder de si mismo, o de otri non auiedo de que pagar lo que deue.

¹³⁶ *Quinta Partida*: Título XV, Ley I: “E deuelos desamparar ante el juzgador”

¹³⁷ *Quinta Partida*: Título XV, Ley I: “el judgador deue dexar a cada uno destos sobredichos, tanta parte de sus bienes, de que puedan biuir guisadamente. E lo otro todo deue mandar vender en almoneda: e entregar el precio destos bienes a los debdores sobredichos.

satisfechas, salvo que el deudor viniera a mejor fortuna y esta fuera considerable que pudiera satisfacer a todos cuantos quedaron sin cobrar.¹³⁸

Otra de las consecuencias es la posibilidad de revocación de las enajenaciones realizadas en perjuicio de los acreedores. El plazo será de un año desde que el acreedor tuviese conocimiento de que se produjo el acto de disposición en su perjuicio.¹³⁹

Resta por último referirnos a las consecuencias negativas del deudor, que habiendo recaído sentencia que le condene al pago de la deuda, no pague o no desampare sus bienes. Las mismas continúan la tradición germánica y se dirigen frente a la persona del deudor que, previa solicitud de los acreedores, se verá preso hasta que desampare sus bienes o pague la deuda.¹⁴⁰

De lo examinado apreciamos una influencia en las Partidas de la cesión de bienes del derecho Romano Clásico, que se hace arto evidente en el beneficio de excusión y en la posibilidad de evitar una responsabilidad corporal por deudas recayendo la misma sobre la totalidad del patrimonio del deudor que voluntariamente pone el mismo a disposición de los acreedores para su posterior venta y satisfacción de los créditos.

A la vista de cuanto venimos exponiendo, en relación a la regulación de las insolvencias en la Alta Edad Media, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primera: durante la Edad Media tiene lugar una regulación notablemente influida por el Derecho Romano clásico.

Segunda: la economía y la sociedad de cada periodo histórico, determinan de forma muy evidente las normas relativas a la insolvencia, cuyo máximo exponente tiene lugar con los distintos Fueros y Privilegios de las Villas durante la reconquista.

Tercera: los pueblos germanos que en un primer momento tenían una responsabilidad personal castigada con la muerte o la esclavitud evolucionan hacia una responsabilidad patrimonial y personal subsidiaria.

¹³⁸ *Quinta Partida*: Título XV, Ley III: “después non puede ser el deudor emplazado, nin es tenuto de responder en juyzio a aquellos a quien deuiesse algo: fueras ende si ouiesse fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos a todos”

¹³⁹ *Quinta Partida*: Título XV, Ley VII: “tal enajenamiento como este, pueden reuocar aquellos, que deuen ser entregados en ellos, desde el dia que lo supieren hasta un año.

¹⁴⁰ *Quinta Partida*: Título XV, Ley IV: “el judgador del logar, deulo meter en prisión a la demanda de los que han de recibir la paga, e tenerlo en ella, fasta que pague lo que deue, o desamapare sus bienes.”

Cuarta: se consolida la tendencia existente en el Derecho romano antes de la caída del Imperio, cual es que una responsabilidad patrimonial con preferencia a la personal que es relega para los supuestos de insuficiencia de bienes.

Quinta: las influencias del Derecho romano son más que evidentes en la forma de perseguir y distribuir el patrimonio del deudor entre los acreedores. Esto es el nombramiento de personas que cuidan la masa de bienes hasta su venta y los encargados de llevar a término la misma.

Sexta: El proceso de insolvencia es un proceso jurisdiccional que tiene lugar ante la autoridad judicial.

6. La escuela tratadista concursal española. Francisco Salgado de Somoza y su obra: *Labyrinthus Creditorum*.¹⁴¹

No puede hacerse un estudio histórico del concurso de acreedores que se precie sin detenerse, si quiera mínimamente, en la célebre obra de Francisco Salgado de Somoza, la cual tuvo el mérito de ser el primer tratado sobre el Derecho Concursal en el Viejo Continente inspirando profundamente las regulaciones que tuvieron lugar en las ciudades estado de Italia donde germinaría después el derecho de las quiebras. No es la presente investigación el lugar idóneo para un examen pormenorizado sobre el impacto de esta obra, no obstante, podemos invitar al lector que tenga curiosidad por esta cuestión a consultar a ALCALÁ ZAMORA¹⁴² quien tuvo a bien detenerse a ilustrarnos sobre el impacto que tendría en la escuela concursal germana.

Nosotros simplemente haremos una exposición de aquellas partes más significativas del tratado y recogeremos algunos de los planteamientos que, formulados en el Siglo XVII, han llegado hasta nuestros días.

Uno de los méritos que han de reconocerse al célebre autor es, sin duda alguna, la consagración en su obra del principio de universalidad del concurso de acreedores al que se refiere cuando señala que el juicio de concurso universal atrae hacia sí todas y cualesquiera

¹⁴¹ El estudio del *Labyrinthus Creditorum* ha sido posible gracias a la desinteresada e indispensable colaboración de Doña María Luisa López Gálvez, quien ha dedicado un ingente esfuerzo a sus 85 años en la traducción del volumen del tratado que se encuentra en la Biblioteca de la Universidad de Granada y cuya edición es del año 1672 por lo cual le quedo enormemente agradecido.

¹⁴² ALCALÁ ZAMORA, N., *Salgado de Somoza, un español mal comprendido*, Madrid, 1932.

causas pendientes.¹⁴³ En este sentido, señala el mencionado autor que los procesos que se encontrasen en vía ejecutiva habían de ser llevados al concurso universal y todos habían de concurrir al mismo tiempo en un juicio ordinario.¹⁴⁴ Igualmente apuntó el mencionado autor que las ejecuciones debían quedar en suspenso durante la tramitación del concurso.¹⁴⁵

El carácter de juicio universal nos llegará a nuestros días y veremos cómo el efecto de *vis attractiva* recogido en nuestra ley concursal guarda una estrecha conexión con los postulados del mencionado autor.

El mencionado autor recoge también sin género alguno de duda la naturaleza jurisdiccional del concurso, al referirse al mismo como un juicio, que será otro de los caracteres que nos llegará hasta nuestros días.

7. EL NACIMIENTO DE LA QUIEBRA¹⁴⁶ COMO PROCESO EXCLUSIVO PARA LOS COMERCIANTES.

La Corona de Aragón abierta a sus dominios mediterráneos, venía manteniendo unas relaciones comerciales estables con Sicilia y con las ciudades Estado italianas, lo que favoreció la entrada en el derecho de los comerciantes de una serie de prácticas y usos comerciales de dichas ciudades arribando, de este modo, la institución de la quiebra

¹⁴³ SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, pág. 60 y ss.: quod iudicium concursus universale ad se trahit omnes, et quaslibet causas alibi pendentes sive motas, ante concursum, sive postea motas.

¹⁴⁴ SALGADO DE SOMOZA, *Ibidem*: Atque ideo si viae executivae ingredientibus concursum universalem sus)ocantur et iudicium ordinarium omnes simul convertuntur.

¹⁴⁵ SALGADO DE SOMOZA, *Ibidem*: Comprobatur hoc fundamentum; nam cum tertij oppositoris jura in via ordinaria tractentur, et interim via executiva principales suspendantur.

¹⁴⁶Sobre la quiebra en derecho español véanse: GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid 1856; GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1857; ESTASEN, *Tratado de las suspensiones de pagos y las quiebras*, Madrid, 1908; GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de la legislación comercial española*, Barcelona, 1930; RIVES Y MARTI, F. DE P., *Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de Acreedores y quiebras*, Madrid, 1953; TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1967; RAMÍREZ LOPEZ, J.A., *La quiebra*, Barcelona, 1959; GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1969; FAIREN GUILLEN, V., *Síntesis del Derecho Procesal de Insolvencia Español*, Madrid, 1970; MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra*, Barcelona, 1974; GOXENS DUCH, A., *Suspensión de pagos y quiebras*, Barcelona, 1976; PRIETO CASTRO, L., *El derecho concursal español y el extranjero*, Madrid 1976; OLIVENCIA RUIZ, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio” en *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986; PRIETO CASTRO, L., *Derecho concursal procedimientos sucesorios jurisdicción voluntaria medidas cautelares*, Madrid, 1986; MAJADA, A., *Práctica concursal*, Barcelona, 1989; SAGRERA TIZÓN, J.M., *Estudios de derecho concursal*, Barcelona, 1989; SOTO VAZQUEZ, R., *Quiebra y concurso de acreedores*, Granada, 1994; CORDON MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra*, Navarra, 1997; BERMEJO GUTIERREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005.

mercantil al derecho de insolvencias español, el cual, se ve afectado en gran medida al producirse una importante fractura con la bifurcación de los procesos de insolvencia.

Sin entrar en un análisis detallado de las fuentes, la mayoría de la doctrina¹⁴⁷ coincide en señalar que la primera norma que introduce la quiebra en España fue aprobada durante el reinado de Jaime II en las Cortes de Barcelona del año 1.299. En ella se estipulaba que el cambiador que quebrase no podría volver a tener de nuevo tabla de cambio ni empleo alguno siendo además declarado infame y fallido y privado de cualquier bien salvo el pan y agua para mantenerse con vida.

Junto a la anterior Ley aparecieron otras de contenido similar en las Cortes de Gerona de 1.321 y en las de Montblanch de 1.333. En el reinado de Fernando II las Cortes de Barcelona del año 1.493 vinieron a mantener las disposiciones aprobadas en las anteriores constituciones y a completarlas.

Esta corriente se extendió a Castilla en la que comenzaron a darse disposiciones aisladas dirigidas a aquellos que se alzaban con los bienes o que quebrasen, comenzando a finales del siglo XV y sobre todo durante el Siglo XVI. Con un comercio en auge, se fueron relegando las disposiciones del concurso para los no comerciantes y comenzó a implantarse el modelo italiano de las quiebras para los comerciantes. Este modelo de quiebra se fundaba en una malgama de leyes dispersas, pero sobre todo en la práctica. Se va a comenzar a institucionalizar y a ordenar con la aparición de los consulados, verdaderas corporaciones de derecho público que adquirieron una potestad normativa y una jurisdicción propias. He aquí el alumbramiento de unas Ordenanzas que han jugado un papel destacadísimo en el Derecho Mercantil Español.

Con la aparición de las Ordenanzas de Bilbao se certifica la separación institucional entre la insolvencia del deudor común y la del comerciante. Si bien podremos encontrar ciertas semejanzas, los orígenes son bien distintos, las primeras son un legado del derecho romano mientras que las segundas encuentran su origen en la *lex mercatoria* positivizada por algunas disposiciones de la corona hasta su incorporación en las ordenanzas, aunque en estas últimas también existen influencias del derecho romano. Habremos de esperar casi tres siglos para que el derecho de insolvencias español se vuelva a unificar en la Ley Concursal de 2.003.

¹⁴⁷GAY DE MONTELLÁ, R., *Op. Cit.*, págs. 8 y ss.; GARRIGUES, J., *Op. Cit.*, pág. 381; PULGAR EZQUERRA, J., *Op. Cit.*, págs. 63 y ss.

1. Las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble Y Muy Leal Villa de Bilbao.¹⁴⁸

Creemos del todo punto necesario detenernos a realizar un breve examen de esta obra que es el primer cuerpo jurídico que trata de forma unitaria y sistemática el instituto de la quiebra para poder inferir hasta qué punto ha influido en la posterior codificación mercantil y verificar qué ha podido llegar de ellas hasta nuestros días.

Las Ordenanzas regulan la materia en el Capítulo XVII que lleva por rúbrica *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble Y Muy Leal Villa de Bilbao: Capítulo XVII de los Atrasos, Fallidos, Quebrados è alzados; sus clases y modo de procederse en sus quiebras*. Dedicar un total de 56 números o artículos entre los que cabe destacar las tres categorías de quebrados que hace: la primera categoría, es un comerciante que tiene bienes suficientes para el pago pero que puntualmente, por causas ajenas a su voluntad, no puede hacerlo y hay que esperar un breve plazo para que pueda hacerlo. La segunda categoría son los que por causas que no les son imputables no pueden hacer frente a sus pagos, los cuales quedan privados de voz en el Consulado en tanto que no satisfagan sus deudas. Y la tercera categoría es el deudor culpable, que se coloca en una situación de insolvencia por su mal hacer o que estando en esta por causa no imputable trata de fugarse o alzar los bienes. Este deudor será detenido y entregado a la justicia ordinaria para que sea juzgado por los delitos cometidos. Las consecuencias no terminan con la detención, sino que se el Consulado se apropiaba de todos los libros y papeles que se encontrasen en la casa del quebrado.

En lo relativo al proceso podemos destacar que una vez declarada la quiebra lo primero que se hacía era realizar un inventario completo de todos los bienes del deudor y, además de la apropiación de todos los libros que hemos referido anteriormente, se le intervenía la correspondencia. Inmediatamente se nombraban unos depositarios que se hacía cargo de todas las mercancías embargadas al quebrado. Asegurados de este modo los bienes, se convocaban a todos los acreedores de la villa, resultantes de los documentos intervenidos, para nombrar a los síndicos-comisarios cuya finalidad era la de formar una lista completa con la totalidad de acreedores y de sus créditos. Si resultasen deudores de

¹⁴⁸*Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble Y Muy Leal Villa de Bilbao: Capítulo XVII de los Atrasos, Fallidos, Quebrados è alzados; sus clases y modo de procederse en sus quiebras*, Madrid, 1755, págs. 127 a 151.

otras villas se les requería por plazo de quince días para que aportasen la justificación de sus créditos.

Una importante característica de esta regulación es que los síndicos quedaban legitimados para el cobro de cualquier derecho que correspondiese al quebrado.¹⁴⁹ Se contemplaba también una acción de nulidad para los pagos que se realizaran en los momentos próximos a la quiebra. Acción ésta tendente a evitar los fraudes pero que queda un tanto indeterminada al no establecerse un plazo fijo para su ejercicio. El fraude se castigaba también en la persona que colaboraba recibiendo bienes, letras u otros efectos pues quienes prestaban ayuda al quebrado para alzarse con sus bienes debían devolver lo recibido y pagar una multa que comprendía el valor de lo recibido incrementado en cien escudos de plata.

Sin duda uno de los efectos que más nos interesan desde el punto de vista procesal es el carácter de juicio universal que tenían este tipo de quiebras y que se plasma en el Número LI¹⁵⁰ el cual establece la prevalencia del proceso universal de la quiebra sobre cualquier juicio particular. Interesante la referencia que se hace al Derecho, pues es una alusión clara en nuestra opinión al principio de la *vis attractiva* positivizado en la legislación sobre el concurso de acreedores.

En cuanto al pago a los acreedores, una vez realizada la lista completa con los bienes y los créditos, se sometía a aprobación por los acreedores. Regía el principio de la mayoría de tres cuartas partes de acreedores que tuviesen, al menos, dos terceras partes de los créditos, o alternativamente, dos terceras partes de los acreedores que tuviesen tres cuartas partes de los créditos. En esta votación podrá aprobarse las quitas o esperas que estimen por convenientes y una vez aprobado lo que proceda se hace el pago según los tipos de créditos.

Estos son, *grosso modo*, los caracteres principales del procedimiento de quiebra regulado en las Ordenanzas de Bilbao del año 1737 los cuales, guardan ciertas similitudes

¹⁴⁹Ordenanzas, cit.:Capítulo XVII, Número XVII, Madrid, 1755, 133: “reconociendo por los libros los Comisarios haver efectos, ò credits à favor del fallido, deberán hacer toda diligencia para su recobro, ò despacho, atendiendo en esto al beneficio general de todos los Acreedores.”

¹⁵⁰Ordenanza, cit.:Capítulo XVII, Número LI, Madrid, 1755, 148: “si sucediere, que à bienes correspondientes à la quiebra, y concurso, se hiciere algun embargo en otro cualquier Juzgado de dentro, ò fuera de estos Reynos, pretendiendo alguno, ò algunos Acreedores cobrar en ellos; apartandose del juicio universal, y de venir à la masa comun con los demás de su calidad, se ordena, que en conformidad con lo dispuesto por el Derecho se acuda luego al remedio, despachando Cartas de exorto, y inhibición para que se remita todo al juicio universal.

con el procedimiento romano en cuanto al nombramiento de los síndicos y en lo relativo a la legitimación conferida a estos y, como no, en lo relativo a la *vis attractiva*. Estas ordenanzas son fiel reflejo de las necesidades del comercio y hacen una regulación muy detallada relativa a los efectos del tráfico mercantil en la que no hemos entrado al ser del todo punto extraño a los fines de nuestra investigación. Su importancia fue de tal magnitud que hay autores que los sitúan como la obra que más influyó en el Código de Comercio de Sainz de Andino.¹⁵¹

2. La codificación en materia de insolvencias.

Durante el siglo XX son promulgados los primeros códigos mercantiles, procesales y civiles los cuales afectaban, en mayor o menor medida, al sistema de insolvencias español. Se trata de un sistema muy complejo y cuyo estudio no resulta sencillo pues nos encontramos que en la materia objeto de nuestro estudio, la línea divisoria entre la norma sustantiva y la norma procesal, no es muy clara. Hasta el punto que el legislador, en no pocas ocasiones ha regulado materias sustantivas en normas procesales y viceversa. Aparte de las remisiones constantes que hacen las normas procesales a las normas sustantivas y viceversa. Si a ello le añadimos el hecho de que hemos de abordar conjuntamente tanto lo relativo a la quiebra como al concurso no es difícil perderse en semejante ordenamiento. En aras de la claridad, dividiremos este epígrafe en dos bloques claramente diferenciados: de una parte, la codificación mercantil incluidas las normas procesales mercantiles, y de otra parte la codificación civil.

3. La quiebra en el proceso de codificación mercantil

A. El Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829

Durante el reinado de Fernando Séptimo y bajo la dirección del Jurista Sainz de Andino tuvo lugar la promulgación del primer código mercantil español. De influencia francesa, dada la cercanía en el tiempo con el primer código de comercio promulgado por la nación gala en 1.807, recoge buena parte de la regulación mercantil contenida en las

¹⁵¹ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X.: “El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao” en AAVV *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*”, Barcelona, 2005, pág.64.

Ordenanzas de Bilbao¹⁵² y del Proyecto de Ordenanzas del consulado de Málaga de 17 de octubre de 1.825.

Esta obra se encarga de las quiebras en su Libro Cuarto, que lleva por rúbrica “*De las Quiebras*”. Su Artículo 1.001 define la quiebra como el estado en el que se encuentra el comerciante que sobrees los pagos, de modo que se consagra la escisión entre la quiebra de los comerciantes y el concurso de los no comerciantes. Añade dos nuevas categorías de quebrados, aunque las tres primeras, si bien son objeto de una nueva nomenclatura en lo sustancial se mantienen con respecto a las Ordenanzas de Bilbao. Ahora bien, siguiendo la comparación de la regulación de las quiebras que hace OLIVENCIA RUIZ¹⁵³, las cinco categorías recogidas en el Artículo 1.002 del Código son idénticas a las del Artículo 1.044 del Proyecto de Ordenanzas del Consulado de Málaga:

- 1ª. Suspensión de pagos: cuando el comerciante tenía bienes suficientes para hacer frente a las deudas y solicitaba a sus acreedores un plazo para poder realizar los pagos.
- 2ª. Insolvencia fortuita: o quiebra de segunda clase, aquella situación de insolvencia sobrevenida por causas ajenas a la voluntad del comerciante.
- 3ª. Insolvencia culpable: o quiebra de tercera clase que tenía lugar cuando la situación de insolvencia tenía lugar y concurrían una serie de conductas temerarias del deudor que habían dado lugar a la misma.
- 4ª. Insolvencia fraudulenta: o quiebra de cuarta clase, que tenía lugar cuando la contabilidad del quebrado no se correspondía con la realidad, realizado negocios para los que no contaba con la autorización suficiente o recibiera dinero o bienes a los que no tenía derecho al encontrarse en quiebra.
- 5ª. Alzamiento: pertenece a la quiebra de cuarta clase y tiene lugar cuando la intención del comerciante es la de ocultar sus bienes en perjuicio de los acreedores.

Es importante examinar el contenido del Artículo 1.014 que viene a certificar la especialidad de la quiebra como un proceso exclusivo de los comerciantes, al establecer que quien no tenga la cualidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en quiebra.

¹⁵²RIVES Y MARTI, F. de P., *Op.Cit.*, pág. 18; GARRIGUES, *Op. Cit.*, pág. 381 y PULGAR EZQUERRA, J., *Op. Cit.*, pág. 88.

¹⁵³ OLIVENCIA RUIZ, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio” *en Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986, 350

En cuanto al procedimiento de declaración de quiebra hemos de apuntar que se trataba de un proceso judicial, al disponerlo de este modo el Artículo 1.016.¹⁵⁴ La legitimación activa la ostentaba el propio deudor o cualquier acreedor legítimo, aunque matiza el precepto examinado que la deuda debía derivar del comercio.

La declaración de quiebra a instancia de un acreedor se produce *inaudita parte debitoris* y es susceptible de ser recurrida en reposición, una vez que el quebrado tiene conocimiento, en el plazo de 8 días tras su publicación, aunque dicho recurso no tiene efectos suspensivos por lo que se llevará a efecto lo acordado en relación con su persona y los bienes.¹⁵⁵

Es importante tener en cuenta que la carga de la prueba en esta reposición recae en el quebrado que habrá de demostrar la falsedad de la deuda alegada por quien instó la declaración y que se encuentra al corriente de sus pagos.¹⁵⁶

Una vez declarada la quiebra, respecto de los efectos de esta sobre el deudor no varían de los analizados en las Ordenanzas de Bilbao. El Artículo 1.044 establece los citados efectos, entre los que destacan la ocupación de sus pertenencias, su arresto, el nombramiento de un depositario hasta el nombramiento de los síndicos y la convocatoria de los acreedores para celebrar la junta general. Es de significar la autorización que se le concede al depositario para el cobro de los efectos mercantiles tales como letras o pagarés.

En cuanto a los efectos procesales del auto de quiebra tiene especial importancia el Artículo 1.090¹⁵⁷ que establece, para las demandas civiles en curso, una sustitución procesal del quebrado en favor de los síndicos y, para las demandas civiles interpuestas una vez declarado en quiebra, una determinación de la legitimación pasiva *ope legis* en favor de los síndicos.

¹⁵⁴CÓDIGO DE COMERCIO DE 1.829: Artículo 1.016: “*La declaración formal del estado de quiebra se hace por providencia judicial a solicitud del mismo quebrado, o a instancia de acreedor legítimo, cuyo derecho proceda de obligaciones mercantiles*”

¹⁵⁵ CÓDIGO Cit.: artículo 1.028: “*El comerciante a quien se declare en estado de quiebra sin que haya precedido su manifestación, será admitido a pedir la reposición de dicha declaración dentro de los ocho días siguientes a su publicación, sin perjuicio de llevarse a efecto provisionalmente las providencias acordadas sobre la persona y bienes del quebrado.*”

¹⁵⁶ CÓDIGO Cit.: artículo 1.029: “*Para que recaiga la reposición del auto de declaración de quiebra, ha de probar el quebrado la falsedad o insuficiencia legal de los hechos que se dieron por fundamento de ella, y que se halla al corriente de sus pagos.*”

¹⁵⁷ CÓDIGO Cit.: artículo 1.090: “*Las demandas civiles contra el quebrado que se hallaren pendientes al tiempo de hacerse la declaración de quiebra, y las que posteriormente se intenten contra sus bienes, se seguirán y sustanciarán con los síndicos.*”

El Artículo 1.091 establece también una sustitución procesal del quebrado en favor de los síndicos en aquellos juicios instados por el quebrado antes de ser declarado en quiebra que se hallaren en curso. Concede igualmente una legitimación activa para instar la ejecución de las sentencias recaídas en los anteriores.

La regulación detallada que hace el Código de Comercio de 1.829 no deja lugar a dudas respecto a que nos encontramos ante una sustitución procesal y a la existencia de una atribución por ministerio legal de una legitimación activa o pasiva en favor de los síndicos, lo que no hace sino redundar en una mayor seguridad jurídica de las actuaciones procesales en las que se encuentre en juego el patrimonio del concursado.

Los síndicos tienen una legitimación activa muy tasada pues con respecto a cualquier negocio o derecho de la quiebra al margen de los pleitos pendientes o la ejecución que de estos dimanen, requieren que el juez de la quiebra sea informado y autorice expresamente la acción.¹⁵⁸

En la regulación que hace este Código de Comercio podemos apreciar la inexistencia de un instituto fundamental del proceso concursal, la *vis attractiva*, el cual ya había sido contemplado en las Ordenanzas de Bilbao.

Sí que hace el legislador una importante matización respecto a la cesión de bienes a la que le dedica el Título Duodécimo que cuenta con dos artículos. El Artículo 1.176 preceptúa que las cesiones de bienes realizadas por los comerciantes se entienden quiebras y se regirán por lo dispuesto en el Libro IV, con lo que cierra cualquier posibilidad de un comerciante de acogerse a los beneficios de la cesión de bienes.

Interesa bastante a los fines de nuestra investigación detenernos a examinar la regulación que se hace en este Código de Comercio de la Administración de Justicia en los negocios de comercio. El libro Quinto crea un órgano jurisdiccional especial en aquellas ciudades donde existan consulados, los “tribunales especiales de comercio”, y en aquellas otras donde no existan, continúan conociendo los jueces ordinarios quienes aplicarán el derecho de este Código cuando conocen sobre asuntos mercantiles.

¹⁵⁸ CÓDIGO Cit.: artículo 1.091: “*también continuarán los síndicos las acciones civiles que el quebrado hubiera deducido en juicio antes de caer en quiebra, y promoverán las demandas ejecutivas que correspondan contra los deudores de ella; pero no podrán intentar ningún otro género de procedimiento judicial por negocios o intereses de la quiebra, sin previo conocimiento y autorización del juez comisario.*”

En lo relativo a la competencia objetiva de los tribunales especiales de comercio podemos resaltar que se trata de una competencia por razón de la materia, que se regula en su Artículo 1.119.¹⁵⁹

Por su parte, la competencia funcional para conocer de la segunda y tercera instancia viene atribuida a los órganos jurisdiccionales superiores jerárquicos de los juzgados ordinarios, esto es, las Chancillerías y Audiencias Reales.

Llegados a tal punto hemos de considerar la existencia de unas normas procesales y materiales propias para el enjuiciamiento de este tipo de pleitos que tal y como preceptúa el Artículo 1.118 deberán ser aplicadas tanto por los tribunales especiales como por los ordinarios cuando conozcan sobre asuntos mercantiles.

Considerando que el Artículo 1.119 habla de la jurisdicción de los tribunales de comercio, y que el tenor literal del Artículo 1.178 no se refiere en ningún momento a una jurisdicción especial, limitándose a enunciar que: *“La administración de justicia en primera instancia sobre las causas y negocios mercantiles estará a cargo de tribunales especiales de comercio...”* puede generarse cierta confusión, pues resulta extraño que en una jurisdicción existan órganos que se integran en la denominada jurisdicción ordinaria, tales como las Audiencias, Chancillerías ... junto con los tribunales especiales de comercio.

Esta dualidad de órganos no debe llevarnos a equívoco, pues en la actualidad sucede algo similar con los juzgados mixtos de primera instancia e instrucción, que actúan en dos órdenes jurisdiccionales distintos, unas veces ejercen la función de órganos del orden jurisdiccional civil y otras tantas las de órganos jurisdiccionales penales. Quizás, el mayor problema es que de manera involuntaria veamos en dichos tribunales el antecedente directo del juzgado de lo mercantil, dado que el esquema, en cierta medida, es idéntico. Un órgano con especialización en la materia mercantil y cuyas decisiones son recurridas en alzada ante órganos de la jurisdicción civil.

La diferencia estriba que en el caso de los tribunales de comercio nos encontramos con una jurisdicción especial, integrada por los tribunales de comercio y por Audiencias y Chancillerías en funciones de jurisdicción especial, pues como veremos a continuación la

¹⁵⁹ CÓDIGO Cit.: artículo 1.119: *“La jurisdicción de los tribunales de comercio es privativa para toda contestación sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas por actos de comercio.”*

especialidad de la jurisdicción no depende de la especialización de los tribunales que conocen (criterio éste que da lugar a la distinción en órdenes jurisdiccionales), sino que tiene lugar por razón de la materia. A diferencia del juzgado de lo mercantil que es un órgano especializado que actúa incardinado en el orden jurisdiccional civil y se integra en la jurisdicción única consagrada por la Constitución Española.

Para zanjar esta cuestión de un modo claro es necesario partir del concepto de jurisdicción especial. Así, autores como PRIETO CASTRO y GONZÁLEZ MONTES han definido la jurisdicción especial como aquella integrada por tribunales que tienen atribuido el conocimiento de determinados asuntos por razón del objeto o de la persona.¹⁶⁰

Partiendo de la anterior concepción de jurisdicción especial resulta evidente que los tribunales de comercio formaban parte de una jurisdicción especial y ello porque tenían atribuido el conocimiento de unos asuntos tanto por razón de la persona, los comerciantes, como por razón de la materia, obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código.¹⁶¹ Idea esta que remarca el Artículo 1.201 cuando establece la falta de competencia para conocer de causas frente a comerciantes cuyo objeto sea ajeno al comercio.¹⁶²

Podemos concluir en que el Código de Comercio de 1829 creó una jurisdicción especial para el enjuiciamiento de las causas comerciales entre las que se encontraba prevista la quiebra.

B. La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1.830.

Mención aparte merece esta Ley, que promulgada por Fernando VII se trata del primer código de derecho procesal y que es el precedente directo de la Ley de enjuiciamiento Civil de 1855 que es tanto como decir que es la base del sistema procesal español. Ciertamente, se trata de un cuerpo con una estructura bien definida y que trata de forma sistemática todas las cuestiones procesales.

En este punto es de significar que se echa en falta el tratamiento de uno de los presupuestos procesales como es la jurisdicción y la competencia que como acabamos de

¹⁶⁰PRIETO CASTRO, L., *Derecho de Tribunales*, Navarra, 1986, págs. 150 y ss. y GONZÁLEZ MONTES, J.L., *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo I, Granada, 1989, pág. 71.

¹⁶¹ CÓDIGO Cit.: artículo 1.119: *Ibidem* nota 156.

¹⁶² CÓDIGO Cit.: artículo 1.201: *No serán de la competencia de los tribunales de comercio las demandas intentadas por los comerciantes ni contra ellos sobre obligaciones o derechos que no procedan de actos mercantiles.*

referir en el epígrafe anterior se regulaba en el Código de Comercio. Por el contrario, si entra a regular los conflictos de competencia. Por lo demás, en ella se vislumbran todas las normas relativas a los procedimientos, la regulación de los diferentes procedimientos atendiendo a las diferentes cuantías, el sistema de recursos, la práctica de prueba etc.

Es digno de mención desde la perspectiva del concurso, la regulación que hace sobre la capacidad procesal, que el Artículo 34 establece en favor de quienes ostenten la capacidad de comerciar.¹⁶³ La anterior delimitación de la capacidad procesal va estrechamente vinculada a la especialidad de la jurisdicción mercantil, pues como ya hemos dicho la principal nota característica de esta jurisdicción es que la competencia viene determinada por razón de la condición de comerciante. De modo que la capacidad procesal para comparecer ante esta jurisdicción solo la tienen quienes ostenten no la capacidad de obrar general, sino la capacidad de comerciar.

El Título V contiene las normas relativas a las quiebras y lleva por rúbrica “*Del orden de proceder en las quiebras*”, procedimiento que se divide en cinco secciones¹⁶⁴:

- 1ª Sección. Trata sobre la declaración de la quiebra (Artículos 171 a 205): que será bien a instancia del propio quebrado o *inaudita parte debitoris* a instancia de los acreedores. Declarada la quiebra, la persona del deudor o presta fianza de cárcel segura, en cuyo caso queda bajo arresto domiciliario, o va a prisión. Como hemos podido ver a lo largo de esta introducción el arresto del quebrado e incluso del concursado ha sido una de las notas características de este tipo de procesos. Ahora bien, tal y como señala GONZÁLEZ MONTES, el arresto del quebrado previsto en la Ley de Enjuiciamiento de 1830 es una medida preventiva que va encaminada, más que al aseguramiento de los bienes en el proceso concursal, a garantizar la presencia del quebrado en el proceso penal que puede tener lugar.¹⁶⁵

La misma solo podrá ser enervada si el quebrado presta fianza de cárcel segura tal y como señala el Artículo 182 de la precitada disposición. Si bien podemos considerar que históricamente, la medida de arresto era una medida

¹⁶³LEY DE ENJUICIAMIENTO SOBRE LOS NEGOCIOS Y CAUSAS DE COMERCIO DE 1.830: Art. 34: *todas las personas que tengan capacidad para comerciar conforme a las disposiciones de los artículos 3º, 4º, y 5º del Código de Comercio, pueden comparecer en juicio sobre sus negocios y contratos de comercio.*

¹⁶⁴LEY DE ENJUICIAMIENTO... *Ibidem*: Art. 169: *el procedimiento sobre las quiebras se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada...*

¹⁶⁵ GONZÁLEZ MONTES, “Medidas cautelares personales” en *El Sistema de medidas cautelares*, Navarra, 1974, pág., 160.

personal pero con una finalidad económica, en orden a evitar que el quebrado pudiera fugarse o alzar sus bienes, con la regulación procesal de la misma, deja de tener esa finalidad pues como hemos expuesto existen otras medidas cautelares dirigidas a la ocupación de libros, papeles y bienes del quebrado. Por lo que la única finalidad que puede tener la prisión del quebrado es la de asegurar su presencia en el posible proceso penal que derive de la calificación de la quiebra.

- 2ª Sección. Regula la ocupación de los bienes del quebrado y la administración de estos (Artículos 206 a 222): Intervenido los bienes se hace inventario de los mismos y se proceden a las ventas urgentes y al nombramiento de los síndicos. En este sentido la ley se remite a las disposiciones del Código de Comercio relativas tanto a la intervención de bienes como a su administración y en todo lo relativo al nombramiento y las funciones de los síndicos.
- 3ª Sección. Recoge disposiciones relativas a las acciones de retroacción de la quiebra (Artículos 223 a 234): respecto a estas se regula el procedimiento de solicitud ante el juez comisario de la quiebra que deberán ejercitarse por los síndicos.
- 4ª Sección. Regula el examen y reconocimiento de los créditos, graduación de estos y pago a los acreedores (Artículos 235 a 242): destacamos aquí el contenido del Artículo 236 que prohíbe la continuación de cualquier instancia ejecutiva dirigida frente al quebrado una vez declarado el concurso. Contempla el mencionado precepto el efecto procesal de *vis attractiva* de la quiebra que atrae para sí dichos procesos de ejecución que pasan a formar parte del estado general de la quiebra integrándose con el resto de créditos.¹⁶⁶
- 5ª Sección. Artículos relativos a la calificación de la quiebra y de la rehabilitación del quebrado (Artículos 243 a 251): regulan el procedimiento de calificación en el que los síndicos hacen una calificación de la quiebra de conformidad con los tipos previstos en el Código de Comercio, la cual puede ser o no controvertida por el quebrado. En caso de que el quebrado se oponga habrá lugar a un procedimiento

¹⁶⁶LEY DE ENJUICIAMIENTO ... *Ibidem*: Art. 236: *Después de haberse proveído el auto de declaración de quiebra, no se podrá promover ni continuar instancia alguna ejecutiva contra el quebrado, y las que existan de esta clase en cualquiera juzgado ó tribunal, se remitirán al que conozca de la quiebra para que corran bajo una misma cuerda con esta pieza.*

Los interesados en estas ejecuciones serán comprendidos en el estado general de acreedores, y convocados para que con los títulos que tengan presentados en aquellos procedimientos, ó los que de nuevo entreguen á los síndicos, usen de su derecho en la junta.

contradictorio con la consiguiente práctica de prueba en el acto de la vista, resolviendo el juez lo procedente.

Interesan a nuestra exposición las disposiciones que regulan los conflictos de competencias entre los tribunales que integran esta jurisdicción especial frente al resto de tribunales. Dicha cuestión que se regula en el Título XIII cuya rúbrica es “*de las competencias de jurisdicción en los negocios de comercio*” la cual contiene 3 artículos, del 459 al 461. Los referidos conflictos se resuelven por el superior jerárquico.

Esta Ley de Enjuiciamiento de 1830 junto con el Código de Comercio de 1829, dan una respuesta completa al tratamiento de las insolvencias, pues se encargan de regular tanto lo relativo al derecho material como al procesal. En este momento quedan sentadas las bases de las insolvencias que llegarán a nuestros días. Téngase en cuenta que desde este momento no solo existen dos categorías materiales de insolvencia, sino que procesalmente el concurso y la quiebra se ventilaban por jurisdicciones y procesos distintos.

Si bien los tribunales especiales de comercio fueron suprimidos por Decreto Ley de 6 de diciembre de 1.868, denominado de unificación de fueros, el derecho expuesto, tanto procesal como material no fue derogado en su totalidad. La Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y causas de Comercio se mantuvo vigente, con carácter general hasta el mencionado Decreto. Por su parte el Código de Comercio de 1.829 fue sustituido por el Código de comercio de 1.885 aunque muchas de las disposiciones del antiguo Código seguirían estando vigentes hasta 2.003 dado que la LEC de 1855 y posteriormente la de 1881 se remitían constantemente al Código de Comercio, y claro está, al ser las leyes de enjuiciamiento Civil anteriores al Código de Comercio de 1885, las disposiciones del antiguo Código de Comercio llegaron hasta la promulgación de la Ley Concursal.

Por lo tanto, podemos atrevernos a afirmar que el procedimiento de quiebra que hemos mostrado es la piedra angular sobre la que descansa el actual concurso de acreedores, salvadas las diferencias.

C. El Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868¹⁶⁷ del Ministerio de Gracia y Justicia.

Acabamos de exponer cómo los Tribunales de Comercio fueron suprimidos por el referido Decreto y conviene que nos detengamos ahora a estudiar el mismo. Para poder entender el entramado de códigos existente durante el Siglo XIX y posteriormente en el XX.

Resulta muy indicativa la rúbrica del Título Quinto del mencionado decreto, *“De la supresión de los tribunales de comercio y reforma del procedimiento actual en los juicios que pasan ante esta jurisdicción”*

El Artículo 10 es el encargado de decretar la supresión de los tribunales de comercio, asumiendo la jurisdicción civil ordinaria el conocimiento de todas las causas que venían atribuidas a los anteriores.¹⁶⁸

Por su parte el Artículo 12 de la precitada norma¹⁶⁹ se encarga de realizar la derogación expresa de la jurisdicción mercantil creada por el Libro 5º del Código de Comercio de 1829, *De la Administración de Justicia en los Negocios de Comercio*, el cual deroga en su totalidad, y cuyo contenido era el siguiente: los tribunales y jueces que han de conocer en las causas de comercio (Título I), organización de los tribunales de comercio (Título II), competencia de los tribunales de comercio(Título III) y los procedimientos judiciales en las causas de comercio(Título IV).

Por el contrario, esta reforma deja a salvo las disposiciones relativas a las quiebras contenidas en la Ley de Enjuiciamiento de 1.830, concretamente su título 5º.¹⁷⁰ Es decir, que las disposiciones materiales y procesales sobre las quiebras contenidas en el código de

¹⁶⁷ Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 6 de diciembre de 1868, de unificación de Fueros, Gaceta de Madrid del lunes 7 de diciembre de 1868.

¹⁶⁸ Decreto de 6 de diciembre de 1.868...Op. Cit.: Artículo 10: *Se suprimen los tribunales especiales de comercio. Conforme a lo prescrito en el párrafo octavo del artículo 1º, la jurisdicción civil ordinaria será la competente: ...*

¹⁶⁹ Decreto de 6 de diciembre de 1.868...Op. Cit.: Artículo 12: *Se derogan el art. 323 y el libro 5º del Código de Comercio, la ley de Enjuiciamiento de los negocios y causas de comercio dada en 24 de Julio de 1830 y todas las leyes y disposiciones, cualquiera que sea su clase, que se hayan publicado para su inteligencia, complemento y aplicación*

¹⁷⁰ Decreto de 6 de diciembre de 1.868...Op. Cit.: Artículo 13: *Exceptúense de la derogación prescrita en el artículo anterior:*

1º Los procedimientos en los juicios de quiebra, los cuales continuarán arreglándose a las prescripciones del libro 4º del Código de Comercio, y al título 5º de la ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio con las modificaciones que se expresarán más adelante.

comercio y en la ley de enjuiciamiento se mantenían vigentes, lo único que quedaba alterado era la jurisdicción que conocía de las quiebras.

Así pues, la reforma no alteraba en gran medida el régimen que hemos estudiado en epígrafes anteriores, pues lo único que aconteció fue que en lugar de conocer el Tribunal de Comercio en primera instancia conocerían los Jueces de Primera Instancia.

A efectos de nuestra investigación interesa resaltar la supresión que tuvo lugar de la tercera Instancia¹⁷¹ y examinar lo atinente a las normas procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento de los negocios y causas del comercio relativas a los actos procesales, los recursos, ... es decir, a las normas procesales generales. A ellas se refiere el Artículo 11, el cual determina que se aplicarán las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cabría preguntarse, ¿Cómo es posible que se mantenga en vigor una Ley de Enjuiciamiento mercantil por un Decreto que ha eliminado la jurisdicción mercantil? La respuesta, a la vista de lo expuesto resulta sencilla, se mantienen en vigor una serie de artículos relativos al procedimiento de la quiebra, el cual no se encontraba regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y que servían de complemento a las disposiciones del Código de Comercio motivo por el cual se mantuvieron vigentes.

En síntesis, podemos afirmar que dicho Decreto supone la supresión de la jurisdicción especial mercantil y con ella los tribunales de comercio, pero en lo relativo a las quiebras, el régimen creado en el Código de Comercio y en la Ley de Enjuiciamiento de 1830 se mantiene vigente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 que derogó las disposiciones procesales en materia de dicha disposición haciendo una nueva regulación.

D. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.

No será necesario que incidamos en la importancia de esta norma habida cuenta de que las cifras hablan por sí mismas. La precitada Ley dedica a la Quiebra su título XIII, Artículos 1318 a 1396, casi ochenta artículos frente a los menos de 50 del Código. La influencia de la Ley de Enjuiciamiento de 1830 resulta evidente. La rúbrica es la misma, “*Del orden de proceder en las quiebras*” y del cotejo de una y de otra se manifiesta el importante influjo de la primera sobre la segunda.

¹⁷¹ Decreto de 6 de diciembre de 1.868...Op. Cit.: Artículo 15: *con arreglo a lo ordenado en el artículo 11, quedan suprimidos en los pleitos de comercio la tercera instancia y los recursos de nulidad y de injusticia notoria, y establecido el de casación en los casos y forma que ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Las piezas en las que se divide el proceso de quiebra son idénticas a las estudiadas en la Ley de Enjuiciamiento de 1830:

- La sección primera relativa a la declaración de la quiebra (Artículos 1.323 a 1.349) que regulan lo relativo a la solicitud de la declaración que podrá tener lugar bien a instancia del quebrado o de los acreedores, de nuevo, *inaudita parte debitoris ex* Artículo 1.325. También contemplaba la oposición por vía de recurso que podrá realizar el quebrado. En lo relativo a las medidas cautelares personales se mantenía el arresto del quebrado salvo que prestase fianza de cárcel segura.
- La sección segunda (Artículos 1.350 a 1.365) al igual que en la Ley de Enjuiciamiento de 1830 regula la administración de la quiebra y todo el elenco de medidas de aseguramiento de bienes del quebrado.
- La sección tercera (Artículos 1.366 a 1.377) no contiene novedades significativas en lo relativo a los efectos de retroacción de la quiebra.
- Mención aparte merece la regulación de la sección cuarta (Artículos 1.378 a 1.381) Podemos observar una importante novedad relativa a la *vis attractiva*. El Artículo 1.379 establece que la atracción de los juicios pendientes respecto de la quiebra se regirá por las normas generales contenidas en el concurso de acreedores y en las que en su momento nos referiremos.
- La sección quinta (Artículos 1.382 a 1.388) no varía en lo sustancial y regula la calificación de la quiebra.

Las remisiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil al Código de Comercio son muy frecuentes. De este modo la Ley de Enjuiciamiento Civil permitió la subsistencia del Antiguo Código de Comercio de 1.829 en la medida que se referían al Código de Comercio y el nuevo aún no se había redactado y cuando fue promulgado el nuevo Código de Comercio de 1885 no se derogó de manera expresa el anterior, lo que motivó que hasta el año 2.003 continuasen vigentes ciertos artículos del antiguo Código de Comercio relativos a la quiebra.

E. El código de comercio de 1885.

El vigente Código de comercio promulgado bajo el reinado de Alfonso XII dedica su Libro Sexto a las suspensiones de pagos, las quiebras y las prescripciones. No será necesario un análisis profundo de esta norma, entre otras cosas porque la regulación sustantiva del código de comercio es breve, dedicando a la quiebra los Artículos 874 a 922.

El Artículo 874 define la quiebra como el estado del comerciante que sobresee el pago corriente de sus obligaciones, estableciendo el Artículo 875 que la declaración de la misma podrá ser a iniciativa del propio quebrado o de un acreedor legítimo. Las clases de quiebras que se regulan son tres, la fortuita, la culpable y la fraudulenta. Ciertamente no dista mucho de la regulación contenida en el Antiguo Código de Comercio, pues de las cinco categorías (Suspensión de pagos, quiebra fortuita, quiebra culpable, quiebra fraudulenta y alzamiento) se mantienen 3 la fortuita, la culpable y la fraudulenta y se regula aparte el instituto de la suspensión de pagos.

Es de significar que en el Código de Comercio de 1885 se aprecia una regulación estrictamente sustantiva de las quiebras, pues como ya hemos tenido ocasión de ver la regulación procesal había quedado regulada en la LEC de 1.881 anterior en el tiempo.

F. Conclusiones sobre la codificación en materia de quiebras.

A la vista de cuanto llevamos expuesto podemos atrevernos a concluir que la regulación de las quiebras hasta la vigente Ley Concursal ha permanecido incólume, en lo sustancial, durante los siglos XVII a XX. Las ordenanzas de Bilbao hacen una regulación exhaustiva de este instituto que comprendía tanto los aspectos procesales como sustantivos.

Con la promulgación del Código de Comercio de 1.829 se diferencian los aspectos procesales de los sustantivos, aunque en ocasiones con no mucho acierto, al no quedar bien delimitado el ámbito entre unos y otros, como ocurre por ejemplo al regular la jurisdicción especial mercantil en la norma sustantiva y no en la procesal. Posteriormente se promulga la Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y Causas del Comercio cuyas normas procesales se mantuvieron vigentes hasta su derogación por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 aunque la misma no hizo una derogación expresa de la citada norma.

Las anteriores normas no resultaron alteradas por el hecho de que se suprimieran los tribunales de Comercio que eran quienes habían estado conociendo de las quiebras desde que los consulados con privilegios para administrar justicia fueron introduciendo los caracteres del procedimiento mercantil de la quiebra de los comerciantes. El rigor empleado frente a la persona comerciante y las medidas tanto reales como personales para el aseguramiento del buen fin de la quiebra se han mantenido con independencia del órgano jurisdiccional que las aplicara.

4. El concurso de acreedores en el proceso de codificación:

Mientras que en el año 1.829 se promulgaba el primer Código de Comercio habríamos de esperar hasta el año 1.889 para que se promulgase nuestro Código Civil. El primer código en el que quedaron regulados los aspectos del concurso de acreedores fue, paradójicamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1.855.

A. El concurso de acreedores en la LEC de 1.855.

El Título Undécimo llevaba por rúbrica “*De los concursos de acreedores*”. Se encargaban de regular la materia un total de 130 artículos. La sección primera regula el concurso voluntario de acreedores que no se define por el legislador. La segunda regula el concurso necesario del que cabe destacar que, de conformidad con las previsiones del Artículo 521, procedía la declaración de concurso necesario “*cuando existan dos a más ejecuciones pendientes contra un mismo deudor y que en todas o alguna de ellas no se hayan encontrado bienes suficientes para cubrir la cantidad que se reclame.*” Esta declaración se produce *inaudita parte* por lo que se da un recurso de apelación al concursado para poder oponerse a la misma, aunque el mismo no suspenderá las medidas cautelares acordadas para asegurar el buen fin del concurso.

Mención específica merecen las medidas adoptadas tras la declaración para el aseguramiento de los bienes y pruebas necesarias para el concurso a través del embargo y depósito de los bienes del deudor juntamente con la intervención de los libros y la correspondencia del concursado *ex* Artículo 524¹⁷²

En concurso de acreedores se divide en tres piezas. La primera relativa a la administración del concurso. La segunda encargada del reconocimiento y graduación de los créditos y la tercera regula la calificación. No existe una regulación de la suspensión de las ejecuciones pendientes frente al mismo deudor, ni en sede ejecutiva ni en la regulación que se hace en el concurso. No obstante a lo anterior la *vis attractiva* viene a solucionar, al menos en parte, tal circunstancia pues una vez declarado el juez competente para conocer del concurso mandará atento oficio al resto de jueces que conozcan de los pleitos ejecutivos a fin de que sean remitidos para su acumulación al juicio universal *ex* Artículo 523.

¹⁷² LEC de 1.855, Artículo 524: “*En el juzgado en que se declare el concurso, dictará el Juez las providencias necesarias para el embargo y depósito de todos los bienes del deudor, la ocupación de sus libros y papeles, y la retención de su correspondencia.*”

B. El concurso de acreedores en la LEC de 1.881.

Esta norma regula de forma independiente tres institutos relativos a las insolvencias. La quiebra que ya la hemos estudiado, el concurso de acreedores que veremos en este apartado y la suspensión de pagos a la que dedicaremos un epígrafe aparte.

Hemos de destacar que en lo atinente al concurso voluntario se supera la indefinición de la LEC de 1.855 y se define ambos, el voluntario y el necesario en un mismo precepto.¹⁷³ Los requisitos del concurso necesario se mantienen idénticos a los examinados en el Artículo 521 de la LEC de 1.855.

Es relevante la introducción en el Artículo 1.160 que contiene una regulación de la declaración del concurso y los efectos que de ella derivan, remitiendo en lo relativo a estos últimos a la sección siguiente. Es de resaltar el Artículo 1.161 que establece una drástica medida cautelar personal: la incapacitación del concursado para la administración de sus bienes.

Avanzando en el estudio de los efectos que produce la declaración, el Artículo 1.172 establece que, declarado el concurso, se tendrán por vencidas todas las deudas pendientes del concursado. Disposición ésta más bien de tipo sustantivo que procesal y que como señala MANRESA Y NAVARRO¹⁷⁴ es tomada del Código de Comercio de 1.829, concretamente del Artículo 1.043.

Interesa a nuestro estudio, por su carácter procesal los efectos que produce el auto de declaración de concurso contenidos en el Artículo 1.173. Medidas de aseguramiento de la prueba tales como la ocupación de los libros y papeles y la retención de la correspondencia. Medidas cautelares reales tendentes al aseguramiento del buen fin del concurso tales como el embargo y depósito de todos los bienes del deudor que en definitiva coinciden con las estudiadas en el anterior epígrafe. Ahora bien, establecen junto con los anteriores efectos procesales la acumulación en el concurso de las ejecuciones que se estén siguiendo frente al concursado. Esta acumulación se regula de forma concisa en el Artículo 1.186 y 1.187. El primero relativo a la forma de solicitar la acumulación al resto de órganos jurisdiccionales en la que se regula el derecho de audiencia de la parte ejecutante y

¹⁷³LEC 1881, Artículo 1.156: “*El juicio de concurso de acreedores podrá ser voluntario o necesario. Será voluntario cuando lo promueva el mismo deudor cediendo todos sus bienes a los acreedores.*” *Será necesario cuando se forme a instancia de los acreedores o de cualquiera de ellos*”

¹⁷⁴MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo V, Madrid, 1.956, 367.

en el segundo se regula la posible acumulación, a instancia del depositario o de los síndicos, de otros procesos seguidos frente al concursado.

En lo relativo a las piezas en las que se divide el concurso, estas se mantienen sin cambios con respecto a la LEC de 1.855.

C. El concurso de acreedores en el Código Civil de 1889.

El Código Civil también contiene unas cuantas disposiciones relativas al concurso de acreedores. Aunque del mismo modo que aconteció con el Código de Comercio de 1.885, estas disposiciones son minoritarias y vienen a matizar algunos aspectos concretos habida cuenta de que la regulación del concurso ha quedado solventada en su totalidad en las normas procesales.

En concreto los Artículos 1912 y siguientes regulaban ciertos aspectos del concurso. Por citar lo más significativos, pueden destacarse la obligación de declararse en concurso cuando el activo fuese menor que el pasivo regulada en el Artículo 1913 y la incapacitación para la administración de bienes del concursado del Artículo 1914.

D. Conclusiones a la codificación del concurso de acreedores.

Durante el siglo XIX se incorpora a los códigos la antiquísima institución de la cesión de bienes del deudor a los acreedores que venimos estudiando desde su origen mismo con importantes novedades. Si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855 resulta algo parca en la regulación del concurso voluntario, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 viene a corregir ésta y otras deficiencias y en su Artículo 1.156 consagra el instituto de la cesión de bienes configurado ahora como concurso voluntario.

La primera regulación de la Ley de 1.855 adolecía de algunos defectos sobre todo en lo referido a la sistematización del articulado, así como a algunos olvidos, pero en lo sustancial sentó las bases de la configuración de la institución.

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 enmendó las pequeñas deficiencias de la anterior y dio una mejor sistematización a la materia sin grandes cambios ni novedades. Dicha norma ha llegado hasta la actual Ley Concursal y como tendremos ocasión de ver cuando comencemos el análisis de esta su influencia ha sido más que notable.

Cabe destacar que del mismo modo que ocurrió en la codificación mercantil, el concurso de acreedores tiene un eminente carácter procesal. El mismo se revela con una

mayor claridad que la quiebra, pues las disposiciones procesales regulaban con todo detalle y precisión la institución frente a un Código Civil con apenas una docena de normas.

5. La quita y espera y la suspensión de pagos.¹⁷⁵

No podemos cerrar el examen de la codificación en materia de concurso de acreedores y quiebras sin abordar, si quiera brevemente esta institución. Estamos ante dos instituciones distintas que vienen a dar una misma solución a un mismo problema. La insolvencia inminente. Decimos que ambas instituciones vienen a tratar de evitar la insolvencia definitiva mediante la concesión de un lapso de tiempo al deudor a fin de que este realice las operaciones de refinanciación o de venta de activos para poder hacer frente las deudas y evitar la quiebra o el concurso con el problema añadido de llegar a un procedimiento de ejecución universal de todo su patrimonio.

Esta idea, se materializa en la quita y espera que tiene lugar en sede del concurso y la suspensión de pagos que tiene lugar en sede de quiebras.

A. La suspensión de pagos.

Siguiendo el estudio de la evolución de este instituto que nos proporciona LANGLE¹⁷⁶ coincidimos en que hemos de situar el precedente directo de este instituto en las Ordenanzas de Bilbao. Las anteriores, definían como fallidos o quiebra de primera clase aquella que tenía lugar cuando un comerciante que tiene bienes suficientes para el pago pero puntualmente, por causas ajenas a su voluntad, no podía hacerlo y había que esperar un breve plazo para que pudiese atender el cumplimiento de sus obligaciones. Este supuesto fue incorporado al primer Código de Comercio en su Artículo 1.002 como quiebra de primera clase o suspensión de pagos.

Una novedad desde el punto de vista evolutivo de esta institución es el hecho de que en el Código de Comercio de 1885 la quiebra de primera clase deja de ser tal y se regula aparte surgiendo en este momento la denominada suspensión de pagos a la que se le dedica un Libro distinto y se modifica el presupuesto de hecho.

¹⁷⁵Sobre la suspensión de pagos: ESTASÉN, P., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid, 1893; GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado... Op. Cit.*, Barcelona, 1930 RIVES Y MARTI, F.DE P., *Teoría y práctica... Op. Cit.*, Madrid, 1954; LANGLE, E., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1941; TORRES DE CRUELLS, *La suspensión Op. Cit.*, Barcelona, 1967; GARRIGUES, J., *Curso... Op. Cit.*, Madrid, 1969; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencial*, Navarra, 1997.

¹⁷⁶LANGLE, E., *Op. Cit.*, Madrid, 1941, págs. 354 y ss.

Un análisis somero nos permite verificar que, a la anterior insolvencia temporal se añade ahora *ex* Artículo 870 la insolvencia parcial, esto es, no solo el que no pueda atender momentáneamente el pago, sino aquel que no pueda hacer frente a la totalidad de la deuda. Se introduce un elemento que distorsionaría gravemente la práctica, pues el comerciante que no puede hacer frente a la totalidad de la deuda debería resultar quebrado en buena lógica. Así se concibe un nuevo procedimiento mucho menos riguroso en el que se convocan a los acreedores a fin de acordar una rebaja en los créditos y unas moratorias en los pagos que se aproximan a la tradición de las quitas y esperas y se alejan de los supuestos de quiebras.

La doctrina¹⁷⁷ señala que eran tales las tropelías y desmanes que los quebrados imponían a los acreedores que no hubo más remedio que limitar estos por una reforma del Código de Comercio prohibiendo las quitas y limitando las esperas a periodos inferiores a los tres años surgiendo de este modo la Ley de 10 de junio de 1897.

Sin embargo, con la quiebra de la *Barcelona Traction* esta institución retoma el camino que la reforma de 1897, con acertado criterio a nuestro parecer, trató de evitar y volvemos a encontrarnos con una norma que ampara una negociación en la que acreedores y deudores pueden acordar rebajas y aplazamientos sin apenas límite. Nos estamos refiriendo a la Ley de Suspensión de Pagos de 1922¹⁷⁸. Mediante esta ley tal y como señala OLIVENCIA RUIZ, se alteró la naturaleza jurídica del instituto de la suspensión de pagos, pasando de un remedio para aquellas situaciones en las que el deudor tiene patrimonio pero necesita una espera para poder responder, a una quiebra en la que se produce la declaración por el propio quebrado para obtener una serie de ventajas.

¹⁷⁷ RIVES Y MARTÍ, F. DE P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, Madrid, 1954, pág. 17; OLIVENCIA RUIZ, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio” en *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986, pág. 367.

¹⁷⁸ Sobre la Suspensión de Pagos:

ESTASÉN, P., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1893; GAY DE MONTELLA, R., *Tratado de la Legislación Comercial Española a base del Código de Comercio*, Barcelona, 1930; LANGLE, E., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1941; RIVES Y MARTÍ, F. DE P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, Madrid, 1954; MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1956; GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1969; MAJADA, A., *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra*, Barcelona, 1974; GOXENS DUCH, A., *Suspensión de pagos y quiebras*, Barcelona, 1976; OLIVENCIA RUIZ, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio” en *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986; SAGRERA TIZÓN, J.M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, 1989; MASCARELL NAVARRO, M.J., *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Granada, 1994; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencial*, Navarra, 1997

En definitiva, lo que la mencionada Ley de Suspensión de Pagos permitió era, de nuevo, una huida del rigor de la quiebra acudiendo a un instituto que pese a omitir cualquier relación con la quiebra, se trataba de una insolvencia definitiva que implicaba la imposibilidad de atender a los pagos, presupuesto éste de la quiebra previsto en el artículo 874 del Código de Comercio¹⁷⁹. De este modo artificioso se evita llegar a la quiebra, quedando en suspenso los pagos que no podían ser atendidos.

B. Las quitas y las Esperas.

Estamos ante unas instituciones que hunden sus raíces en la tradición jurídica de este país y que, prescindiendo de entrar en un mayor detalle sobre sus orígenes en el Derecho Romano, estuvieron muy presentes en el derecho medieval. RIVES Y MARTI¹⁸⁰, nos proporciona unas valiosas notas en torno al origen de la espera que sitúa en una Constitución del Emperador Constantino que permitía al deudor de buena fe que no pudiese hacer frente al pago de una deuda una moratoria de cinco años en el pago. MANRESA¹⁸¹ recoge las normas relativas a las moratorias que se concedían graciosamente por la corona y que venían recogidas tanto en las Partidas como en la Novísima Recopilación.

La quita era un privilegio que otorgaban los propios acreedores al deudor de manera que, a cambio de un determinado porcentaje de rebaja en los créditos, el deudor pagase sin necesidad de una reclamación judicial, sometiendo su aprobación entre los acreedores. Esta institución se reguló en los Artículos 506 y ss. de la LEC de 1855 y posteriormente en los Artículos 1.130 y ss. de la LEC de 1881.

Su regulación guarda muchas similitudes con el concurso voluntario. Tales semejanzas se ponen de manifiesto en los documentos que han de acompañar a la solicitud así como en el trámite por el que se reúne a los acreedores y la votación del convenio. Igualmente tiene efectos de *vis attractiva* sobre las ejecuciones ya instadas *ex* Artículo 1.135 de la LEC de 1881.

¹⁷⁹ Artículo 874 del Código de Comercio: “*Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones*” (actualmente derogado por la Ley Concursal)

¹⁸⁰

¹⁸¹MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1956, pág. 294.

C. Conclusiones al respecto de las suspensiones de pagos, quitas y esperas.

Las instituciones examinadas vienen a complicar aún más, si cabe, la maraña normativa que regulaba las insolvencias civiles y mercantiles. En síntesis, suspensión de pagos, quitas y esperas son instrumentos que tienen una finalidad loable tal es la de evitar la insolvencia definitiva impidiendo la apertura de concursos y quiebras, posibilitando de este modo que los deudores con patrimonio suficiente pero carentes de liquidez poder realizarlo, ya en parte, ya en su totalidad y hacer frente a las deudas.

No obstante, tales propósitos resultaron superados por la práctica de los deudores fraudulentos que vieron en los anteriores institutos un medio para evitar los rigores tanto de concursos como de quiebras y obtener unas ventajas frente a sus acreedores.

De este modo y a través de las diferentes reformas estas instituciones vieron alterada su naturaleza y derivaron en lo una especie de concurso o quiebra voluntaria con unas mayores posibilidades de negociación y con unos efectos menos rigurosos para los deudores.

Con estas instituciones completamos el mapa de las insolvencias y nos encontramos con dos instituciones mercantiles, la suspensión de pagos y las quiebras y otras tantas civiles, quita y espera y concurso.

6. La necesaria reforma del derecho concursal.

El sistema legislativo relativo a las insolvencias, tal y como hemos venido exponiendo, presentaba unas importantes deficiencias. Parte de la mejor doctrina procesalista venía manteniendo la necesidad de una reforma en materia concursal.

Así FAIRÉN GUILLÉN, señalaba que *“esta superposición de capas de Derecho histórico, dan como resultado, no solo una situación lamentable, sino una reacción crítica, sustentada por Magistrados, Profesores, y, en general, por los juristas”*¹⁸² En esta línea crítica PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ señala, en relación a la materia concursal anterior a la vigente Ley Concursal, que *“esta no vale nada o casi nada; podríamos decir con un poco de exageración que pertenece a la edad de piedra del concursalismo;”*¹⁸³

¹⁸² FAIRÉN GUILLÉN, V., "Síntesis del derecho procesal de insolvencia español" en *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, octubre de 1970, pág. 11.

¹⁸³ PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *El derecho concursal español y el extranjero (La Ley desacredita a la Ley)*, Madrid, 1976, pág. 21.

Por su parte, PEREZ GORDO¹⁸⁴ entendía que las deficiencias en la materia concursal podían extractarse en las siguientes:

1. *“Ni siquiera conjugando tantas y tan dispersas disposiciones legales en materia concursal, se puede decir que se tenga una regulación completa de cada una de las instituciones.”*
2. *“Aún en el supuesto de que estuviésemos ante ese texto legal único para todas las situaciones concursales, y que regulara todos los aspectos de las mismas, sin contradicción, sin paradojas, sin confusión, sin anacronismo y sin lagunosidad, creemos que no llegaríamos al ideal soñado, ni a la panacea, ya que no se puede olvidar, tal y como denunció FENECH que el problema del proceso, no es de leyes - aunque éstas siempre admitan mejora -, sino de hombres – Juez, partes, etc.-, ya que son éstos, y no las leyes, los que llevan a cabo las corruptelas, los fraudes, sin que ello lo propicie esa norma, “en desintegración” o “desacreditada”, sino, por lo que respecta al proceso, al anacronismo y la inadecuación de la Justicia en España, también centenaria, lo que ha dado lugar a situaciones de “enfermedad”, cuando no de “demolición”, por lo que respecta a la Justicia.*

7. Conclusiones sobre la Codificación Mercantil en materia de quiebras e insolvencias.

Tras analizar las insolvencias en los siglos XIX y XX podemos sacar una serie de conclusiones:

- A. No se produce una quiebra respecto de la tradición jurídica española, sino que se recoge el legado jurídico preexistente y se sistematiza bajo la promulgación de los códigos.
- B. Se mantiene la separación entre el procedimiento de quiebra reservado para los comerciantes y el concurso para los deudores comunes.
- C. Se aprecia un marcado carácter procesal en la regulación de los institutos de la quiebra y del concurso que se regulan en detalle en las normas procesales,

¹⁸⁴ PÉREZ GORDO, A., "Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho Concursal" en *Revista jurídica de Cataluña*, 1981, págs. 845 y ss.

dejando algunas cuestiones incidentales para su regulación en los códigos mercantil y civil.

- D. Las reformas tanto de la LEC de 1855 como la del Código de Comercio consolidaron un procedimiento previo al concurso y a la quiebra, basado en la quiebra de primera clase o suspensión de pagos cuya finalidad era evitar la declaración de quiebra o concurso por medio de un concordato preventivo.
- E. El empleo abusivo de los anteriores procedimientos motivó la necesidad de restringir su empleo. La reforma que los limitó fue posteriormente derogada mediante la Ley de Suspensión de Pagos que permitió volver a la fórmula del concordato preventivo.
- F. La tramitación del concurso y de la quiebra se lleva a cabo en sede jurisdiccional, ante autoridad judicial y con unos importantes efectos procesales entre los que destacaban las medidas cautelares.
- G. La nota de universalidad está presente en ambas instituciones que excluyen las ejecuciones particulares sobre el patrimonio del deudor.

V. LOS TRABAJOS PREPARATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE LA VIGENTE LEY CONCURSAL.

Fruto de las importantes disfuncionalidades que presentaba el sistema de insolvencias español, se iniciaron sucesivas reformas a lo largo del siglo pasado que no vendrían a dar fruto hasta la vigente ley concursal.

En el año 1959 la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos realizó un Anteproyecto de Ley Concursal que no llegaría a ser publicado oficialmente. Esta obra venía a abordar un tratamiento unitario de la materia tanto procesal como mercantil y desaparecían las diferencias entre comerciantes y no comerciantes.

El siguiente hito fue el texto articulado que fue elaborado por la Comisión General de Codificación y publicado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia que vio la luz el día 27 de junio de 1983 como Anteproyecto y que seguía las directrices marcadas por la Orden Ministerial de 17 de mayo de 1978. Dicho texto se caracterizaba por la unidad legal (regulando conjuntamente la materia procesal y mercantil) y la unidad de disciplina (para comerciantes y no comerciantes) así como una unidad de sistema (regulaba un único procedimiento).

Posteriormente aparece una propuesta de anteproyecto que elabora la Comisión General de Codificación atendiendo las pautas marcadas por los criterios básicos comunicados por el Ministerio de Justicia e Interior de fecha 23 de junio de 1994 y que fue publicada el día 15 de febrero de 1996 por la Secretaría General Técnica. De la anterior propuesta hay que destacar que los principios de unidad legal y de disciplina se mantuvieron, pero no ocurrió lo mismo con la unidad de sistema que fue abandonada volviendo a tener dos procedimientos, el concurso y la suspensión de pagos.

Finalmente nos encontramos con el Anteproyecto de la vigente Ley Concursal. El mismo fue realizado por la Sección Especial para la reforma concursal nacida de la Comisión General de Codificación y que fue concluido en el año 2000.

La vigente Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9 de julio consagra los principios de unidad legal, disciplina y sistema.¹⁸⁵ La Exposición de Motivos, en su Parágrafo II viene a justificar la opción adoptada. La unidad legal se trata de una opción de política legislativa por la que optó el legislador cuando acometió la reforma de la LEC en el año 2000 y que por consiguiente le venía impuesta al amparo de la propia LEC.

En lo concerniente al principio de unidad de disciplina ha sido acogido por la necesidad de, por una parte, simplificar el procedimiento, y por otra, por la innecesidad de la distinguir entre comerciantes y no comerciantes habida cuenta de la dulcificación del rigor que caracterizaba la quiebra mercantil. Por último, en lo atinente a unidad de procedimiento se opta por un único procedimiento flexible que permite tanto un acuerdo que permita subsistir a la empresa como la liquidación de la misma si no existe tal posibilidad. En definitiva, un cauce procesal flexible que se adecua a la antigua suspensión de pagos o al concurso según el tipo de insolvencia ante la que nos encontremos.

Tales principios vienen a dar solución a las disfunciones puesta de manifiesto durante largo tiempo desapareciendo la superposición normativa tan criticada mediante la unidad legal, y desapareciendo las disfuncionalidades prácticas a través de la unidad de disciplina y de sistema.

¹⁸⁵ Exposición de Motivos de la Ley 22/2003: Parágrafo II: “*La Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema*”.

CAPITULO II: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES.

Con carácter previo al análisis de los presupuestos materiales de la declaración de concurso entendemos que por razones de sistemática procesal conviene, en primer término, abordar los presupuestos procesales y las partes que han de intervenir en el proceso de declaración.

1. Jurisdicción del juzgado de lo mercantil y problemática que suscita.

El análisis del primer presupuesto procesal debe de hacerse considerando varias normas. La Ley Orgánica para la Reforma Concursal LORC, el Artículo 86. ter de la LOPJ y el Artículo 8 de la LC. El legislador crea un nuevo órgano jurisdiccional, el Juzgado de lo mercantil que lo incluye dentro del orden jurisdiccional civil pero con una competencia objetiva por razón de la materia que excede del anterior orden y afecta a los órdenes jurisdiccionales, administrativo penal y social.

La creación de estos tribunales ha sido objeto de crítica por la doctrina y podríamos sintetizar las principales críticas en los siguientes apartados:

A. Inadecuada regulación positiva.

En primer lugar, hemos de referirnos a la deficiente regulación positiva mediante la cual se incorporan los Juzgados de lo Mercantil al orden jurisdiccional civil. Tal y como señala GONZALEZ GRANDA,¹⁸⁶ no resulta necesario atribuir las materias civiles al juez del concurso mediante Ley Orgánica pues no se produce alteración de ningún orden jurisdiccional.

¹⁸⁶ GONZALEZ GRANDA, P.: “Jurisdicción y competencia en materia concursal” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII *Derecho Concursal Procesal*, Madrid, 2008, pág. 56.

En segundo lugar, tal y como señalaremos más adelante el Artículo 9 de la LOPJ ha debido de ser modificado para que la competencia del juzgado de lo mercantil tuviera un adecuado encaje en una estructura de órdenes jurisdiccionales *ratione materiae*.

B. Ruptura del concepto del concepto de orden jurisdiccional *ratione materiae* contenido en el Artículo 9 de la LOPJ.

Los Juzgados de lo Mercantil son unos órganos jurisdiccionales civiles especializados cuyo fundamento radica en la nota de universalidad otorgada al proceso concursal y cuya filosofía es eminentemente sencilla: ha de atraerse al proceso concursal toda acción cuyo contenido patrimonial sea susceptible de alterar negativamente el patrimonio del deudor salvo contadas excepciones cuya autonomía respecto del concurso queda garantizada por causas justificadas.

El problema que se plantea es que algunas materias que se atribuyen por el Artículo 86 ter de la LOPJ y 8 de la LC exceden con mucho del orden jurisdiccional civil en el que se incardinan estos juzgados y sustraen estas competencias al conjunto de órganos que, *ope legis*, tenía atribuido el conocimiento de estos asuntos por razón de la materia, es decir, que se sustraen a otras jurisdicciones.

De esta forma quiebra la definición de orden jurisdiccional, entendido como conjunto de órganos jurisdiccionales delimitados por razón de la materia e integrantes de una única jurisdicción, enunciado en el Artículo 9 de la LOPJ. Algunos autores hacen una crítica severa entre los que hay que destacar a CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁸⁷, quien señala al respecto de los Juzgados de lo Mercantil que “*se les atribuye una jurisdicción que excede de la meramente civil y mercantil ... integrando un nuevo orden jurisdiccional que traspasa frontalmente al orden jurisdiccional civil, al penal y al laboral.*”

C. Empleo del término jurisdicción indebidamente como sinónimo de competencia por el legislador.

Se trata esta de una cuestión que ayuda a comprender las dudas que surgen en torno al presupuesto procesal de la jurisdicción en el proceso concursal. Pues si ya de por sí estamos ante un concepto de jurisdicción complejo, e incluso novedoso, al rebasar

¹⁸⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “Juzgados de lo Mercantil”, en AAVV, *Aspectos de la nueva Ley Concursal: concursos, créditos, administradores, jueces*, Barcelona, 2004, pág.92.

los límites conceptuales de la misma definidos pacíficamente por la doctrina procesalista, el empleo que hace el legislador del término jurisdicción para referirse a la competencia no hace sino ahondar más en la confusión. La norma contenida en el Artículo 86 ter de la LOPJ y el correlativo Artículo 8 de la LC están regulando, tal y como ya hemos expuesto anteriormente, una competencia objetiva por razón de la materia y unos supuestos de extensión de la jurisdicción.

El tenor literal del Artículo 8 de la LC dispone: “*La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias*” Tal enunciado emplea el término jurisdicción cuando en realidad debería utilizar el de competencia. Pues la jurisdicción es única y, por definición, excluyente que, dicho sea de paso, es una redundancia de la exclusividad.

En este sentido GONZÁLEZ GRANDA¹⁸⁸ incide sobre esta falta de precisión terminológica señalando que va más allá del mencionado artículo señalando cómo, en ocasiones, el legislador emplea de forma indebida el término jurisdicción civil en lugar de emplear el orden jurisdiccional civil.

Tales cuestiones tienen una relevancia que va más allá de una mera adecuación a la ciencia procesalista, sino que tienen una relevancia práctica. En primer lugar, porque el empleo de los términos adecuados supone una ayuda al operador jurídico que tiene que lidiar con una materia compleja tal es la concursal, de forma que no deba analizar si se encuentra ante un supuesto de extensión de jurisdicción o ante la determinación de la competencia objetiva.

Al hilo de lo anterior es importante el tratamiento procesal según nos encontremos ante uno u otro supuesto. Pues si estamos en sede de un supuesto de extensión de la jurisdicción, existiría un conflicto entre dos órganos jurisdiccionales pertenecientes a distintas jurisdicciones que habría de resolverse mediante el control de oficio previsto en el Artículo 37.2 de la LEC que prevé una abstención de oficio del órgano que no sea competente que en este caso concreto a favor del juzgado de lo mercantil o bien a instancia de parte *ex* Artículo 39 mediante la declinatoria por falta de jurisdicción.

Por el contrario, si nos encontramos ante una cuestión de competencia objetiva, prevista en el artículo 51 de la LOPJ que prevé su resolución por el superior jerárquico,

¹⁸⁸ GONZALEZ GRANDA, P.: *Op. Cit.*, Madrid, 2008, pág. 55.

esta no tiene previsión específica en la LEC. El tratamiento procesal de la falta de competencia objetiva podrá tratarse bien de oficio *ex* artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante auto que declare la falta de competencia que ha de indicar que la competencia corresponde al juzgado de lo mercantil. Aunque lo más frecuente es que se produzca a instancia de la parte con fundamento en el artículo 49 de la citada disposición mediante la declinatoria.

El artículo 49 *bis* de la LEC establece una serie de normas para el control de la competencia objetiva relativa a los juzgados de violencia sobre la mujer. Se echa en falta un artículo 49 *ter* que venga a dar una regulación semejante al juzgado de lo mercantil pese a que ambos tienen una atribución de competencia similar: exclusiva y excluyente respecto de los órganos que deberían tenerla atribuida por razón de su objeto.

La sanción de la falta de competencia es bastante severa pues se establece la nulidad de todo lo actuado y el archivo *ex* Artículo 50 de la LC. Hemos de hacer mención a que la regulación de esta cuestión no ha recibido un tratamiento sistemático muy adecuado. Y ello porque se trata en sede de los efectos procesales de la declaración del concurso cuando debería establecerse tal efecto en sede de competencia objetiva, si bien es cierto que la mayor parte de cuestiones de competencia se van a suscitar una vez declarado el concurso por el efecto de atracción de éste.

Se pone manifiesto cómo un efecto procesal de la declaración del concurso como es las *vis attractiva* afecta incluso a la determinación de los presupuestos procesales y es una clara muestra de la complejidad de esta materia por la dificultad de poder delimitar claramente categorías jurídico procesales pues un efecto de la declaración de concurso puede ocasionar la falta de competencia objetiva de órganos jurisdiccionales que tenía su competencia atribuida por ley.

D. La oportunidad de la creación de los juzgados de lo mercantil.

Entre la doctrina existen críticas en relación con la conveniencia de la creación de estos tribunales especializados. Sin caer en el error de confundir un órgano jurisdiccional especializado con una jurisdicción especial cuyas diferencias ya examinamos al hilo de los tribunales de comercio, la creación de órganos jurisdiccionales especializados sigue dando lugar a cierto recelo por la doctrina.

Existen autores como es el caso de CORDÓN MORENO que ven en este tipo de órganos jurisdiccionales cierto riesgo por las amplias facultades que se les conceden y la gran concentración de poder que tienen atribuido.¹⁸⁹

GONZÁLEZ GRANDA¹⁹⁰ con cita de CORTÉS DOMÍNGUEZ, DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, EIZAGUIRRE BERMEJO señala que la creación de los Juzgados de lo Mercantil no era oportuna, ni conveniente, ni mucho menos, necesaria y que obedece a una cesión del legislador a favor de una doctrina mercantilista que viene pugnando por una especialización en el ámbito legislativo y judicial.

A nuestro parecer no era tal la necesidad de creación del juzgado de lo mercantil, como órgano jurisdiccional incardinado en el orden jurisdiccional civil, pudiendo haberse dado respuesta a la necesaria especialización mediante la especialización de uno de los juzgados de primera instancia de la capital de la provincia a través de la correspondiente formación específica de los titulares del mismo así como del personal adscrito a este, como sucede con los juzgados de familia.

E. Conclusiones al respecto de la jurisdicción en el proceso de declaración del concurso de acreedores.

De la correcta interpretación del Artículo 86 ter de la LOPJ resulta que podemos concluir que el conocimiento del proceso de declaración del concurso viene atribuido al orden jurisdiccional civil, jurisdicción que se extiende sobre determinados asuntos propios de otros órdenes jurisdiccionales dado el carácter universal y el efecto de *vis attractiva* que el concurso de acreedores ejerce sobre asuntos que tienen relevancia patrimonial relativos al concursado.

2. Competencia del Juez del Concurso.

En relación a la competencia del Juez del concurso nos encontramos también con una serie de problemáticas. En primer lugar, porque si bien en artículo 8 de la LC establece una enumeración de materias cuyo enjuiciamiento ha quedado atribuido al juez de lo Mercantil, no se trata de una enumeración cerrada y hay que tener en cuenta

¹⁸⁹ CORDÓN MORENO, F.: *Op. Cit.*, Navarra, 2013, pág. 44.

¹⁹⁰ GONZALEZ GRANDA, P.: *Op. Cit.*, Madrid, 2008, pág. 44

el efecto producido por la *vis attractiva* que la declaración de concurso ejerce pues la competencia se ve incrementada por efecto de la anterior.

A. Competencia objetiva del juez del concurso.

El Artículo 8 de la LC establece en primer lugar la competencia objetiva del juez de lo Mercantil para conocer del concurso. Tal atribución de competencia no plantea duda ni problemática al respecto. Mayores problemáticas representan aquellas atribuciones de competencia recogidas en los apartados 1º a 6º del Artículo 8 los cuales examinaremos separadamente. En primer lugar, se podrían albergar dudas de si estamos ante verdaderas atribuciones de competencia objetiva o estamos ante atribuciones de competencia funcional.¹⁹¹

Partiendo del concepto de competencia funcional acuñado por DE LA OLIVA¹⁹² la competencia funcional “*se trata de una concreción de la jurisdicción, de naturaleza idéntica a la competencia objetiva que a partir de la competencia objetiva nos dice quién debe de conocer de incidencias, recursos, de la segunda instancia, recursos extraordinarios, medidas cautelares y ejecución de las sentencias*”, si examinamos caso por caso las atribuciones que contempla el artículo 8 podremos determinar si encajan o no en lo que sería la competencia funcional.

De este modo los números 1º y 2º del artículo 8 no encajan adecuadamente en la definición de competencia funcional, pues lo que se atribuye es el conocimiento de un asunto en primera o única instancia, lo cual encaja perfectamente en la definición de competencia objetiva. No obstante, los números 3º y 4º del mencionado artículo 8¹⁹³ sí que coinciden con la naturaleza de la competencia funcional, dado que una se refiere a la adopción de medidas cautelares y la otra a la ejecución. Así mismo el punto 5º sin entrar en muchos detalles es un ejemplo típico de cuestión incidental que debe quedar

¹⁹¹ GONZALEZ GRANDA, P.: *Op. Cit.*, Madrid, 2008, pág. 77

¹⁹² DE LA OLIVA SANTOS, A., “Jurisdicción y competencia de los tribunales” en AAVV, *Introducción Derecho Procesal*, Madrid, 2004, págs. 285 y ss.

¹⁹³ Apartados 3º y 4º Artículo 8 de la Ley Concursal: 3.º *Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.*

4.º *Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.*

regulada por la competencia funcional. El número 6º no responde a la naturaleza de un ejercicio de la potestad jurisdiccional que se deba a motivos de incidentes, o recursos sino que más bien se está atribuyendo el ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el conocimiento de un asunto en primera instancia por lo que estamos más bien ante una competencia objetiva que funcional. Por el contrario en el 7º se atribuye el conocimiento de una cuestión determinada en primera instancia, lo que nos llevaría a calificarlo como competencia objetiva salvo que operase la acumulación, en cuyo caso nos encontraríamos ante una competencia funcional.

Por todo lo expuesto, en nuestra opinión, partiendo de lo que GONZÁLEZ GRANDA, viene en denominar como competencia derivada de la *vis attractiva*, hay una atribución de materias que en unos casos serán por competencia objetiva y en otros casos competencia funcional. Examinaremos pues aquellas materias cuyo conocimiento es atribuido al juez del concurso con fundamento en la *vis attractiva* concursal:

a) Acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado.

En principio esta atribución no presenta mayores dificultades interpretativas excepcionando algunos casos que puedan darse en la práctica y que veremos a continuación. Para que el juez que conozca del concurso deba de conocer de una acción civil dirigida contra el patrimonio del concursado han de concurrir dos requisitos: uno objetivo, que la acción tenga contenido patrimonial y otro subjetivo, tal es que la misma se ejercite frente al patrimonio del concursado.

Únicamente quedan excepcionadas *ex lege* una serie de acciones que, aunque puedan afectar al patrimonio del concursado, el legislador ha decidido dejar al margen del efecto de *vis attractiva* al existir un interés mayor de protección. Se trata de acciones relativas a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, en las que está en juego el orden público en mayor o menor medida.

Si bien en la mayoría de supuestos enunciados nos encontramos con pronunciamientos de carácter constitutivos que afectan al estado civil, hay que considerar que los mismos pueden llevar aparejados en la mayoría de los casos otros pronunciamientos patrimoniales como pensiones de alimentos, compensatorias y de administración de patrimonios o de bienes. En estos supuestos, la competencia objetiva

no se ve afectada por el efecto de atracción del concurso, pese a existir un interés patrimonial.

b) Acciones sociales.

Con respecto a las acciones sociales atribuidas al Juez del Concurso no han estado exentas de polémica. Y ello porque en un primer momento la competencia del juez del concurso prevista en el Anteproyecto de Ley Concursal era mayor que la contemplada en la vigente Ley Concursal.

La previsión del anteproyecto con relación a la competencia del juez del concurso para el conocimiento de las acciones sociales era la siguiente: *“todas las acciones sociales con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado”*.

Tal previsión resultó fuertemente contestada desde ciertos sectores que desconfiaban de que el juez de lo Mercantil tuviera una competencia tan amplia con exclusión del juez de lo Social. Ello conllevó que durante la tramitación parlamentaria se redujera la competencia del juez de lo Mercantil a *“las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación estatutaria y del proceso laboral.”*

Podemos observar que en la regulación vigente el legislador ha optado por reservar al juez de lo concursal aquellas demandas propias del orden jurisdiccional social que son susceptibles de tener una mayor relevancia en el concurso, pues se trata de los procedimientos colectivos, cuyo volumen económico es importante porque afectan a una multiplicidad de trabajadores y los contratos de alta dirección que, *prima facie*, tienen un fuerte impacto económico por la tipología de estos contratos. Sin lugar a dudas estas dos modalidades tienen unos efectos económicos mucho más relevantes que cualquier demanda individual de un trabajador.

Existía una problemática con la atribución de competencia objetiva al juez de lo mercantil para conocer sobre las demandas sociales. El juez de lo mercantil, actúa bajo

unos principios procesales propios del orden jurisdiccional civil, mientras que la jurisdicción social tiene unos principios especiales acordes con la naturaleza del proceso social. Para salvar esta dificultad establece el artículo 8.2 de la LC que se tengan en cuenta por el juez de lo mercantil los principios inspiradores de la ordenación estatutaria y del proceso laboral.

Si consideramos que uno de los principales argumentos a la hora de defender la creación de la figura del juez de lo mercantil fue la especialización de estos últimos, no resulta lo más pertinente atribuir a este órgano el conocimiento de asuntos atribuidos al orden jurisdiccional social. Y ello porque implica que el juez de lo mercantil deba tener una adecuada especialización en la materia social, la cual ya tienen los Jueces y Magistrados del Orden Jurisdiccional Social.

Hemos de considerar, además, que para que el enjuiciamiento de estas materias sociales pueda llevarse a cabo por el Juez del concurso ha sido necesario alterar el régimen de recursos previstos para los incidentes concursales. Sin perjuicio de lo que posteriormente diremos sobre el incidente concursal, podemos adelantar que la resolución que pone fin al mismo es irrecurrible *ex* artículo 197.4 LC. No obstante, a esta regla general se han previsto diversas excepciones:

- El artículo 64.8 LC establece que frente al auto que establezca la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo podrá interponerse el recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril que serán tramitados y resueltos ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.
- El artículo 197.8 LC establece que: *“contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas”*

Sin lugar a dudas, hubiera sido más sencillo dejar al margen las demandas sociales con contenido patrimonial al orden jurisdiccional social reservando al juez del concurso una competencia funcional para las ejecuciones de las anteriores. De este modo no sería necesario prever un régimen específico de recursos en el que la sentencia del juez de lo

mercantil puede verse enmendada por una resolución de un órgano jurisdiccional del orden social atrayendo tales procesos al concurso una vez firmes.

c) Ejecuciones frente al concursado.

Nos encontramos en el artículo 8.3 de la LC una norma breve y concisa que atribuye la competencia al Juez del Concurso para conocer de *“toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”*.

Nos encontramos aquí con una clara manifestación de la universalidad del proceso concursal. Cualquiera que fuese el órgano que tuviese atribuido el conocimiento para conocer del proceso de ejecución o del procedimiento de apremio, cuando se trate de una ejecución dirigida contra bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado pierde la competencia en favor del juez de lo mercantil que conoce del concurso, operando de este modo el efecto de *vis attractiva* que garantiza la universalidad del concurso. Cuando estudiemos los efectos procesales de la declaración estudiaremos la suspensión de las ejecuciones operada *ex* artículo 55 de la LC.

d) Adopción de medidas cautelares.

El artículo 8.4 de la LC atribuye la competencia funcional al juez de lo mercantil que conoce del concurso para el conocimiento de *“toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.”*

El referido precepto otorga el enjuiciamiento de la adopción de cuantas medidas cautelares puedan afectar el patrimonio del deudor con las excepciones de aquellas materias, que pese a afectar al mismo han sido expresamente vedadas al juez de lo mercantil. Si bien la adopción de las mismas cuando quedan fuera de la competencia del Juez del concurso la tienen atribuida los juzgados de familia y los tribunales arbitrales en su caso, la vigente redacción del artículo 8 permite el Juez del concurso suspender las medidas cautelares o solicitar el levantamiento de las mismas.

Llegados a este punto hemos de realizar varias precisiones: cuando el Juez del concurso tiene competencia para el conocimiento del proceso del que traen causa las medidas cautelares, en cuyo caso le corresponde también el pronunciamiento sobre las medidas cautelares en aplicación del mencionado precepto que no es otra cosa que una redundancia de la norma de competencia funcional contenida en el artículo 723 de la LEC; respecto de aquellas materias que no tiene competencia, la redacción anterior dejaba dudas, pues había que diferenciar las atribuciones contempladas en el artículo 8.1 de la LC de las restantes. En este caso autores como GONZÁLEZ GRANDA¹⁹⁴ consideraban que salvo las expresamente excluidas en el mencionado precepto el resto eran competencia del Juez del Concurso.

La actual redacción confirma tal interpretación de modo que toda medida cautelar, salvo las expresamente excluidas por el artículo 8.1. y las atribuidas a los Tribunales de Arbitrales, deberá ser adoptada por el Juez del concurso mediante el correspondiente incidente concursal, e incluso en los casos expresamente excluidos cabe la posibilidad de que el juez del concurso solicite el levantamiento de la misma o acuerde la suspensión. Facultades que pueden resultar exorbitantes en la medida de que no tiene sentido reservar la adopción de la medida a un determinado órgano si después el juez del concurso puede remover la misma si entiende que puede ser perjudicial para el concurso. Sería más eficiente que se adopten todas por el Juez del concurso pues de este modo no se producirán discrepancias y la protección de los intereses tutelados mediante el proceso concursal se vería garantizada *ab initio*.

e) Materias que hayan de adoptarse dentro del procedimiento concursal relativas a la Asistencia Jurídica Gratuita.

Se trata de una norma que no atribuye competencia alguna al Juez del concurso que no hace sino una remisión a las normas contenidas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. No se trata de una norma que atribuya el conocimiento de una determinada materia al Juez del concurso, sino una norma de competencia funcional según la cual corresponden al Juez del concurso las cuestiones derivadas de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

¹⁹⁴ GONZALEZ GRANDA, P.: *Op. Cit.*, Madrid, 2008, pág. 91.

Tal norma resulta a todas luces innecesaria. En primer lugar, porque estamos en un artículo que regula la jurisdicción y la competencia objetiva del Juez del concurso y se trata de una atribución de competencia funcional. En segundo lugar, porque la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita es la que establece esa competencia funcional en favor del Juez que conoce del asunto principal en el que se produce la solicitud de asistencia jurídica gratuita.

No obstante y hecha la anterior crítica haremos mención de las atribuciones que corresponden al Juez del concurso en aplicación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, si bien establece el artículo 16 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que la solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso el Secretario que esté conociendo podrá suspender el proceso de oficio o a instancia de parte si aprecia que puede producirse indefensión.

También corresponde al Juez del concurso el conocimiento del recurso que se interponga frente a la denegación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita *ex* artículo 20 de la mencionada ley.

De otra parte, el órgano jurisdiccional puede solicitar al Colegio de Abogados correspondiente la designación urgente de los profesionales que hayan de intervenir con fundamento en el artículo 21 de la precitada Ley.

f) Acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables.

Tal atribución de competencia por razón de la materia pretende que no queden al margen del concurso las reclamaciones de deudas sociales interpuestas frente a socios que responden subsidiariamente de los créditos de la sociedad deudora.

g) Las acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores, por los daños y perjuicios causados a la concursada.

Cuando nos encontramos en un concurso de acreedores de una persona jurídica, los administradores de esta última o en su caso los liquidadores de la misma han podido llevar a cabo una gestión inadecuada provocando daños a la empresa en concurso, del mismo modo que han podido ser ocasionados por actitud negligente o culposa de los auditores, surgiendo en todos estos casos la correspondiente obligación de resarcir los daños a la concursada.

En los anteriores supuestos contemplados en el artículo 8.7 de la LC se otorga una competencia objetiva al Juez del concurso para el enjuiciamiento de las acciones de responsabilidad civil dirigidas frente a los sujetos referidos anteriormente. La *vis attractiva* que opera en estos supuestos tiene toda la razón de ser pues la reparación del daño tiene un carácter claramente patrimonial que interesa al concurso pues puede suponer un incremento de la masa activa.

El artículo se refiere de forma explícita a los daños causados a la persona jurídica concursada, indicando que existirá competencia del Juez del concurso con independencia de que la acción se haya instado con anterioridad a la declaración del concurso. Idea que si bien no se expresa de forma rotunda en el enunciado del artículo 8.7 de la LC, se manifiesta con meridiana claridad en el artículo 51 del mencionado cuerpo legal al establecer que: *“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.”* Por lo que aun cuando hubiera correspondido a otro órgano jurisdiccional, o ya se encontrara conociendo éste último, por efecto de la *vis attractiva* quien va a conocer de dicho proceso será el juez de lo mercantil que conoce del concurso.

B. Competencia funcional del Juez del Concurso.

No existe una regulación específica de la competencia funcional del Juez del concurso. Tal ausencia nos obliga a buscar a lo largo del articulado de la LC normas de competencia funcional.

Con anterioridad hemos tenido ocasión de manifestar que el artículo 8 de la LC, en sede de competencia objetiva, regulaba además de varios supuestos de competencia objetiva, algunos tipos de competencia funcional del Juez del concurso, concretamente las contempladas en los apartados 3º -ejecuciones sobre los bienes del concursado-, 4º – medidas cautelares frente al patrimonio del concursado- y 5º -medidas a adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita-. Además de las anteriores nos encontramos con las siguientes atribuciones de competencia funcional a favor del Juez de concurso:

a) Competencia funcional para el conocimiento de cuantos incidentes se produzcan en el concurso.

Tal y como señala GONZALEZ GRANDA, el artículo 192 de la LC atribuye de forma implícita al Juez del concurso la competencia para el conocimiento de todos los incidentes. Tal idea se desprende del tenor literal del mismo¹⁹⁵ en conexión con el artículo 61 de la LEC¹⁹⁶.

Integrado el vacío regulatorio con la LEC que es norma supletoria no existe duda de que los incidentes concursales son competencia del juez de lo mercantil que se encuentre conociendo del concurso.

b) Competencia funcional para el conocimiento de los recursos.

El conocimiento de los recursos que se produzcan en el seno del proceso es otro de los supuestos típicos de competencia funcional. El artículo 197 se encarga de regular, con carácter general, los recursos existentes en el concurso de acreedores. Haciendo una remisión a las normas generales contenidas en la LEC.

Sin entrar ahora en el análisis de los recursos que será oportunamente tratado más adelante, basta con señalar que el sistema de recursos previstos en la LC es más tasado que el previsto en la LEC tal y como se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos.¹⁹⁷

En lo atinente a los recursos no devolutivos, solo se permiten recurso de reposición frente a las providencias y los autos del juez de lo mercantil que está conociendo del concurso. Dada la tipología del recurso de reposición huelga decir que de conformidad con lo previsto por el artículo 451.2 de la LEC la competencia para

¹⁹⁵ Artículo 192 LC: *Ámbito y carácter del incidente concursal:*

1. 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.

¹⁹⁶ Artículo 61 LEC: *Competencia funcional por conexión:*

Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.

¹⁹⁷ Exposición de Motivos LC, Parágrafo X: *“la celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos, en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación.”*

conocer sobre el mismo es del órgano que dictó la resolución recurrida, esto es, el Juez del concurso.

Los recursos devolutivos existentes en el concurso tienen un tratamiento diferenciado según nos encontremos ante cuestiones pertenecientes al orden jurisdiccional civil o al social.

En los incidentes concursales que traigan causa de la competencia objetiva contemplada en el apartado 2 del artículo 8 de la LC además de los recursos no devolutivos que correspondan en aplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, procede el recurso de suplicación, expresamente previsto, tanto en el artículo 197 de la LC como a lo largo del articulado de la mencionada disposición y cuyo enjuiciamiento corresponde a las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas de conformidad con lo establecido en el artículo 7 apartado d¹⁹⁸ de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

En aquellos supuestos en los que pueda interponerse Recurso de Apelación, la competencia para su enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial correspondiente en aplicación de la previsión contenida en el artículo 82.2.2º de la LOPJ.¹⁹⁹

En lo atinente al Recurso de Casación, únicamente está prevista frente a las sentencias que resuelvan una apelación cuando apruebe o rechace un convenio, declare su cumplimiento o incumplimiento, califique el concurso, resuelva sobre acciones de reintegración o acuerde la conclusión del concurso. Del Recurso de Casación conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo *ex* artículo 56.1º de la LOPJ²⁰⁰

Mención aparte hay que hacer respecto de la previsión hecha en el artículo 197 apartado 8 de la LC relativa a los incidentes concursales de carácter laboral que tengan lugar en los que, además del recurso de suplicación, se “*podrán interponer los demás*

¹⁹⁸ Artículo 7. D de la LJS : “*Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán:*

d) De los recursos de suplicación contra las resoluciones de los jueces de lo mercantil previstos en los artículos 64.8 y 197.8 de la Ley Concursal.”

¹⁹⁹ Artículo 82.2.2º de la LOPJ: “*Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden civil:*

2º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral, debiendo especializarse a tal fin una o varias de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica.”

²⁰⁰ Artículo 56.1º de la LOPJ: “*La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá:*

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la ley.”

recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas". Ello nos conduce a estimar que podrían formularse los recursos de Casación previstos en la LJS y cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala Tercera del Tribunal Supremo *ex* artículo 59 de la LOPJ²⁰¹.

c) Competencia funcional para el enjuiciamiento de la tutela cautelar.

Uno de los caracteres que configuran a lo largo de la historia al concurso es la adopción de medidas de conservación del patrimonio del deudor las cuales se adoptaban junto con la declaración de la quiebra, lo que hace que la tutela cautelar sea objeto de gran interés para el legislador concursal como no puede ser de otro modo.

El artículo 17 de la LC hace referencia a la facultad del Juez del concurso para una vez instada la solicitud de concurso adoptar las medidas cautelares que estime convenientes para asegurar el patrimonio del deudor. La norma hace una atribución directa de la competencia funcional en favor del juez de lo mercantil que conoce del concurso.

Ahora bien, cabría preguntarnos si ¿es posible adoptar medidas cautelares antes de instar la solicitud de concurso? Y en caso de ser afirmativa la respuesta deberemos cuestionarnos la competencia para adopción de medidas cautelares previamente a la interposición de la solicitud de concurso. Para BONET NAVARRO²⁰² sería posible acudir a la solicitud de medidas cautelares previas con fundamento en el artículo 730.2 de la LEC. Igual posicionamiento mantiene al respecto ARIZA COLMENAREJO²⁰³ En el lado opuesto se sitúan GIMÉNEZ RAMÓN y MARCOS COS²⁰⁴ para quienes tal posibilidad no existe al tener que resolverse de forma simultánea a la solicitud de

²⁰¹ Artículo 59 de la LOPJ: *"La Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación y revisión y otros extraordinarios que establezca la ley en materias propias de este orden jurisdiccional."*

²⁰² BONET NAVARRO, A.: "Título Primero – Capítulo II" en AAVV: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Volumen I, Madrid, 2004, pág.182.

²⁰³ ARIZA COLMENAREJO, M.J.: "Medidas cautelares en el proceso de declaración" en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII *Derecho concursal Procesal*, Madrid, 2008, pág. 383.

²⁰⁴ GIMÉNEZ RAMÓN, R. y MARCOS COS, J.J.: "Medidas cautelares, allanamiento, oposición vista" en AAVV *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012, pág. 151.

concurso con fundamento en lo previsto en el artículo 17.1 de la LC. De idéntico parecer es PEITEADO MARISCAL.²⁰⁵

A nuestro modo de entender cualquier acreedor que vaya a instar un concurso necesario podrá instar, si a su derecho conviene, las medidas cautelares previas a la interposición de la demanda con fundamento los artículos 17 de la LC y 730 de la LEC como norma supletoria a la que se refiere el propio artículo 17 de la LC.

En este caso, en aplicación de la regla prevista en el artículo 723.1 de la LEC cuyo tenor literal dispone que *“será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.”*

Por lo que no existe duda al respecto de que la competencia funcional para adopción de las medidas cautelares corresponde al juez de lo mercantil, tanto si se adoptan junto con la solicitud de concurso como si se solicitan con anterioridad a la misma. No obstante, siempre y cuando el que inste la medida vaya a solicitar posteriormente el concurso y las medidas se adopten para garantizar éste corresponderá al juez del concurso. En cualquier otro caso, la competencia correspondería al juez que debiera conocer de la demanda *ex* artículo 723 de la LEC.

d) La competencia funcional para la adopción de las diligencias preliminares.

A la hora de preparar un concurso, como otro proceso cualquiera, puede resultar necesaria la práctica de alguna de las diligencias previstas en el artículo 256 de la LEC. En estos casos la LC no ha hecho previsión alguna al respecto.

Aplicando las previsiones del artículo 257 de la LEC como norma supletoria, nos encontramos con una atribución de competencia funcional en favor del *“juez de primera instancia o de lo mercantil, cuando proceda, del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio”*

Pueden surgir divergencias en los supuestos en los que tratándose de una declaración o exhibición, por ejemplo de un administrador cuyo domicilio radique en

²⁰⁵ PEITEADO MARISCAL, P.: La declaración del Concurso, Navarra, 2005, pág. 140.

una provincia distinta a la mercantil concursada, daría problemas pues se atribuiría a un juzgado de lo mercantil distinto del que debe de conocer del concurso. No obstante a lo anterior, dado de que se trata de una actuación preparatoria no creemos que la práctica de la misma tenga efectos sobre un ulterior proceso concursal más allá de dar el necesario soporte de documental o informativo para su inicio.

Para GONZÁLEZ GRANDA²⁰⁶ lo más correcto es acudir al juzgado de lo mercantil del domicilio de la concursada si difiere del de quien tenga que testificar o exhibir con fundamento en la sanción existente por la falta de competencia territorial que más adelante tendremos ocasión de ver, aunque adelantemos en este punto que consiste en una nulidad radical de lo actuado para que sea el Juez que tiene que conocer del concurso quien decida si entra a conocer de esta diligencia o la remite al juez competente *ex* artículo 257 de la LEC, solución que evitaría una posterior declaración de nulidad.

e) Aseguramiento de prueba.

No debemos olvidar también que la competencia funcional del juez del concurso se extiende también a las diligencias de anticipación y aseguramiento de la prueba tal y como señala la mencionada autora.²⁰⁷ En este sentido la competencia viene atribuida por el artículo 293.2 de la LEC en el caso de la prueba anticipada y por el 297.3 de la citada ley en relación con el aseguramiento de la prueba que no hace sino remitir al anterior.

C. Competencia Territorial.

La competencia territorial del Juez del Concurso se encuentra regulada juntamente con la competencia judicial internacional. Y ello porque tal y como señala HERRERO PEREZAGUA²⁰⁸ el legislador ha estimado que los criterios que sirven para determinar la competencia de los tribunales españoles son igualmente válidos para la determinación de la competencia territorial. Ello supone un mayor esfuerzo interpretativo para los operadores jurídicos que con las mismas reglas han de determinar primero la competencia judicial internacional y después la competencia territorial.

²⁰⁶ GONZALEZ GRANDA, P.: *Op. Cit.*, Madrid, 2008, pág. 112.

²⁰⁷ GONZALEZ GRANDA, P.: *Ibidem*.

²⁰⁸ HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Título primero-Capítulo II” en AAVV *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, G., Volumen I, Madrid, 2004, pág. 133.

a) Las normas de atribución de la competencia judicial internacional.

La materia concursal se presta a la existencia de conflictos entre ordenamientos de distintos estados. Esta problemática encuentra su origen en el fenómeno de la globalización. El ámbito del desarrollo de la actividad comercial de las empresas ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años. Las empresas, espoleadas por políticas de crecimiento y expansión en busca de una consolidación en el mercado y el crecimiento de sus beneficios, tienen establecimientos dispersos por el continente y algunas incluso por el mundo.

Además de los problemas que conlleva a la hora de sujetar sus beneficios al gravamen de los estados, cuando se produce una insolvencia, resultan necesarias unas normas de atribución de la competencia judicial internacional pues la insolvencia trasciende más allá de las fronteras del territorio de un Estado.

Este fenómeno ha provocado que el legislador no haya tenido más remedio que abandonar en parte el criterio de territorialidad y adecuarlo a esta nueva realidad. Precisamente ha sido el legislador comunitario el que ha proporcionado las bases sobre las que descansa la competencia judicial internacional en materia de insolvencias en toda la Unión Europea mediante la aprobación del Reglamento (CE) 1346/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia.

El precitado Reglamento regula la competencia judicial internacional en su artículo 3 cuyo tenor literal es el siguiente del que derivan distintas competencias judiciales internacionales:

- Competencia judicial internacional para la apertura del concurso principal

Establece el artículo 3 del mencionado Reglamento que: *tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor.*

Nos encontramos aquí con la denominada competencia judicial internacional para la apertura de un concurso principal. Si bien el Legislador nacional podría haber traspuesto dicha norma a la LOPJ, lo hace directamente a la LC estableciendo una remisión en el artículo 22. Septies de la LOPJ a la LC.²⁰⁹ El artículo 10 de la LC adecúa

²⁰⁹ Artículo 22 Septies de la LOPJ: “*En materia concursal y demás procedimientos de insolvencia se estará a lo que disponga su legislación reguladora.*”

nuestro ordenamiento el artículo 10 del precitado Reglamento: *la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales.*

Por consiguiente, la competencia judicial internacional vendrá atribuida a juez de lo Mercantil del territorio en el cual el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Se pone de manifiesto que se trata de una norma de atribución de la competencia judicial internacional y territorial dado que la atribución de la competencia judicial internacional se fija mediante un criterio territorial.

La siguiente cuestión que hemos de plantear es ¿Qué se entiende por el centro de los intereses principales del deudor? Para responder a este interrogante el propio Reglamento (CE) 1346/2000 para los supuestos de personas jurídicas y de sociedades establece una presunción *iuris tantum* fijando como tal el domicilio social²¹⁰. El Reglamento deja un resquicio de duda en lo atinente a cuál es el centro de intereses principal del deudor cuando este sea persona física.

El legislador nacional, por el contrario, sí que se ha preocupado de definir, en el Artículo 10 de la Ley Concursal, el centro de los intereses principales y lo define como “aquel lugar en el que el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de los mencionados intereses.” Definición esta que abre la puerta para que, en aquellos supuestos en los que se ejerce una actividad de forma habitual reconocible por terceros en varios puntos puedan surgir dudas sobre el lugar desde el cuál se administra. Aunque esta es una cuestión que abordaremos a renglón seguido cuando nos encarguemos de la competencia territorial del Juez del Concurso.

- Competencia judicial internacional para el conocimiento de un concurso territorial.

Siguiendo con el análisis de la competencia judicial internacional que nos ocupa hemos de poner de manifiesto que, con carácter general, el órgano que tiene atribuida la competencia principal para el conocimiento del concurso excluye la competencia de cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de un estado miembro para abrir un nuevo procedimiento de insolvencia principal. Como excepción a la anterior norma, iniciado el

²¹⁰ Artículo 3 Reglamento (CE) 1346/2000: “1. ... Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.”

concurso principal, los órganos jurisdiccionales de un tercer estado miembro tienen competencia judicial internacional para conocer del denominado concurso territorial en aquellos casos en los que el deudor posea un establecimiento en dicho estado. Este procedimiento tiene un carácter constreñido a aquellos bienes que se encuentran en territorio del órgano jurisdiccional en el que el deudor tiene un establecimiento abierto al público y que no es núcleo de su actividad empresarial.

Las limitaciones de este tipo de concursos se establecen en el artículo 3.4 del Reglamento (CE) 1346/2000 y son:

1. Que una vez instado un procedimiento principal, el territorial tendrá carácter secundario de aquél y se limitará a operaciones de liquidación.²¹¹
2. Si el procedimiento principal no ha sido instado, solo podrá abrirse cuando o no pueda iniciarse el procedimiento principal en el estado con competencia judicial internacional para ello porque no se dan las condiciones contempladas en su legislación²¹² o cuando la insolvencia haya sido instada por un acreedor con domicilio en el estado en el que se encuentre la sede del deudor o su crédito derive frente a esta última²¹³.

De cuanto acabamos de exponer se pone en evidencia que, los supuestos que permiten la apertura de un concurso territorial atribuyendo una competencia judicial internacional a otros órganos jurisdiccionales, al margen de quien deba conocer del concurso principal, son muy tasados, lo que sin duda supone un acierto garantizar la universalidad del concurso principal, pues una ampliación de las competencia judicial internacional desmembraría, el concurso en diversos Estados difuminando la nota de universalidad y dificultando la finalidad del mismo.

²¹¹ Artículo 3.3 Reglamento (CE) 1346/2000: “Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1 cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 2 será un procedimiento secundario. Dicho procedimiento deberá ser un procedimiento de liquidación.”

²¹² Artículo 3.4 Reglamento (CE) 1346/2000: “Con anterioridad a un procedimiento principal de insolvencia en aplicación del apartado 1, un procedimiento territorial de insolvencia basado en el apartado 2 solo puede abrirse en uno de los casos siguientes:

a) si no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia a tenor de las condiciones establecidas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor;

b) si la apertura de un procedimiento territorial de insolvencia ha sido solicitada por un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.”

²¹³

Nos encontramos con el hecho de que un presupuesto procesal como es la competencia judicial internacional, en los concursos con implicación de varios Estados miembros, resulta clave para garantizar el buen fin del concurso.

El legislador nacional en el artículo 10.3 de la LC adapta nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria otorgando la competencia judicial internacional al juez de lo mercantil para el conocimiento del concurso territorial²¹⁴ en los términos anteriormente expuestos del Reglamento (CE) 1346/2006.

En cuanto a la universalidad del concurso principal se deriva de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento (CE) 1346/2000, que establece que toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia será reconocida en todos los Estados miembros, en conexión con el artículo 3 de la precitada norma. En síntesis declarado el concurso principal, tiene efectos en todos los Estados miembros y ninguno puede iniciar otro procedimiento de insolvencia salvo que se den los requisitos para abrir un concurso territorial.

El legislador nacional se refiere a la nota de universalidad del concurso en el artículo 10 de la LC en los términos siguientes: *“los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará "concurso principal", tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo III del título IX de esta ley.”*

Podemos concluir que la competencia judicial internacional viene dada por la LC que la adecúa al derecho comunitario que resulta de aplicación y por este motivo el juez de lo mercantil podrá conocer bien de un concurso principal o territorial según los supuestos enunciados en el artículo 10, ostentando una competencia universal en el primero de ellos que permite dirigirse frente a la totalidad del patrimonio del deudor,

²¹⁴ Artículo 10.3 de la LC: *“Si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante. Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.*

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará "concurso territorial", se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España. En el caso de que en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo IV del título IX de esta ley.”

con independencia del Estado miembro en el que se encuentre y con una competencia limitada a los bienes existentes en el territorio del Estado si se trata de un concurso territorial.

Atendiendo a la inoperatividad de las normas relativas a la competencia judicial internacional que acabamos de exponer no sorprende en modo alguno que se imponga un examen de oficio de la competencia del juez de lo mercantil *ex* artículo 10.4 de la LC²¹⁵.

b) Competencia territorial.

Partiendo del Artículo 10 de la LC que ya hemos tenido ocasión de examinar al hilo de la competencia judicial internacional, ya habíamos señalado que la competencia territorial se fija atendiendo a unos criterios de territorialidad los cuales resultan los mismos para identificar cuál de los distintos Juzgados de lo Mercantil existentes en el territorio es el competente para conocer del concurso.

En base a los criterios anteriormente expuestos será competente el juzgado de lo mercantil donde el deudor tenga el centro de sus intereses, que como ya quedó expuesto, es el lugar donde el deudor lleva a cabo una actividad de forma habitual y reconocible por terceros y que tratándose de sociedades o personas jurídicas se presume, salvo prueba en contrario, que es el domicilio social.

Nuestra legislación contempla un fuero alternativo a elección del demandante para el supuesto de que el deudor tenga en España su domicilio. En este caso, si el domicilio no coincide con el centro de sus intereses el actor podrá instar el concurso bien ante el juez de lo mercantil del lugar donde radique el centro de los intereses del deudor o bien ante el mencionado órgano jurisdiccional del domicilio del deudor.

En principio está claro que la alternativa opera en el concurso necesario al ser una elección concedida al demandante. Surge la duda de si en un concurso voluntario el deudor con domicilio en España puede optar por instar el mismo en su domicilio en caso de que difiera con el centro de intereses. La doctrina no es unánime ante esta cuestión, así CORDÓN MORENO²¹⁶ señala que puesto que es una facultad reconocida de forma expresa al demandante, no puede hacerse extensible al deudor en el concurso

²¹⁵ Artículo 10.4 LC: “*El juez examinará de oficio su competencia y determinará si ésta se basa en el apartado 1 o en el apartado 3 de este artículo.*”

²¹⁶ CORDÓN MORENO, F., *Op. Cit.*, Navarra, 2013, págs. 63 y 64.

voluntario. En sentido contrario se muestra FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A.:²¹⁷ que entiende que la facultad de elección puede ser ejercitada por el deudor en el concurso voluntario.

En nuestra opinión, considerando que la competencia territorial es un fuero imperativo hemos de estar al tenor literal de la norma por lo que entendemos que la facultad de poder optar por el fuero del domicilio del deudor solo la tiene atribuida el actor del concurso necesario.

Es posible, dada la existencia de los fueros alternativos, que se produzca el supuesto de que un acreedor inste la declaración ante el juez de lo mercantil del centro principal de los intereses del deudor y que otro acreedor inste la declaración de concurso en el domicilio del deudor. Para este tipo de supuestos el legislador ha previsto la competencia en favor del órgano jurisdiccional que conozca primero del concurso *ex* artículo 10.2 de la LC²¹⁸.

3. La nueva competencia del Juez de Primera Instancia introducida por la Ley Orgánica 7/2015.

La reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio que acaba de entrar en vigor el día 1 de octubre de 2015 ha introducido una reforma de gran calado en lo relativo a la competencia del Juez del Concurso.

Dicha reforma ha consistido en añadir al artículo 85 de la LOPJ un nuevo apartado, el número 6, que ha quebrado uno de los elementos característicos del proceso concursal como era la competencia exclusiva y excluyente del juez de lo mercantil para conocer del concurso, al disponer el mencionado precepto que el Juzgado de primera instancia es competente para conocer de los concursos de la persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora; ¿Podía ser el primer paso para volver a la doble legislación para comerciantes y no comerciantes? Es pronto aún

²¹⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., “Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario”, en Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, 2004, págs. 73 y ss.

²¹⁸ Artículo 10.2 LC: “*Si se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud.*”

para resolver este interrogante y habrá que ver cuál es el impacto a la hora de aplicar esta nueva regulación.

El artículo 86.ter de la citada norma ha sido modificado a fin de adecuarse a la anterior previsión en el sentido de que los Jueces de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6 de la LOPJ.

A. La motivación de la reforma.

Lo primero que nos debemos de plantear ante una modificación de tal calado es acerca de los motivos que han llevado al Legislador a optar por este cambio de criterio. Y en este orden de cosas nos encontramos que en la Exposición de Motivos no se hace ninguna alusión directa a esta atribución de competencia. Ello puede resultarnos indiciario sobre la relevancia que dicha reforma ha podido merecer para el Legislador, que no ha debido de ser sido mucha, pues en ese caso bien podría, cuando menos, hacer una mínima alusión en la Exposición de Motivos.

El Proyecto de Ley, en la redacción dada por la Comisión, en lo relativo al artículo 85.6 y al 86 ter ha permanecido inalterado durante toda su tramitación y sin ser objeto de especial debate durante la misma, lo que no hace sino redundar en la idea de que para el Legislador se ha tratado de una reforma que no ha sido merecedora de un especial interés.

Cabe mencionar la posición contraria a esta modificación mantenida por el Grupo Socialista en su enmienda número 227 según la cual no procede la modificación al ser contraria al discurso de especialización que recoge la propia Ley Orgánica.

Durante el debate a la totalidad que tuvo lugar en el Senado, por el Senador Montilla Aguilera perteneciente al Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya, se hizo alusión a esta cuestión, postulándose en contra de la reforma propuesta al entender que debían ser los Juzgados de lo Mercantil quienes conociesen de los concursos de las personas físicas que no fuesen empresarios. Esta es la posición que recoge este grupo en sus enmiendas.

Ante el silencio de la Exposición de Motivos y la ausencia de una defensa en sede parlamentaria que nos brinde la idea del Legislador nos hemos atrevido a elaborar una hipótesis, previo el descarte de alguna posible motivación.

Ab initio debemos descartar que se pretenda una mejor protección de los consumidores. En primer lugar porque la norma no alude de forma expresa a la condición de consumidor que, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, también las personas jurídicas pueden ser consumidores cuando actúan en un ámbito ajeno a su actividad del mismo modo que las personas físicas pueden no ser consumidoras cuando actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Es por esto que podría afirmarse que el Legislador ha evitado adrede emplear el término consumidor.

En segundo lugar, resulta absurdo pensar que un Juzgado de primera instancia pudiese resultar más idóneo para tutelar los intereses de los consumidores y usuarios y mucho menos cuando se trata de una materia especial de la que dicho juzgado no ha conocido hasta la fecha y respecto a la cual hay un órgano jurisdiccional, el juzgado de lo mercantil, cuyo titular está especializado en dicha materia, dada su especial complejidad, por lo que, a todas luces, este último resultaría más idóneo objetivamente para alcanzar una tutela más efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios.

Descartada la anterior, la única razón que pudiera asistir al Legislador no es otra que la de descargar de trabajo a los Juzgados de lo Mercantil, los cuales se encuentran absolutamente colapsados por las demandas relativas a las condiciones generales de contratación que se han generalizado en los últimos años, unidas al gran número de concursos que se vienen tramitando desde la crisis económica.

Dicha finalidad iría más sintonía con una pretendida disminución de la carga de trabajo del juzgado de lo mercantil que si viene recogida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2015 de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su Exponendo III es del tenor literal siguiente “Se incluye también un conjunto de medidas para lograr una mayor agilización y especialización en las respuestas judiciales, cuyo objetivo es doble: de un lado, acabar con los problemas de retraso que existen en algunos órganos jurisdiccionales y, de otro lado, incrementar la calidad de la respuesta ofrecida al ciudadano. De este modo, para conseguir una mayor flexibilidad en la organización judicial se introducen distintas medidas con las que se pretende alcanzar un mejor reparto de asuntos entre Juzgados, una resolución especializada de aquéllos que por su volumen exijan de respuestas específicas y una agilización de la instrucción de aquellas causas que por su complejidad así lo requieran”

Esta motivación habría de descansar en una premisa según la cual, al tratarse de una persona física no empresaria, el concurso apenas va a revestir complejidad dado que es presumible que no existan un gran número de acreedores y tampoco van a existir relaciones laborales o un patrimonio empresarial que liquidar o refinanciar para continuar con la actividad.

El elemento empresarial necesariamente reviste complejidad, desde el punto de vista de los acreedores implica proveedores, trabajadores, deudas con la Seguridad Social y con Hacienda. Del mismo modo, determina igualmente varias de las competencias que tienen lugar en virtud de la vis atractiva.

Más concretamente el elemento empresarial determina la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección en virtud del artículo 8 apartado 2º de la LC.

Igualmente determina la competencia para el conocimiento de las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora de conformidad con el artículo 8 apartado 6º de la citada norma así como las acciones por daños contra administradores liquidadores o auditores contemplada en el apartado 7º del citado artículo.

Todo ello sin entrar a valorar la complejidad de los acuerdos de refinanciación a los que pueda haber lugar o en lo relativo a la liquidación de la empresa, cuestiones que resultan laboriosas y complejas.

La más que presumible ausencia de complejidad al no estar presente el elemento empresarial, serviría como fundamento al Legislador para atribuir su conocimiento a los Juzgados de Primera Instancia descargando de trabajo al juzgado de lo mercantil. Ahora bien, no puede pasarse por alto el hecho de que existe una cierta contrariedad con la propia finalidad de la reforma recogida en el texto anteriormente transcrito de la Exposición de Motivos en el que se alude además de al problema de la saturación a lograr una mejor especialización, objetivo del que obviamente se aleja con esta reforma.

En cualquier caso, el Legislador ha tomado partido en esta cuestión por la optimización del reparto en los asuntos en claro detrimento de la especialización tan propugnada cuando se llevó a cabo la creación del juzgado de lo mercantil.

B. Consecuencias y problemas que plantea la nueva regulación.

De conformidad con la nueva redacción del artículo 85.6 de la LOPJ y la consecuente modificación del artículo 86.ter de la LOPJ el conocimiento de los concursos de las personas naturales que no sean empresarios es competencia del juzgado de primera instancia desplazando, en estos supuestos la competencia del juez de lo mercantil.

La consecuencia más relevante a nuestro parecer que tiene lugar es la quiebra de uno de los pilares sobre los que se había asentado la Ley Concursal: la competencia para el conocimiento del concurso que era atribuida de forma exclusiva y excluyente a los Juzgados de lo Mercantil.

Tomando como punto de partida la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal del año 2003 se evidencia la grave contradicción que supone la modificación recientemente operada.

En primer lugar y de modo arto evidente, se dinamita el principio sobre el que descansa la creación de los Juzgados de lo Mercantil, según el cual, atendida la singularidad del proceso concursal y el efecto de *vis attractiva* se consideraba del todo punto necesario que el Juez del concurso tuviera una especialización que le permitiese abordar con éxito su competencia general y aquellas derivadas de la *vis attractiva*.

Del mismo modo se esfuma el otro gran fundamento en la creación de estos órganos como fue la homogeneización para lograr una mayor seguridad jurídica tratando de evitar resoluciones contradictorias. Por poner un ejemplo que ilustre la cuestión, solo en Madrid hay 14 juzgados de lo mercantil frente a los 101 de primera instancia. La reforma va a multiplicar las resoluciones en materia concursal y el gran número de Juzgados de Primera Instancia sin duda es un terreno abonado para que se produzcan resoluciones contradictorias entre ellos.

Otro problema que puede tener lugar es que se multipliquen los conflictos de competencia. Hasta ahora el juez de lo mercantil era el único competente para conocer del concurso, ahora, al ser también competente el juez de primera instancia pueden plantearse los conflictos de competencia.

Si bien no es posible que se den estos problemas cuando se trate de empresas, no es menos cierto que la delimitación de la competencia efectuada tiene una cierta carencia, que no es otra que la de no aclarar qué pasa con las personas físicas

profesionales y no empresarias. Los profesionales que sean personas físicas, ¿deben de quedar incluidos en el concepto de persona natural no empresaria? Prima facie y atendiendo al tenor literal de la norma la respuesta deberá ser afirmativa quedando incluidos en tal concepto. Esto complica los planteamientos examinados porque una persona física puede ser un profesional, y sin tener una empresa puede tener personas a su cargo y con ello dejaría de existir la falta de complejidad que se erige como elemento clave en la atribución de esta competencia al Juzgado de primera instancia.

Para evitar los posibles conflictos de competencia, sería conveniente que en posterior desarrollo legislativo del artículo 85.6 de la LOPJ que se de en Ley Concursal se añada una definición de qué se entiende por persona natural no empresaria.

C. La necesaria reforma de la Ley Concursal.

La entrada en vigor de la reforma del artículo 85.6 y 86 ter, ambos de la LOPJ, requiere de la necesaria adaptación de la Ley Concursal, concretamente requiere que se modifique su artículo 8 para contemplar la competencia del Juez de primera Instancia para conocer de los concursos de las personas naturales no empresarios.

Igualmente, en la necesaria reforma de la Ley Concursal no estaría de más que se modificara el artículo 10 de la citada norma para crear un foro de competencia territorial específico para los deudores personas naturales no empresarios en el sentido que no tenga cabida el fuero alternativo del centro de intereses principales quedando restringido al fuero general del domicilio del deudor.

Resulta llamativo el hecho de que la Ley Concursal haya sido modificada recientemente y que no se hayan contemplado las necesarias modificaciones a las que nos acabamos de referir. El Legislador ha dejado pasar la oportunidad en la reforma que modificó la Ley Concursal con fecha de 2 de octubre de 2015.

En relación a las sucesivas reformas de la Ley Concursal hemos de mostrar nuestra disconformidad sobre la que entendemos que es una deficiente técnica legislativa y de la cual se viene abusando en las últimas legislaturas, la cual consiste en realizar sucesivas modificaciones al articulado de la norma a través de disposiciones adicionales de otras normas que no guardan relación alguna con la materia. Concretamente solo en el año 2015 se han producido siete modificaciones en la Ley Concursal.

Ello redundaría en una manifiesta inseguridad jurídica para los operadores jurídicos que deben asegurarse de que el texto de la ley no ha sido reformado por cualquiera de las leyes que, a diario, son promulgadas. En este sentido entendemos que dado que en la legislatura de 2015 se realizó una reforma específica de la Ley Concursal por medio de la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal en el mes de mayo, fecha en la que ya se encontraba en tramitación la reforma de la LOPJ, lo más prudente hubiese sido esperar hasta la aprobación de la Ley Orgánica e incorporar en la Ley de medidas urgentes en materia concursal los cambios relativos a la competencia para el conocimiento del concurso de las personas naturales no empresarias.

A la vista de cuanto llevamos expuesto, a nuestro modo de entender, la reforma ha tenido lugar de un modo apresurado tal y como demuestra el hecho de que los artículos de la LOPJ modificados se encuentran en vigor y no existen las disposiciones necesarias en la Ley Concursal para su aplicación.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta la Disposición Adicional Séptima relativa a las normas procesales, establece un plazo de un año en el que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para su tramitación, plazo que a día de la fecha no se ha cumplido.

El Gobierno podría haber retrasado la tramitación parlamentaria de la Ley de medidas urgentes en materia concursal Ley 9/2015 hasta la promulgación de la LOPJ y, de este modo, quedar la reforma procesal de la Ley Concursal concluida en la legislatura anterior.

D. Conclusiones en relación a la reforma operada.

Podemos atrevernos a concluir que el otorgamiento de la competencia objetiva para el conocimiento del concurso de las personas naturales no empresarias a los Juzgados de Primera Instancia se trata de una medida un tanto precipitada cuya única finalidad es la de descargar de trabajo al juzgado de lo mercantil.

Esta descarga se realiza sustrayendo una competencia que implica una quiebra con los principios que determinaron, ni más ni menos, la creación de este órgano jurisdiccional, principios tales como la necesaria especialización y la homogeneización de criterios para evitar las sentencias contradictorias.

Del mismo modo, hemos de concluir que esta previsión legal puede quedar justificada en la medida que este tipo de concursos no van a revestir una mayor

complejidad que exija de la especialización de los titulares del órgano jurisdiccional por no existir empresa y, en consecuencia, no entrar en juego la vis atractiva sobre materias laborales complejas o sobre materias de índole societaria.

En idéntico sentido, tampoco la tramitación se presume compleja puesto que lo normal en la insolvencia de una persona física no empresaria es que tenga pocos acreedores.

En último lugar puede concluirse que la reforma afecta los principios inspiradores de la propia Ley Concursal (unidad legal y disciplina) en el sentido de hacer una distinción entre empresarios y personas físicas (similar a la de comerciantes y no comerciantes) y, de un modo más flagrante, al principio de unidad de sistema al modificar el proceso que había sido concebido como único y cuyo conocimiento quedó encomendado a órganos especializados. ¿Podría conducirnos esto a una ruptura total con los anteriores principios y volver al sistema anterior con una quiebra para empresarios y a un concurso para personas físicas? ¿o simplemente se trataría de acomodar mejor, situaciones muy dispares para evitar efectos adversos de los anteriores principios?

Habrá que esperar a que se adopten las correspondientes previsiones legales en la Ley Concursal y que comiencen a aplicarse para poder determinar el verdadero alcance de la reforma y en qué puntos resulta positiva y en cuáles no.

4. El tratamiento procesal de los presupuestos procesales de la jurisdicción y la competencia

Una vez analizados detalladamente los presupuestos procesales de jurisdicción y de competencia, es el momento para examinar el tratamiento procesal de los mismos. No es necesario un análisis exhaustivo de la Ley Concursal para darnos cuenta de que es ésta una cuestión que no ha sido suficientemente regulada. De hecho, esta cuestión es objeto de una crítica unánime por la doctrina.²¹⁹

En el texto articulado de la Ley Concursal, encontramos solo dos referencias a estas cuestiones. La primera de ellas en sede de competencia territorial, cuando establece el artículo 10.4 que “*el juez examinará de oficio su propia competencia y*

²¹⁹ Entre otros autores que mencionan la falta de regulación: VILA FLORENSA, P.: “Artículo 12” en AAVV *Proceso Concursal*, Coordinador SALA REIXACHS, A. Barcelona, 2013.

determinará si esta se basa en el apartado 1 o en el apartado 3 de este artículo”. La segunda referencia que encontramos es en el artículo 12 cuando prevé el mecanismo de la declinatoria para que el deudor pueda plantear la cuestión de competencia territorial.

Sin entrar ahora en el análisis de la declinatoria a la que nos referiremos a renglón seguido con mayor detalle, nos centraremos ahora en el control de oficio de la competencia.

A. El control de oficio de la competencia

Resulta del tenor literal del artículo 10.4 que el juez deberá examinar de oficio su propia competencia territorial. Lo cual es perfectamente correcto. Ahora bien, ¿quiere esto decir que la única competencia que debe controlar de oficio es la territorial? O por el contrario, ¿Deberá comprobar de oficio también su jurisdicción y la competencia objetiva y funcional? De lo que no cabe duda, es que la cuestión ha quedado en el aire y que por ello la doctrina no carece de razón cuando manifiesta la falta de tratamiento que la Ley Concursal dispensa a la cuestión del control de oficio de la competencia objetiva.

Veamos pues qué tratamiento deberá recibir la falta de competencia objetiva y funcional y cómo deberá proceder el órgano jurisdiccional para denunciar la falta de las anteriores, debiendo acudir para ello a la Ley de Enjuiciamiento Civil como derecho supletorio en virtud de la Disposición Final Quinta de la LC.

Como venimos advirtiendo el legislador ha regulado el tratamiento procesal de la falta de competencia territorial, de forma que plantea interrogantes, de hecho, el artículo 10.5 de la LC dispone que el juez examinará de oficio su propia competencia, pero está en sede de competencia territorial y competencia judicial internacional, con lo cual la doctrina se pregunta y con razón si el legislador quiso referirse al control de la competencia internacional, si quiso referirse al control de la competencia territorial o a ambas.

Nosotros en este punto compartimos la interpretación hecha por algunos autores como HERRERO PEREZAGUA²²⁰ y GONZÁLEZ GRANDA²²¹, y entendemos que el control de oficio se extiende tanto sobre la competencia judicial internacional como sobre la competencia territorial. Pero podemos ir más allá. Podríamos considerar el

²²⁰ HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Título primero-Capítulo II” en AAVV *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, G., Volumen I, Madrid, 2004, pág. 141

²²¹ GONZÁLEZ GRANDA, P., *Op. Cit.*, pág. 114

mandato de examinar su competencia de oficio incluyendo aquí también la objetiva, pues esta interpretación no entraría en contradicción con el artículo 10 de la LC.

Para una mejor sistematización vamos a analizar separadamente el tratamiento procesal de la falta de competencia objetiva, territorial y la falta de jurisdicción.

a) El control de oficio de la competencia objetiva.

Como ya hemos venido exponiendo, la Ley Concursal no dice nada al respecto del control de oficio de la competencia objetiva, salvo que interpretemos la primera parte del artículo 10.4 como un mandato genérico al juez para que controle de oficio su propia competencia incluyendo, por consiguiente, la competencia objetiva, la funcional y la territorial.

Ante la falta de una regulación que diga cómo operará el control de oficio de la competencia objetiva, buscaremos una solución interpretativa atendiendo básicamente a criterios de analogía. Necesariamente debemos de partir de que se trata de una materia indisponible y por tanto deberá ser controlada de oficio por el tribunal.

La falta de competencia objetiva tiene un campo de acción más reducido que en el proceso civil porque la competencia objetiva en el ámbito del proceso civil puede venir determinada por razón de la materia, por razón de la cuantía y por el procedimiento. El proceso de declaración del concurso corresponde únicamente al juez de lo mercantil, salvo la novedosa atribución al juez de primera instancia para el concurso de personas físicas no comerciantes.

Para ello el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda de solicitud del concurso deberá declarar de inmediato su falta de competencia de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para declarar la falta de competencia dará audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes por plazo común de diez días.

Oídas éstas, el órgano jurisdiccional dictará una resolución que revestirá la forma de auto mediante el cual, el órgano jurisdiccional, se abstendrá de conocer y señalará que el competente para conocer es el juzgado de lo mercantil.

Frente a este auto, establece el artículo 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que cabrá interponer Recurso de Apelación, pues se trata de una resolución que pone fin al

proceso, debiendo interponerse el mismo, de conformidad con el artículo 458 del mencionado cuerpo legal, en el plazo de 20 días desde que se notificó el auto.

Cuestión que se torna más compleja cuando la competencia que se vulnera es la competencia derivada de la *vis attractiva* regulada en los apartados 1º a 7º del artículo 8 de la LC y ello sin entrar a valorar el hecho de que se trate de la vulneración de una norma de competencia objetiva o funcional.

En estos supuestos en los que opera la *vis attractiva*, es posible que el órgano jurisdiccional no tenga conocimiento de que existe un concurso de acreedores seguido contra una de las partes y, al desconocer esta circunstancia, no pueda declarar de oficio *ab limine* su falta de competencia, pudiendo tener lugar un conflicto de competencia. Ahora bien, esto no cambia en nada lo que hemos dicho hasta aquí pues el tenor literal del artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el siguiente, “*la falta de competencia objetiva se apreciará, de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto*” es decir que en cualquier momento en el que el juez tenga conocimiento de que carece de competencia objetiva porque ha operado la *vis attractiva*, deberá abstenerse de conocer de la forma que acabamos de describir.

Se plantea aquí el interrogante acerca de cómo debe interpretarse el precepto, más concretamente, si puede tratarse de cualquier conocimiento aunque sea propio, o si debe de venir de un tercero y en este supuesto, éste debe de ejercitar algún tipo de acto procesal para ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional que debe de declararse incompetente.

El problema que se plantea es que tampoco tenga conocimiento el acreedor de que existe dicho procedimiento y cabe la posibilidad de que este se desarrolle y termine con una sentencia que luego produzca efectos negativos sobre el concurso. Se trata de un supuesto más bien de laboratorio pues el deudor siempre tiene interés en paralizar cualquier procedimiento y que los acreedores concurran al concurso. En el hipotético supuesto de recaer una sentencia la misma podría ser objeto de una Revisión de Sentencia al haberse producido una causa de nulidad. Lo cual causa graves perjuicios para las partes, pues la parte podría haber decidido ejercitar la acción si conociera la existencia del concurso de acreedores.

El problema no es por tanto un problema de regulación legal, pues en la ley se regula un procedimiento para que el juez una vez conozca su incompetencia se abstenga

de conocer, se trata más bien de un problema de tipo práctico. Por razones prácticas no puede exigirse a todos los órganos jurisdiccionales que verifiquen que no se ha publicado en el BOE el concurso de ninguna de las partes litigantes. Deberá ser la parte actora quien investigue la situación patrimonial de la demandada y verificar que no se encuentre en concurso si se quiere evitar que el proceso pueda ser declarado nulo con posterioridad

En la práctica, suele ser la parte a la que beneficia el efecto de *vis attractiva* quien comunica al órgano jurisdiccional que está teniendo lugar un concurso de acreedores, normalmente será la parte deudora, pues se beneficia de un efecto procesal de gran importancia como es la suspensión de las ejecuciones singulares que se encontraran en curso en el momento de la declaración como tendremos ocasión de examinar más adelante.

b) El control de oficio de la competencia funcional.

Cuando vimos la competencia derivada de la *vis attractiva* en apartados anteriores de nuestra investigación advertimos el problema que la doctrina tenía a la hora de clasificarla, en competencia objetiva o en competencia funcional. Dijimos que a efectos prácticos eran semejantes, pues tanto una como otra se trata de normas imperativas que no son derogables por la voluntad de las partes y que unas y otras eran controladas de oficio por el tribunal.

Pero si bien es cierto que existe semejanza, la cosa es que la normativa aplicable para declararse incompetente por falta de competencia funcional es distinta de la que acabamos de referir para la ausencia de competencia objetiva. No emplearemos las normas del artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que deberemos aplicar las normas contenidas en los artículos 61 y 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 62 se refiere a la apreciación de oficio para conocer de un recurso.

En nuestra opinión, partiendo de la calificación que hicimos según la cual algunas de las competencias derivadas de la *vis attractiva* eran una atribución de competencia funcional que no objetiva, deberíamos aplicara las primeras, por analogía, las normas del artículo 62 y no las del artículo 48 que permite apreciar la falta de competencia objetiva.

Una vez que este tribunal advierta la incompetencia, al corresponder la competencia funcional de forma exclusiva y excluyente al juez de lo mercantil, dará

audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días transcurridos los cuales dictará un auto absteniéndose de conocer. De manera que en este supuesto solo se abstiene de conocer, no dice a las partes cuál es el órgano jurisdiccional que debe de conocer del asunto, como ocurría con el control de oficio de la competencia objetiva. Frente a este auto podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de 5 días.

De aquí extraemos una diferencia notable, y es que resulta que si vamos a recurrir en apelación un auto por falta de competencia objetiva el plazo será de 20 días, mientras que si lo que se recurre es un auto por falta de competencia funcional el plazo para presentar el recurso de apelación será de 5 días. De manera que una cuestión que podría resultar superflua fuera de una óptica procesalista cobra gran importancia práctica. Todo dependerá de que el órgano jurisdiccional califique la falta de competencia como objetiva o como funcional.

c) La apreciación de oficio de la competencia territorial.

No existe duda acerca de que el legislador establece un control de oficio de la competencia territorial *ex* artículo 10.4 de la LC. Ese control de oficio no es distinto del que hemos hecho referencia anteriormente. El juez de lo mercantil que conozca de un concurso de acreedores examinará su competencia territorial y podrá mediante auto declararse incompetente territorialmente previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

d) El conflicto de competencias derivado del control de oficio

Cuando los órganos jurisdiccionales decretan la falta de competencia o se declaran competentes, la anterior declaración puede tener lugar de oficio o a instancia de parte pudiendo provocar un conflicto de competencia, porque o bien dos órganos se entiendan competentes para conocer o bien ninguno se declare competente, huelga decir que el primer caso se produce el conflicto positivo y en el segundo el negativo.

Como venimos exponiendo con motivo de la creación de los Juzgados de lo Mercantil, se ha añadido un nuevo órgano jurisdiccional al Orden Jurisdiccional Civil. Esto en sí, no resulta especialmente problemático puesto que se crean para atribuirles el conocimiento en bloque de una determinada materia: el concurso de acreedores, dado que solo ellos tienen atribuido el conocimiento de este tipo de asuntos no es posible que tenga lugar un conflicto de competencias, salvo en lo relativo a la territorial, en la que es

factible que dos Juzgados de lo Mercantil lleguen a conocer del mismo concurso si el domicilio del deudor y el centro de intereses no coinciden.

El problema suele acontecer con las denominadas competencias derivadas de la *vis attractiva*, pues estas determinadas atribuciones entran dentro de la competencia, bien objetiva, bien funcional de otros órganos jurisdiccionales del Orden Jurisdiccional Civil. Con lo cual, tenemos servido el conflicto de competencias.

De conformidad con el artículo 8 de la LC la competencia del juzgado de lo mercantil es exclusiva y excluyente, de modo que desplaza la competencia de los Juzgados de Primera Instancia que debieran de conocer en base a su competencia. Estos deberán dejar de conocer en cuanto conozcan de la existencia de un concurso de acreedores de conformidad con el artículo 50 de la LC.

Debemos detenernos un segundo en esta cuestión para decir que, si bien es correcto el contenido del artículo 50 de la LC, no está regulado en el texto normativo que corresponde. Lo lógico y lo más correcto es que esta norma que contiene un mandato de abstención destinado a todos los órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional civil estuviese contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil, del mismo modo que se ha hecho con el tema de los Juzgados de violencia sobre la mujer en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil. Sin duda alguna en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento operada por la Ley 37/2011 y en las sucesivas reformas que han tenido lugar ha perdido el legislador una ocasión idónea para regular esta cuestión.

Como quiera que sea, al existir la posibilidad de que se produzca un conflicto de competencia, debemos ver los mecanismos existentes para solucionar la cuestión. De nuevo la Ley Concursal guarda un silencio total acerca de esta cuestión, de manera que deberemos aplicar las normas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este caso, establece el artículo 51.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los conflictos de competencia que surjan entre órganos jurisdiccionales del mismo orden jurisdiccional deberán resolverse por el superior jerárquico común. Lo que en la mayoría de los casos resultará la Audiencia provincial, pero que en otras ocasiones puede resultar que sea la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia o incluso la Sala Primera del Tribunal Supremo.

B. La denuncia de parte de los presupuestos procesales de jurisdicción y de competencia. La declinatoria.

La regulación de la declinatoria viene contemplada en el artículo 12 de la LC. Establece el mencionado precepto que “*el deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para plantear la declaración de concurso.*”

De la regulación legal, se desprende, *prima facie*, un primer interrogante, ¿Solo cabe interponer declinatoria por cuestión de competencia territorial? No es esta una cuestión baladí, pues si resulta que la parte solo puede controlar la competencia territorial, el único control de la competencia objetiva y funcional sería el control de oficio, produciéndose una situación cuando menos anómala. De una primera lectura parece bastante clara cuál ha sido la intención del legislador, pues la redacción es bastante clara cuando dice que “*podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria*”.

Pero vamos a profundizar algo más sobre esta idea. En un primer momento el texto que salió del Congreso no contenía limitación de la declinatoria a la competencia territorial, sino que se establecía la posibilidad de plantear cuestión de competencia por declinatoria.

Por consiguiente, llegados a este punto, dos son las posibles interpretaciones que caben hacerse. La primera de ellas, es que el legislador ha querido regular una declinatoria con una serie de particularidades, dada la especial naturaleza del concurso de acreedores, dejando la declinatoria prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la impugnación de las cuestiones de competencia objetiva, falta de jurisdicción o de competencia territorial.

La segunda de las interpretaciones es que solo quiere un control de parte del presupuesto procesal de la competencia territorial, vedando la posibilidad de que las partes controlen el resto de requisitos. Esta segunda interpretación decae por sí misma, pues sería del todo absurdo que la parte no tuviese oportunidad de denunciar una falta de competencia que puede determinar una nulidad de actuaciones. En este sentido, es un requisito *si ne qua non* para poder tramitar un incidente de nulidad de actuaciones la denuncia previa de conformidad con el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial. Si bien por el mero hecho de no mediar posibilidad de denunciar la falta de este presupuesto procesal no confiere la mencionada Ley la posibilidad de acudir a este recurso extraordinario, sino que habría que esperar para recurrir el auto de declaración del concurso de acreedores y en los motivos del recurso ya sí que se podría pedir la nulidad de actuaciones.

Si tenemos en cuenta el procedimiento que acabamos de exponer y teniendo presente la especial naturaleza del proceso concursal, la imposibilidad de plantear declinatoria sería un despropósito. Téngase en consideración que sin declinatoria, antes de poder acudir a una nulidad de actuaciones, se habría declarado el concurso, se podrían haber adoptado medidas cautelares para que luego se denuncie la falta de competencia objetiva y todo lo actuado -nombramiento de administradores, publicación en el BOE, posibles medidas cautelares con prestación de caución etc.- sea declarado nulo.

Lo lógico, lo coherente, es dar la posibilidad al interesado de denunciar la falta de competencia por vía de la declinatoria. Pues se trata, ni más ni menos, de un presupuesto procesal que pone en juego una nulidad de pleno derecho. De esta manera, al tener la oportunidad de denunciar esa falta de competencia, si no se hace, no podrá acudir al trámite de nulidad de actuaciones sin perjuicio del control de oficio ya examinado que operará siempre al tratarse de una cuestión de orden público.

Por lo tanto, en buena lógica con lo hasta aquí expuesto, la vía de la declinatoria prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil será el trámite adecuado para la denuncia de la falta de jurisdicción o de competencia. A esta solución que hemos llegado nosotros ha llegado la doctrina procesalista, que no ve objeción alguna para la interposición de la declinatoria fuera de los supuestos de falta de competencia territorial. En este sentido GONZÁLEZ GRANDA²²² entiende que la declinatoria ha de extenderse a todas las manifestaciones de jurisdicción y competencia. En igual sentido HERRERO PEREZAGUA²²³ quien entiende que pese al silencio que guarda al respecto el artículo 12 de la LC tanto la falta de competencia internacional, que equivaldría a una falta de

²²²GONZÁLEZ GRANDA, P., *Op. Cit.*, págs. 117 y ss.

HERRERO PEREZAGUA, J.F. “La competencia del juez del concurso” en AAVV, *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, pág. 171.

jurisdicción, como la falta de competencia objetiva son combatibles por medio de la declinatoria, de conformidad con lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil que sirve de derecho supletorio. En nuestra opinión, la cuestión no alberga dudas, podrá plantearse declinatoria para denunciar los presupuestos procesales de jurisdicción y de competencia de la clase que sea ésta última.

Pero nos queda dar un paso más en la línea marcada por HERRERO PEREZAGUA, pues cabe ahora hacernos la misma pregunta que él se hace. Partiendo de la premisa de que puede plantearse declinatoria para combatir la falta de jurisdicción y de competencia, la exclusión manifiesta de estas del artículo 12 de la LC, ¿implica que debemos de aplicar las normas que regulan la declinatoria contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil tal cuál vienen? o por el contrario, ¿debemos aplicar en estos casos el régimen legal especial contenido en la ley concursal?

En este sentido, nuestra opinión es que dada la especialidad que ha hecho el legislador al encargarse solo del tratamiento de la declinatoria por falta de competencia territorial, creemos que ha entendido que este tipo de declinatoria debe de recibir un tratamiento distinto. A nuestro parecer, si el legislador hubiese querido que toda declinatoria que se presente en seno de un proceso de declaración de concurso de acreedores tuviese una tramitación especial, no habría precisado que la declinatoria será para cuestiones de competencia territorial, sino que habría determinado una declinatoria de forma genérica.

Para ver qué idea subyace debajo de esta regulación vamos a distinguir por un lado el trámite general regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el trámite previsto por la Ley Concursal. (Pretendemos con ello llegar a la idea de que en realidad el legislador ve con buenos ojos el hecho de que quién conozca sea un juez de lo mercantil, aunque carezca de competencia territorial y ésta se atribuya en fueros legales imperativos, mientras que no quiere que la competencia llegue a un juzgado de primera instancia)

a) La declinatoria de jurisdicción y de competencia.

En la regulación que hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 63 y siguientes, nos encontramos *grosso modo* con las siguientes líneas fundamentales.

Podrá denunciarse la falta de jurisdicción por cualquier causa, lo cual permite denunciar la falta de jurisdicción por arbitraje o por corresponder a un órgano

jurisdiccional de un tercer estado, así como la denuncia de la falta de competencia del tipo de que se trate.

La persona legitimada para su interposición será el demandado o cualquier persona con interés legítimo en el asunto. Deberá presentarse ante el tribunal que se encuentre conociendo del asunto. Aunque también permite la ley que se presente ante el tribunal del domicilio del demandado, aquí tenemos que precisar que para el caso concreto nuestro no se identifican plenamente las partes con demandado y demandante, pues puede suceder que quiere interponer declinatoria un acreedor que no ha demandado al que le correspondería más bien la parte actora, debiendo poder interponer la declinatoria en su domicilio pues, la justificación es idéntica, evitarle desplazarse a un lugar lejano en el que no va a pleitearse. Aunque esta posibilidad se dará con mayor frecuencia cuando se trate de falta de competencia territorial, pues si lo que se impugna es la competencia objetiva del Juzgado de primera instancia, lo más frecuente es que sea competente el juzgado de lo mercantil de dicha provincia.

Aunque es perfectamente posible que se dé el presupuesto que lo justifica, pensemos en una demanda presentada ante el Juzgado de primera instancia de Guadix y que carece de competencia porque al existir un concurso le corresponde conocer al juzgado de lo mercantil de Granada. El acreedor podrá presentar la declinatoria en el juzgado de Granada evitando así su traslado a Guadix.

Una vez presentada la declinatoria, el órgano jurisdiccional decretará la suspensión del proceso, y este es un punto conflictivo. Pues en un proceso como el concursal, donde se trata de evitar la suspensión a toda costa se abre un pequeño resquicio para las dilaciones de la parte deudora. Que puede tratar siempre de plantear una declinatoria de competencia objetiva, para dar lugar a la suspensión haciendo un uso torticero del derecho con la finalidad de ganar unos días, o dilatar el pago para mayor desesperación de sus acreedores. Si bien, puede parecer algo contraproducente desde la óptica de la dinámica del concurso, desde el punto de vista procesal es lo más adecuado, evitando de este modo tener que retrotraer actuaciones o causar perjuicios mayores.

Sea como fuere, el legislador ha tenido la opción de aplicar el régimen previsto para la declinatoria por falta de competencia territorial que no contempla la suspensión y sin embargo, ha optado por no hacerlo. Por lo expuesto, en nuestra opinión, planteada la declinatoria por falta de jurisdicción o falta de competencia objetiva o funcional, se

decretará la suspensión del proceso con fundamento en el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Otra cuestión importante es el plazo para la presentación de la declinatoria. Que de conformidad con el mencionado precepto será dentro del plazo de los 10 primeros días para contestar a la demanda puesto que ya en el juicio verbal hay también contestación escrita a la demanda.

La parte que promueva la declinatoria acompañará ésta de un principio de prueba, así como los documentos en los que se fundamente, con tantas copias como partes existan. El órgano jurisdiccional remitirá todo lo aportado al resto de las partes dando también traslado al Ministerio Fiscal. El resto de partes y el Ministerio Fiscal dispondrán de un plazo de 5 días para alegar lo que estimen conveniente sobre la cuestión planteada.

El tribunal, expirado el plazo que acabamos de señalar, resolverá lo que proceda sobre la declinatoria. De estimar que concurre la falta de jurisdicción o de competencia, sobreseerá el asunto mediante auto señalando el tribunal competente que deberá de conocer del asunto. De conformidad con el artículo 66.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este auto será recurrible en apelación. Si dicho auto estima que el tribunal es competente, solo será recurrible en reposición de conformidad con el artículo 66.2 del mismo cuerpo legal.

La declinatoria²²⁴ que resuelve sobre la falta de jurisdicción y de competencia regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene como notas definitorias que se trata de un incidente procesal que tiene lugar a instancia del demandado o de quien pueda ser parte procesal legítima mediante el cual se denuncia cualquier incompetencia para que ésta quede resuelta con carácter previo a entrar en el fondo. Se caracteriza por suspender el trámite del proceso del que trae causa y el plazo para su interposición será de 10 días desde que se le notifique la demanda.

²²⁴ Sobre la declinatoria véase: AAVV *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, coordina ASECIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013, págs. 63 y ss.

b) La declinatoria prevista en la Ley Concursal relativa a la falta de competencia territorial.

Pasemos ahora a examinar la declinatoria regulada en el artículo 12 de la LC. Lo primero es que esta declinatoria se circunscribe a la impugnación de la competencia territorial. El plazo depende de si quien la va a presentar es el deudor, en cuyo caso será de cinco días. Mientras que si es cualquiera con interés legítimo, que haya tenido conocimiento por la publicidad que se le da a la declaración de concurso, el plazo se ampliará a diez días.

En cuanto al planteamiento, el instante deberá señalar el órgano que entiende competente para conocer del asunto. Pero ahora vienen las notas más interesantes, y es que el procedimiento concursal no se suspenderá y en caso de estimarse la cuestión de competencia territorial todo lo actuado en el concurso será válido.

Del mismo modo que en la declinatoria que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Concursal prevé la intervención del Ministerio Fiscal, así como el traslado al resto de partes para que en el plazo común de 5 días aleguen lo que a su derecho convenga. Después dictará el auto en el que resuelva la cuestión de competencia, que de ser estimada señalará el órgano que deberá conocer del asunto.

c) La impugnación del auto resolutorio de la declinatoria

Respecto a la impugnación del auto que resuelve sobre el planteamiento de la declinatoria, el legislador guarda silencio sobre la posibilidad de plantear recurso, debiendo acudir para la resolución de esta cuestión a la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, debemos de tener en cuenta dos cosas: que se trata de un auto que no pone fin al proceso y que la declinatoria de la competencia territorial regulada en el artículo 12 de la LC no implica una nulidad de lo actuado, sino que envía lo actuado al órgano competente.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé al respecto de las resoluciones interlocutorias, la posibilidad de interponer recurso de reposición.²²⁵

En sede de los recursos en materia de jurisdicción y competencia establece el artículo 66.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: *“contra el auto por el que se*

²²⁵ Artículo 451.2 LEC: 2. *“Contra todas las providencias y autos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida.”*

rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva.”. Distinguiendo a continuación un régimen especial para la competencia territorial en el artículo 67 que es el siguiente: “contra los autos que resuelvan sobre la competencia territorial no se dará recurso alguno. En los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal sólo se admitirán alegaciones de falta de competencia territorial cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación normas imperativas.”

Consecuencia de lo expuesto resulta que si se ha interpuesto una declinatoria alegando la falta de competencia judicial internacional, de competencia objetiva o funcional, el auto que la rechace es susceptible de recurso de reposición, mientras que tratándose de la competencia territorial, el auto que rechace la declinatoria resulta irrecurrible.

Otra de las cuestiones no exenta de problemática es el mantenimiento de lo actuado hasta ese momento *ex* artículo 12.3 de la LC. Parece que cuando no concurre el presupuesto procesal de la competencia territorial se resta importancia al asunto lo cual no debiera de ser así habida cuenta de que se trata de un foro imperativo.

Huelga decir que la ausencia de un presupuesto procesal es causa la nulidad, pues el órgano jurisdiccional que conoce carece de la necesaria jurisdicción y competencia para el ejercicio de sus funciones, vicio que acarrea que todo acto procesal y toda resolución que emanen de dicho proceso sean nulos *ex* artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la Ley Concursal no ha contemplado de forma expresa la falta de competencia territorial como un vicio de nulidad, si quiera para los supuestos en los que ésta última venga regulada por normas imperativas

El legislador concursal ha querido dar un tratamiento diferenciado a la declinatoria según estemos ante la falta de competencia territorial o frente al resto de los supuestos. Hecho éste que resulta incontrovertible a la vista de lo expuesto.

Lo siguiente que vamos a utilizar para elaborar nuestra hipótesis es el diferente tratamiento que recibe la declinatoria por falta de competencia objetiva, que implica una nulidad radical de todo lo actuado hasta ese momento mientras que si se trata de una falta de competencia territorial, se va a salvaguardado todo lo actuado hasta ese

momento y no se suspende el curso de las actuaciones, pese a que no concurre uno de los presupuestos procesales como es la competencia territorial, que en sede concursal es imperativa.

Estas dos notas guardan relación entre sí, pues de nada serviría conservar lo actuado si se suspende, pues no habría nada que conservar, como del mismo modo carecería de sentido la no suspensión si posteriormente lo actuado se eliminase. Esta idea nos lleva inequívocamente a la tesis de que cuando existe una incompetencia territorial del órgano jurisdiccional, para el legislador concursal, no reviste gravedad y por eso continua la tramitación el órgano competente y se conservará lo actuado.

Si nos detenemos a analizar qué órgano jurisdiccional conoce en una declinatoria por competencia objetiva o funcional y en una territorial nos damos cuenta que, si se denuncia una falta de jurisdicción, es porque está conociendo de una cuestión sobre la que opera la *vis attractiva* concursal un órgano jurisdiccional que no es un juzgado de lo mercantil, por ejemplo, un juzgado de lo social. O por ejemplo que conoce un juzgado de primera instancia, en lugar del juzgado de lo mercantil. Mientras que cuando se produzca una falta de competencia territorial, lo que sucede en última instancia, es que en lugar de conocer el juzgado de lo mercantil de Granada, por ejemplo, está conociendo el juzgado de lo mercantil de Málaga.

Y esta es la cuestión a nuestro juicio y no otra, que el legislador concursal recela del resto de órganos jurisdiccionales civiles. Y es este motivo el que ha provocado que en el resto de supuestos se suspenda y que en tanto que no conozca el juez de lo mercantil no se avance en la cuestión. Si lo vemos desde esta óptica, entonces cobra sentido la diferencia que ha hecho el legislador amparando todo lo que venga de un juzgado de lo mercantil e invalidando todo lo que venga de un órgano jurisdiccional distinto. Desde luego no nos parece que sea lógico el recelo hacia el resto de órganos jurisdiccionales, máxime cuando se trata de competencias que tienen atribuidas con carácter general y que les son sustraídas por el efecto de la *vis attractiva* por lo que no pueden quedar amparados los recelos ni si quiera en la falta de especialización.

A lo anterior hemos de añadir que con la reciente reforma que ha dado competencia para conocer del concurso de la persona física no empresaria al juzgado de primera instancia hace que los recelos sean más injustificados, si cabe.

Una vez expuesta nuestra hipótesis, pasemos ahora al campo del examen crítico de la regulación. Lo primero es que no entendemos del todo justificado el diferente trato que propicia la Ley, seguramente los motivos se encuentren en la especialización que tienen los juzgados de lo mercantil.

Pero sin ahondar en esta cuestión veamos uno de los problemas en los que la doctrina ha venido haciendo hincapié. La conservación de lo actuado, puede presentar una importante disfunción en el curso del proceso concursal. Si bien es cierto, que existen ciertos pronunciamientos que interesan conservar, tales como la declaración del concurso de acreedores, por razones tales como seguridad jurídica o la protección de los intereses de los acreedores, no podemos olvidar que conservar otros pronunciamientos pueden conducirnos a un disparate.

Nos referimos al nombramiento de los administradores concursales tal y como señala HERRERO PEREZAGUA²²⁶. El nombramiento de estos, tiene una estrecha vinculación con el territorio donde radica tanto el concursado como el tribunal, pues es necesario que se encuentren en permanente contacto con los bienes que han de administrar como con el órgano jurisdiccional que le prestará funciones de auxilio y control. Si el nombramiento de estos se hace en atención a un criterio territorial, lo lógico será que si el territorio cambia, éstos cambien también.

Otra de las cuestiones en las que hemos reparado en cuanto al control a instancia de parte de los presupuestos procesales de jurisdicción y de competencia, es que existen supuestos en la regulación actual del concurso en los que no va a poder plantearse la declinatoria hasta que se declare el concurso. Nos referimos al concurso voluntario, en el que los acreedores no intervienen hasta que se declara o cuando se produce una declaración del concurso de acreedores *inaudita parte debitoris* que tendremos ocasión de examinar más adelante.

Sin embargo, la posibilidad de que se produzca en estos casos un vicio en la competencia objetiva es poco menos que una hipótesis de laboratorio, pues a ver qué órgano jurisdiccional distinto al juzgado de lo mercantil va a conocer de una demanda de declaración de concurso de acreedores.

²²⁶ HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Op. Cit.,” pág. 175.

A modo de conclusión, la cuestión del tratamiento procesal de la competencia en el concurso es una cuestión compleja, la cual, depende en buena medida del efecto de *vis attractiva*. Si bien antes existía una exclusividad del juzgado de lo mercantil, ahora dicha exclusividad tiene la excepción del concurso de la persona física no empresaria por lo que ahora es posible que operen cuestiones de competencia fuera de los supuestos de competencia derivada de la *vis attractiva*.

En el campo de los procesos atraídos por el mencionado efecto otros procesos, se abre un gran abanico de posibles incompetencias, resultando necesario que entren en juego tanto el control de oficio como el control a instancia de parte. La materia es compleja dado el gran número de competencias que son atraídas y los órganos jurisdiccionales implicados.

Como hemos tenido ocasión de ver la regulación es, en muchas de las cuestiones, insuficiente siendo necesaria la integración, lo que no hace sino complicar aún más la tarea de los operadores jurídicos. En la práctica será frecuente que el operador jurídico tenga problemas en calificar si se trata de una cuestión de competencia funcional u objetiva, pues dependerá de la interpretación que se haga del artículo 8 de la LC, derivando problemas prácticos tales como el plazo para el ejercicio de la declinatoria.

En síntesis podemos coincidir con GONZÁLEZ GRANDA,²²⁷ que la cuestión es de las peor tratadas en la Ley Concursal. No obstante, a través de nuestra exposición hemos sido capaces de dar un tratamiento sistemático a la materia mostrando cuáles son las integraciones pertinentes y, en definitiva, encontrar una lógica dentro del aparente caos que opera en los presupuestos procesales del concurso y que deriva de la *vis attractiva*.

II. LOS PRESUPUESTOS MATERIALES EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

Una vez examinados los presupuestos procesales en el proceso de declaración del concurso de acreedores, procede el examen de los presupuestos materiales que habrán de concurrir para que la solicitud de declaración sea acogida por el órgano jurisdiccional unos objetivos y otros subjetivos.

²²⁷ GONZÁLEZ GRANDA, P., *Op. Cit.*, págs. 117 y ss.

1. La insolvencia como presupuesto objetivo de la declaración concurso de acreedores²²⁸

El presupuesto objetivo en la actual regulación viene a materializar una de los principios de la Ley Concursal que no es otro que la unidad de procedimiento. Tal y como la propia Exposición de Motivos se encarga de puntualizar, a través de la unidad del presupuesto objetivo se consigue con la unidad de procedimiento.²²⁹

El presupuesto objetivo único marca la superación de la compleja tradición de esta materia haciendo desaparecer la multiplicidad de estados de quiebra. Con la promulgación de la Ley Concursal se impone un único presupuesto objetivo, la insolvencia.

Pese a la aparente sencillez de la redacción legal del concepto de insolvencia se trata ésta de una cuestión que entraña una notable complejidad. El legislador ha tenido una ardua tarea a la hora de determinar el concepto de insolvencia ponderando los dos grandes intereses que entran en conflicto en una situación de crisis económica.

Los anteriores son, de una parte, los intereses de quien está en crisis y trata de sacar a delante una actividad de producción, donde en la mayoría de los casos se encuentran en juego los empleos de quienes viven de la actividad, y de otra parte hay que dar la debida tutela de los intereses de los acreedores.

Como señala PULGAR EZQUERRA²³⁰ hay que buscar un equilibrio difícil entre la anticipación en el tiempo del momento de apertura del concurso para impedir que estos no puedan iniciarse o deban concluir por inexistencia de bienes con la consecuente

²²⁸ Sobre el presupuesto objetivo de la declaración de concurso de acreedores véanse: AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinadores: ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., Madrid, 2004; AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, págs. 27 a 81; AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. a ; AAVV, *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, págs. 17 a 49; HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, Valencia, 2009, <http://www.tirantonline.com/tol/documento-/show/1601824>, (consultado el 18/02/2015); PAVÓN NEIRA, C.: *Problemática en torno a la declaración de concurso de acreedores*, Barcelona, 2011; AAVV: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012, págs.111 a 116; AAVV: *Proceso Concursal*, Coordinador: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013, págs. 33 a 38 y CORDÓN MORENO, F.: *Proceso Concursal*, Navarra, 2013, págs. 78 a 89.

²²⁹ Exposición de Motivos de la Ley Concursal: “La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia”

²³⁰ PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo del Concurso de Acreedores” en AAVV: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012, pág. 149.

insatisfacción de los acreedores y evitar de otra parte que las acciones colectivas puedan solaparse con las acciones individuales.

Para el análisis del presupuesto objetivo tomaremos como punto de partida el artículo 2 de la LC el cual establece que “*la declaración de concurso procederá en el caso de insolvencia del deudor común*”. El apartado 2 del mencionado precepto define la insolvencia del deudor común del modo siguiente “*Se encuentra en estado de Insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”.

A. Caracteres de la insolvencia del artículo 2 de la Ley Concursal.

Una de las dificultades que nos plantea el artículo 2 de la LC es que pese a establecer en su apartado segundo una definición unitaria de insolvencia añade una categoría distinta que es la insolvencia inminente que únicamente puede ser declarada a instancia del deudor. Coincidimos en este punto con HERNÁNDEZ MARTÍ²³¹ quien señala que existe un presupuesto objetivo general que es la insolvencia y un presupuesto objetivo especial que es la insolvencia inminente.

A nuestro juicio hubiera sido deseable regular la insolvencia y la insolvencia inminente en dos artículos diferenciados. Hecha esta apreciación pasaremos a exponer los requisitos que deben concurrir para que se produzca la insolvencia.

a) La insolvencia general regulada en el artículo 2 de la Ley Concursal.

Es importante distinguir entre el presupuesto objetivo del concurso de los fundamentos para la declaración. Una cosa es el concepto jurídico de insolvencia definido por el artículo 2 de la LC y otra bien distinta son aquellas situaciones patrimoniales que sirven de fundamento para la declaración del concurso. La confusión viene dada por la larga tradición en la que se utilizaba un concepto patrimonial de insolvencia que no jurídico. De este modo, se puede estar incurso en una situación de desbalance y no existir insolvencia porque los pagos se siguen atendiendo de forma regular.

Nuestra Ley Concursal prescinde del concepto de insolvencia patrimonial. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo²³² quien ha puesto de manifiesto en

²³¹ HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud, Valencia, 2009, <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/1601824>, (consultado el 18/02/2015)

²³² Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014. Recurso de Casación núm. 541/2012 Fundamento de Derecho decimotercero.

que: “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.”

“Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la LC es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.”

En relación a las notas definitorias del presupuesto objetivo de la insolvencia se trata de una insolvencia objetiva que prescinde en todo momento de un sistema de causas tal y como venía aconteciendo. La insolvencia es el mero incumplimiento de las obligaciones sin que importe el motivo de dicho incumplimiento en su consideración. Sí que podrán influir las causas en los fundamentos de la solicitud, cuestión que trataremos a su debido tiempo.

Una vez sentado el concepto de insolvencia, podemos apreciar que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No cabe duda de que se trata de una amplitud buscada a conciencia para que sea el juez del concurso quien deba determinar caso por caso si concurre el presupuesto de la insolvencia coincidiendo en este punto con PULGAR EZQUERRA.²³³

Examinaremos ahora cuáles son los caracteres de la Insolvencia:

Imposibilidad de cumplimiento.

Tal y como venimos exponiendo el incumplimiento es la piedra angular sobre la que se edifica todo el sistema del concurso de acreedores. Pero no todo incumplimiento implica necesariamente que se produzca una situación de insolvencia. El

²³³ PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo del Concurso de Acreedores” en AAVV: *Op. Cit.*, pág. 153.

incumplimiento debe de traer causa de una imposibilidad de cumplir que no de la voluntad de incumplir por el deudor que puede hacerlo.

Tradicionalmente ha existido una discusión en torno al concepto de insolvencia patrimonial que se ha trasladado al concepto jurídico de insolvencia y es el carácter temporal de la misma. Esto se traduce en la necesidad de concretar si la insolvencia legalmente prevista en el artículo 2 debe de ser definitiva o puede ser esporádica. En esta cuestión ROJO FERNÁNDEZ RIO señala que la insolvencia exige una continuidad de la imposibilidad de cumplir.²³⁴

Por cuanto llevamos expuesto hemos de concluir que únicamente la imposibilidad de cumplir definitiva es la determinante de la insolvencia. La falta de cumplimiento puntual se trataría de un mero supuesto de iliquidez transitorio que no puede ser constitutivo de una insolvencia.

El incumplimiento podrá ser de cualesquiera obligaciones que sean exigibles. Con carácter general el incumplimiento debe de producirse que no presumirse, se permite excepcionalmente en la modalidad de insolvencia inminente a instancia del deudor que posteriormente examinaremos.

El elemento de regularidad.

De la definición de insolvencia dada en el artículo 2 de la LC, el segundo elemento que se manifiesta además del cumplimiento es la regularidad del cumplimiento. Examinaremos ahora qué se entiende por regularidad en el cumplimiento de las obligaciones.

Siguiendo en este punto a HERNÁNDEZ MARTÍ²³⁵ la regularidad consiste en que las operaciones por las que se liquide la deuda existente se encuentren dentro de la legalidad. Lo que a *sensu* contrario nos permite identificar la irregularidad con las operaciones de liquidación que no se ajustan a la legalidad. Existirán tantas irregularidades como normas que se incumplan en las operaciones liquidatorias. La mayoría tendrán lugar en sede de sociedades al incumplir la normativa societaria o en

²³⁴ ROJO FERNÁNDEZ RIO, A.: “Presupuesto objetivo” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinadores: ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., Madrid, 2004, pág. 169.

²³⁵ HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: *Presupuesto objetivo... Op. Cit.*

sede concursal llevando a cabo una liquidación al margen del concurso cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia.

b) La insolvencia específica contemplada en el artículo 2 de la Ley Concursal, la insolvencia inminente.

Nos encontramos, siguiendo la terminología de HERNÁNDEZ MARTÍ²³⁶, con un presupuesto especial en tanto que se trata de una situación de insolvencia que únicamente puede hacerse valer por el propio deudor. Y la especialidad radica precisamente en que queda reservada al deudor quien podrá optar por la insolvencia actual o la inminente.

Las notas definatorias de la insolvencia inminente vienen determinadas en el apartado 3 del artículo 2 de la LC que establece que “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”. *Prima facie* el matiz que se introduce en la insolvencia inminente no es otro que la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. De este modo el concursado inminente es aquel deudor que prevea que no podrá cumplir con sus obligaciones de forma regular en el momento del vencimiento de estas.

En buena lógica hemos de preguntarnos en qué momento resulta posible alegar la insolvencia inminente. Se trata de una cuestión que no encuentra regulación en la Ley. Es evidente que deben de tratarse de obligaciones que no se encuentren vencidas pero que con anterioridad a su vencimiento el deudor sea consciente de que no podrá hacer frente a las mismas, en el caso de obligaciones vencidas ya estaríamos fuera de la insolvencia inminente.

La cuestión a dilucidar es ¿Con qué margen puede entenderse que se produce una insolvencia inminente? A nuestro modo de entender, cuanto más próximo esté el vencimiento de la obligación más certeza tendrá el deudor de que no puede hacer frente a una obligación. Lo que tampoco es óbice para que pueda tener certeza con bastante antelación de la imposibilidad de cumplir puntualmente una obligación. Se trata de una cuestión esta que queda al arbitrio de los tribunales. PULGAR EZQUERRA cita a la

²³⁶ HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: *Ibidem*.

doctrina concursalista alemana que propone un plazo máximo de tres años para obligaciones a muy largo plazo.²³⁷

ROJO va un paso más allá y se atreve a fijar un límite temporal de seis meses en relación con el vencimiento de la obligación.²³⁸ Nosotros entendemos que la cuestión del plazo quedaría relegada a un segundo lugar toda vez que sea posible acreditar ante el tribunal la imposibilidad de cumplir en el momento obligado a ello y lógicamente, cuanto más cerca se encuentre el vencimiento más sencillo será probar tal circunstancia, pero tal y como hemos expresado no debe existir límite temporal, más allá de lo razonable atendidas las circunstancias del caso.

B. Conclusiones respecto de la insolvencia como presupuesto.

La actual Ley Concursal ha conseguido dejar atrás el complejo sistema del que adolecía nuestra regulación de las insolvencias y se ha logrado un único concepto de insolvencia, la insolvencia actual con una especialidad que sería la insolvencia inminente.

Sobre esta base se ha conseguido la tan añorada uniformidad de procedimiento pues como solo existe un presupuesto material que es la insolvencia, toda insolvencia se resuelve mediante el concurso de acreedores. Podemos concluir por tanto que gracias a la existencia de la unidad de presupuesto se alcanza la unidad de procedimiento. Se trata de un sistema dotado de la suficiente flexibilidad para alcanzar a la totalidad de los deudores y que descansa sobre un concepto jurídico que no patrimonial de la insolvencia.

2. La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso

Una característica inherente al concurso de acreedores es su universalidad, la cual le viene desde sus orígenes y se fundamenta en la existencia de varios deudores que se dirigen frente a un mismo deudor. La insolvencia puede tener lugar con la existencia de un único acreedor. Una persona puede ser deudora de una sola deuda por un importe del que no pueda responder, lo cual determinará sin más remedio un estado de insolvencia.

Ahora bien, el hecho de que exista una insolvencia respecto de un solo acreedor no puede provocar la apertura de un concurso, pues sin la concurrencia de varios

²³⁷ PULGAR EXQUERRA, J.: AAVV: *Op. Cit.*, pág. 165.

²³⁸ ROJO FERNÁNDEZ RIO, A.: “Presupuesto objetivo” en AA.VV.: *Op. Cit.*, pág. 177.

acreedores sobre un mismo deudor carece de toda lógica la apertura de un procedimiento como el concurso cuya finalidad es la de dar satisfacción a una pluralidad de créditos de forma ordenada sobre un patrimonio insuficiente. La propia denominación de concurso entraña el requisito de la concurrencia.

Cuando concurra un único acreedor lo apropiado será dirigir una ejecución singular frente al patrimonio del deudor para conseguir la satisfacción de su crédito hasta donde alcance el patrimonio de éste.

Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO²³⁹ el requisito de la pluralidad de acreedores parece imprescindible. PAVÓN NEIRA²⁴⁰ define deudor común como aquél que tiene contraídas obligaciones con varios acreedores. CORDON MORENO entiende que la jurisprudencia es unánime al respecto y que se trata de un requisito para la declaración del concurso.²⁴¹

La jurisprudencia ha resuelto de un modo claro esta cuestión y tiene declarado que la pluralidad de acreedores es necesaria pues se trata de un presupuesto más del concurso. Vamos a citar al respecto el Auto de 13 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid que en su fundamento de derecho primero se refiere a la pluralidad de acreedores en los términos siguientes:

“la pluralidad de acreedores se constituye como presupuesto para que el deudor pueda ser declarado en concurso. Se advertía en la aludida resolución que a pesar de que la Ley Concursal no se pronuncia de manera expresa sobre dicho punto, la naturaleza universal que se atribuye al proceso concursal así lo exige. Al carácter universal del proceso concursal alude expresamente el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley, en el que se afirma que «el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión»– . La necesidad de pluralidad de acreedores se desprende también del modo como la Ley Concursal ha articulado la fase de convenio que concibe la Junta «como sede de

²³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Título Primero – Capítulo Primero” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.39

²⁴⁰ PAVÓN NEIRA, C.: *Problemática en torno a la declaración de concurso de acreedores*, Barcelona, 2011, pág. 15.

²⁴¹ CORDÓN MORENO, F.: “Los presupuestos del concurso y su declaración” en *Proceso Concursal*, Navarra, 2013, págs. 79 y 80.

deliberación y decisión colegiada (artículo 121 LC)». Del mismo modo –aunque con no tanta contundencia– de la regulación que el legislador hace de la fase de liquidación se desprende que se llevó a cabo desde la perspectiva de la pluralidad de acreedores. Así se dice en el artículo 148.2 LC que presentado el plan de liquidación «los acreedores» concursales podrán formular alegaciones en el plazo de quince días. Con mayor claridad se pronuncia el artículo 4 LC cuando al referirse a la intervención del Ministerio Fiscal impone que inste al titular de la jurisdicción penal para que comunique los hechos al juez de lo mercantil competente para conocer de un eventual concurso del deudor «cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores».

Por último, la regulación que de la ejecución singular hace el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el cumplimiento de la misma «función solutoria» que se atribuye al concurso refleja que la diferencia entre uno y otro cauce procesal tiene que radicar en la universalidad de la ejecución, propia de este último. Por tanto, la ausencia del requisito de «pluralidad de acreedores» en el momento de la presentación de la declaración de concurso se constituye en impedimento para la declaración de concurso del deudor.»

Por consiguiente, hemos de concluir que junto al presupuesto de la insolvencia, debe de concurrir un segundo presupuesto material, la pluralidad de acreedores que, en caso de no existir, impedirá la declaración de concurso, lo cual resulta del todo punto lógico y acertado.

III. EL PRESUPUESTO SUBJETIVO DEL CONCURSO DE ACRREDITORES²⁴².

El artículo 1 de la LC se encarga de regular el presupuesto subjetivo de la Declaración de Concurso. Como hemos tenido ocasión de examinar en la presente investigación, la regulación de las insolvencias vino caracterizándose por la diferente regulación existente, con el Concurso para los deudores comunes y la Quiebra para los comerciantes.

La vigente Ley pone fin a esta larga tradición y se establece un único procedimiento para todos los sujetos, con independencia de que sean o no profesionales y de que se traten de personas físicas o jurídicas.

La Ley concursal sitúa todo su énfasis en la personalidad, al establecer que procede la declaración sobre todo deudor sea persona física o jurídica. Lo que nos indica, *prima facie* que la condición subjetiva que debe concurrir es la existencia de personalidad.

Esto último provoca algunas cuestiones que vamos a examinar a renglón seguido.

1. El deudor persona física.

La persona física a priori no plantea apenas inconvenientes. Por persona física hemos de acudir al concepto contenido en los artículos 29 y siguientes del Código Civil, lo que nos lleva a preguntarnos por el hecho de que si por persona es el nacido con figura humana, podemos encontrarnos con personas físicas que carezcan de la capacidad de obrar a la que la Ley Concursal no hace referencia.

²⁴² Sobre el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso de acreedores véanse: AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinadores: ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., Madrid, 2004; AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, págs. 27 a 81; AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005; AAVV, *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, págs. 17 a 35; PAVÓN NEIRA, C.: *Problemática en torno a la declaración de concurso de acreedores*, Barcelona, 2011; AAVV: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012; AAVV, págs. 111 a 123: *Proceso Concursal*, Coordinador: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013, pág. 33 a 38 y CORDÓN MORENO, F.: *Proceso Concursal*, Navarra, 2013, págs. 77 a 81. Interesa también el siguiente artículo: ESTEBAN RAMOS, M.L.: “El presupuesto subjetivo del concurso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 10, primer semestre de 2009, La Ley, págs. 151 y ss.

El hecho de que la ley Concursal haga referencia a la persona física sin hacer referencia alguna a su capacidad de obrar parece que lleva implícito que los menores y los incapaces puedan ser declarados en Concurso en la medida de que como sujetos susceptibles de imputación de derechos y obligaciones pueden incurrir en el presupuesto objetivo del concurso. DUQUE DOMÍNGUEZ²⁴³ entiende que los menores pueden ser declarados en concurso si incurren en situación de insolvencia debiendo comparecer en el correspondiente proceso sus legales representantes. En idéntico sentido se postula ESTEBAN RAMOS quien entiende que la capacidad para ser declarado en concurso no requiere de capacidad de obrar.²⁴⁴

Lógicamente tanto los menores como los incapaces carecen de la necesaria capacidad procesal para actuar en el proceso concursal, debiendo ser sus representantes legales quienes suplan la misma de conformidad con las normas generales contenidas en el artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dentro del concurso de las personas físicas está cobrando una cierta relevancia la demanda desde ciertos sectores de la regulación de un procedimiento especial para los consumidores.

La actual época de crisis económica ha revelado una realidad tal es el sobreendeudamiento de los consumidores, quienes actúan en el tráfico jurídico de forma distinta a como lo hacen los profesionales con independencia de que estos último actúen como personas físicas o jurídicas. Esta diferencia ha comenzado a recoger un tratamiento procesal diferenciado sobre todo en el ámbito de la ejecución hipotecaria y los procedimientos generales de ejecución que están experimentando grandes modificaciones a menudo por vía de la jurisprudencia que ha venido señalando la necesidad de otorgar un tratamiento distinto a quienes se endeudan en el marco del consumo privado y quienes lo hacen en el ejercicio de una actividad profesional.

²⁴³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “El presupuesto subjetivo del concurso: sujeto pasivo” en AAVV: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012, pág. 114.

²⁴⁴ ESTEBAN RAMOS, M.L.: “El presupuesto subjetivo del concurso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 10, primer semestre de 2009, pág. 151.

Hay quien defiende el excesivo rigor de la vigente Ley Concursal, incluso en su modalidad de procedimiento abreviado pudiendo señalar en este sentido a ESTEBAN RAMOS.²⁴⁵

El legislador consciente de esta realidad ha venido a enmendar esta situación mediante la promulgación del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el cual modifica, entre otros artículos, el 178 de la LC al que añade un nuevo 178 bis.²⁴⁶

²⁴⁵ ESTEBAN RAMOS, M.L.: *Ibidem*.

²⁴⁶ Artículo 178 bis LC.: *Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*.

1. *El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.*

2. *El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3.*

3. *Solo se admitirá la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

1.º *Que el concurso no haya sido declarado culpable.*

2.º *Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.*

3.º *Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.*

4.º *Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.*

5.º *Que, alternativamente al número anterior:*

i) *Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.*

ii) *No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42*

iii) *No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.*

iv) *No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.*

v) *Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.*

4. *De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio.*

Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

5. *El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:*

Este larguísimo artículo viene a recuperar un instituto del concurso que hemos tenido ocasión de estudiar en nuestra introducción histórica como es el desamparo o la cesión de los bienes del concursado.

Podemos apreciar cómo se emplea esta institución para mitigar el rigor de la Ley Concursal para con el deudor persona física de buena fe. El cambio normativo operado permite que en el caso de que un deudor de buena fe haya satisfecho los créditos contra la masa y aquellos con garantía real, pueda solicitar la exoneración del pago de los créditos ordinarios satisfaciendo, como mínimo, el 25% de estos últimos o si ha alcanzado otro acuerdo con los acreedores respecto a pago de los créditos ordinarios que lo haya cumplido.

Hemos de hacer mención expresa al concepto legal de deudor de buena fe, que deja de ser un concepto jurídico indeterminado para quedar perfectamente positivizado como aquel deudor cuyo concurso no haya sido declarado culpable y que:

- No haya sido condenado por delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico o la Hacienda Pública en los diez años anteriores a la declaración del concurso, haya celebrado o al menos intentado el acuerdo extrajudicial de pagos previsto en el artículo 231 de la LC y que los créditos contra la masa y los privilegiados los haya satisfecho en su integridad quedando

1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.

Los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado.

Si el concursado estuviera casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico conyugal, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

6. Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

satisfechos igualmente los créditos ordinarios según lo pactado en el acuerdo extrajudicial y caso de no existir éste deberá satisfacer al menos hasta un 25% de estos. Reuniendo los anteriores requisitos puede considerarse deudor de buena fe.

La norma prevé un régimen alternativo que otorga el calificativo de deudor de buena fe para el supuesto de no poder cumplir con los anteriores requisitos que es el siguiente:

- Aceptar un plan de pagos para hacer frente durante cinco años al pago de los créditos contra la masa y los privilegiados y los ordinarios hasta el 25%, haber cumplido con las obligaciones de información y colaboración impuestas por el artículo 42 de la LC, no haberse beneficiado de la exoneración de pagos en los diez años anteriores, no haber rechazado en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso ofertas de empleo adecuadas a su capacidad y aceptar que este beneficio conste inscrito en el Registro Público Concursal durante cinco años.

Dicho régimen es bastante flexible pues permite al deudor hacer frente al pago de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados así como el 25% de créditos ordinarios sin que se devenguen intereses pudiendo beneficiarse de la exoneración del resto del pasivo que quede insatisfecho.

Para ver los efectos que provoca dicha normativa habremos de esperar hasta ver el impacto real que tiene, pero es indudable que constituye un beneficio el hecho de aliviar los créditos ordinarios hasta en un 75%, los cuáles conforman la mayoría del pasivo permitiendo al deudor de buena fe persona física poder volver a acceder al crédito.

Este mecanismo de segunda oportunidad para el concursado persona física atenúa el excesivo rigor que la Ley Concursal dispensa en el actual concurso. Ahora bien en la práctica nos queda una situación muy habitual que es la siguiente: a menudo muchas personas crean una Sociedad de Responsabilidad Limitada para el ejercicio de una actividad profesional y los usos bancarios son los de exigir el aval personal para obtener financiación. De manera que cuando se produce una insolvencia de la empresa el deudor persona física responde con todo su patrimonio de esa deuda y no puede acogerse al mecanismo de segunda oportunidad pese a su condición de persona física. Tal vez

hubiera sido interesante ampliarlo a los garantes del concursado persona jurídica que tengan la condición de persona física.

En sintonía con lo expuesto en relación al mecanismo de segunda oportunidad hay que tener en consideración que el impacto real de dicho mecanismo va a venir muy condicionado por un hecho que es público y notorio. El mayor endeudamiento de la persona física se corresponde con las deudas hipotecarias para la adquisición de su vivienda. Esto hace que al tratarse de una deuda con privilegio real y, en consecuencia, de las que el mencionado mecanismo exige que deba de quedar saldada íntegramente va a ser un grave obstáculo pues en la mayoría de los casos la situación de insolvencia viene dada por la imposibilidad de atender, junto con otros pagos, el correspondiente al préstamo con garantía hipotecaria. Ello nos induce a concluir en el sentido de que dicho mecanismo va a tener un impacto muy pequeño en la mayoría de los concursos de personas físicas.

2. El deudor persona jurídica.

En relación a las personas jurídicas del mismo modo que se les reconoce la capacidad para ser parte en el artículo 6 de la LEC, el legislador concursal tiene en cuenta su personalidad, por lo que puede ser declarada en concurso cualquier persona jurídica, con independencia de que su naturaleza sea civil o mercantil e incluso tratarse de asociaciones, federaciones y confederaciones dado que tal y como señala FERNÁNDEZ DUQUE sus respectivas leyes reguladoras las dotan de personalidad jurídica.²⁴⁷

Otra de las cuestiones que tenemos que plantearnos es ¿qué ocurre con las sociedades en formación y con las irregulares? En el primero de los casos entiende FERNÁNDEZ DUQUE que siempre que se trata de constituir una sociedad con personalidad jurídica procede la declaración del concurso, pues ya existe un patrimonio puesto común para responder de las deudas.²⁴⁸

En el segundo de los casos, a las sociedades irregulares, de conformidad con el artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, se les aplicarán las normas de la

²⁴⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “El presupuesto subjetivo del concurso: sujeto pasivo” en AAVV: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012, pág. 119.

²⁴⁸ *Ibidem*, pág.116.

sociedad colectiva o de la sociedad civil, por lo que sigue existiendo una personalidad jurídica y procede, en consecuencia la declaración de concurso si concurre la causa de insolvencia.

3. La herencia como patrimonio sin personalidad objeto de la declaración de concurso.

El apartado 2 del artículo 1 de la LC establece que puede declararse el concurso de la herencia que no haya sido aceptada pura y simplemente. Nos encontramos en la herencia yacente y la herencia a beneficio de inventario.

Resulta indiscutible que ambas modalidades constituyen un patrimonio determinado que carece de personalidad alguna. Ello provoca no poca distorsión con el número precedente del artículo 1 de la LC que fundamenta el presupuesto subjetivo en la persona.

Ello ha generado cierta polémica entre la doctrina de si se trata de un supuesto de concurso patrimonial como excepción a la norma general de concurso personal imperante. DUQUE DOMÍNGUEZ concluye que más que un supuesto de concurso patrimonial la Ley Concursal contempla supuestos especiales de patrimonios dotados de subjetividad para alcanzar los fines del concurso. Se trataría por tanto de meras excepciones a la norma general del concurso personal que rige en la vigente LC.

Existen otras masas patrimoniales carentes de personalidad jurídica propia como pueden ser el patrimonio separado constituido para atender las necesidades de las personas con discapacidad o el constituido para atender las necesidades de los menores e incapaces. Ahora bien estos, a diferencia de la herencia no pueden ser declarados en concurso al no estar previstos por la LC tal y como señala DUQUE DOMÍNGUEZ²⁴⁹.

4. Los entes de Derecho Público.

Quedan al margen de la posibilidad de ser declarados en concurso la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas así como las Entidades Locales. A las anteriores han de sumarse las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica que estén vinculadas a dichas administraciones.

²⁴⁹ *Ibidem*, pág. 122.

La motivación es lógica y es que los anteriores entes persiguen el interés general, por lo que una hipotética declaración de concurso de los mismos perjudicaría el supremo interés general al que sirven *ex* artículo 108 de la Constitución Española.

Podemos alegar que ciertas empresas de capital público no están encaminadas a la consecución del interés general y que en ocasiones están destinadas a operar en el mercado y a obtener un beneficio, en estos supuestos autores como ESTEBAN RAMOS entienden que su exclusión carece de sentido²⁵⁰, opinión que encontramos acertada pues ello supone colocarlos con una ventaja injustificada que afecta a la competencia y puede conllevar importantes distorsiones en el mercado.

Resulta muy interesante el criterio seguido por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia a la hora de examinar la concurrencia o no del presupuesto subjetivo en una empresa participada al 100% por un Ayuntamiento.

El tribunal *a quo* opta por un criterio funcional, para examinar si la empresa persigue un ánimo de lucro o la prestación de un servicio público. Auto de 15 de noviembre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil Número 3 de Valencia.²⁵¹

Digno de mención encontramos el criterio del Juzgado de lo Mercantil de Almería, quien además del porcentaje de participación atiende al criterio de la posibilidad de libre disolución o liquidación sin trabas administrativas.²⁵²

²⁵⁰ ESTEBAN RAMOS, M.L.: “El presupuesto subjetivo del concurso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 10, primer semestre de 2009, La Ley, 151.

²⁵¹ Fundamento de Derecho Tercero: *Así las cosas, en línea de principio podrían considerarse que los servicios municipales que presta la concursada no implican ejercicio de autoridad, por lo que pueden gestionarse indirectamente (art. 85.3). Como pone de relieve Mario Garcés Sanagustín, XXXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado; La Legislación Concursal: respuestas jurídicas para una crisis; Madrid, 23 y 24 de noviembre de 2011, allí donde una sociedad mercantil es una mera prolongación instrumental u orgánica de una actividad donde se está prestando un servicio de interés público, que apliquen las reglas generales del Derecho Público; ahí donde estemos ante una sociedad que actúa en un mercado imperfecto, pero donde yo no tengo la obligación jurídico material de inyectar capital para sanear esa entidad, aquí no persigue ningún fin de interés público. Es decir, eso no es un fin de interés general, será un fin de interés social, y desde luego no tiene nada que ver con el prurito de gestión de los intereses públicos ni de los intereses generales. Pero, claro, hablamos de contratación pública, pero ese concepto no se ha acuñado ni se ha gestado en el ámbito del Derecho Mercantil, en el ámbito del Derecho del concurso, y entonces por eso algún autor ha venido a decir, en concreto Jiménez Blanco, que el concepto precisamente de interés es hábil, es completamente evanescente, y que va a depender caso por caso de lo queramos que sea interés público o no. Y que por eso al fin y al cabo estamos en el ámbito del puro decisionismo. Todo esto nos conduce a decidir si hay que someterse a una regla estrictamente nominal o, por el contrario someterse a un criterio funcional. Y desde luego, la propia naturaleza de las cosas parece inclinarnos por la elección y utilización de un criterio funcional.*

²⁵² Auto de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Mercantil de Almería, Fundamento de Derecho Octavo: *En consecuencia, podemos llegar ya a una conclusión de acuerdo con la normativa básica (art. 149.1.18º) y supletoria (art. 149.3 de la Constitución del Estado. El proceso concursal finalizará por un*

Consecuencia de lo anterior, tratándose de Entidades de Derecho Público, habremos de estar al caso concreto y atender a los distintos criterios jurisdiccionales como los expuestos. En síntesis, si la empresa está prestando un servicio público debe quedar a salvo del concurso por el mismo motivo por el cual quedan al margen la Administración.

IV. EL PROCESO DE DECLARACIÓN.²⁵³

Una vez examinados los presupuestos tanto procesales como materiales que han de concurrir necesariamente para la apertura de un concurso de acreedores llegamos al examen del proceso de declaración. Llegados a este punto resulta importante remarcar que el proceso de declaración del concurso se trata de un auténtico proceso jurisdiccional, pues a lo largo del tiempo no han faltado autores que han defendido la naturaleza administrativa del concurso de acreedores, DAMIAN MORENO recoge a

convenio, o con la apertura de la liquidación, que necesariamente implica la disolución de la sociedad concursada (art. 145.3 de la Ley Concursal). La resolución de apertura de liquidación y disolución de la concursada debe ser libre, en el sentido de que no puede estar sometida a trabas administrativas. Si existiesen, estamos ante una Entidad de Derecho Público, que no puede ser declarada en concurso (art. 1.3 LC). Y existen cuando estamos ante una entidad pública empresarial o sociedad estatal en cuyo capital sea, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos dependientes, al menos en 50 %, puesto que en ese caso la resolución final de liquidación no tiene efecto alguno: se necesitaría autorización del Consejo de Ministros. En los demás supuestos en los que no se da esta circunstancia es posible el dictado del auto de liquidación, que se lleva aparejada la disolución y apertura de liquidación, libre de cualquier atadura administrativa, auto que producirá todos sus efectos. El juzgador considera que sólo en estos supuestos estamos ante una entidad mercantil vinculada a una Administración Pública que no es entidad de Derecho Público en el sentido del art. 1.3 de la Ley Concursal. Sólo en estos supuestos estamos ante una entidad sujeta en su integridad al Derecho Privado, cuya intervención por las administraciones públicas sólo puede venir por la extraordinaria intervención en el convenio de acreedores según el art. 10.1.II de la Ley Concursal.

²⁵³ Sobre el proceso de declaración véanse: CORDON MORENO, F.: “Los presupuestos del concurso y su declaración” en *Proceso Concursal*, Navarra, 2013, págs. 89 a 113; CORDÓN MORENO, F.: “Aspectos procesales de la reforma concursal” en AAVV: *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012, págs. 641 a 669; PÉREZ LOPEZ DE BRIÑAS, M.: “Sección II de la provisión sobre la solicitud” en AAVV *Proceso Concursal*, Director: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013, págs. 103 a 132; SELLER ROCA DE TOGORES, L.: “La solicitud de declaración de concurso voluntario” en AAVV *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012, págs. 57 a 93; DAMIÁN MORENO, J.: “El procedimiento de declaración del concurso” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII *Derecho concursal Procesal*, Madrid, 2008, págs. 139 a 173; RIFÁ SOLER, J.M.: “La declaración de concurso” en AAVV, *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, págs. 49 a 83; PEITEADO MARISCAL, P.: *La declaración del Concurso*, Navarra, 2005. BONET NAVARRO, A.: “La declaración de concurso” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, págs. 210 a 245. GONZÁLEZ LECUONA, M. M.: “Comentario al Artículo 13 de la Ley Concursal” en AAVV *Comentarios a la Ley Concursal*, Director CORDÓN MORENO, F., Navarra 2009 recurso electrónico de Aranzadi BIB 2009\2372 consultado el 22 de septiembre de 2015.

varios autores que defendieron dicha naturaleza.²⁵⁴ Este posicionamiento doctrinal hoy en día ha sido ampliamente superado.

La actual regulación del concurso evidencia que nos encontramos con una institución netamente procesal y en este sentido CORDÓN MORENO se muestra harto contundente cuando señala que no puede desconocerse que el concurso de acreedores es una institución procesal.²⁵⁵

Al terminar el estudio del proceso de declaración del concurso de acreedores tendremos ocasión de posicionarnos en lo relativo a la naturaleza del mismo. No obstante por el momento basta con que dejemos claro que el concurso de acreedores es un proceso que sirve como instrumento para la realización de los derechos de los múltiples acreedores que concurren frente al patrimonio de un deudor común incurso en una situación de insolvencia.

La LC establece una distinción según el proceso se inicie a instancia del propio deudor o bien por alguno de los acreedores, dando lugar al concurso voluntario y al concurso necesario respectivamente. Estudiaremos a continuación ambos procesos.

1. El concurso voluntario.

La definición de concurso voluntario de acreedores la recoge el artículo 22 de la LC cuya dicción literal es la siguiente:

“El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario”

Por consiguiente, con carácter general, el concurso voluntario será aquel que haya sido instado por el propio deudor con anterioridad a cualquier otro legitimado. El precepto toma en consideración la posible solicitud del deudor toda vez que el concurso ya haya sido solicitado por un acreedor de manera que, en este caso, la solicitud del deudor ya no tendrá el carácter voluntario pese a haber sido solicitado también por el propio deudor pues, en la práctica, lo único que pretende el deudor en este tipo de situaciones no es otra cosa que beneficiarse del régimen del concurso voluntario el cual

²⁵⁴ DAMIÁN MORENO, J.: “El procedimiento de declaración del concurso” en AAVV *Op. Cit.*, pág.139.

²⁵⁵ CORDÓN MORENO, F.: “Aspectos procesales de la reforma concursal” en AAVV: *Op. Cit.*, pág.643.

le resulta a todas luces más favorable como más adelante tendremos ocasión de examinar.

Hemos de referirnos a la posibilidad que tiene el deudor de solicitar el concurso voluntario cuando se encuentre en un estado de insolvencia inminente.²⁵⁶ Éste último tiene la facultad de instar una declaración de concurso, que será voluntario, con las ventajas inherentes a este tipo de pronunciamiento a las que dedicaremos un epígrafe aparte.

Sin embargo, tratándose de una insolvencia actual, el deudor no tiene una facultad para instar la declaración de concurso voluntario sino un deber impuesto por ministerio legal. El artículo 5 de la LC obliga al deudor a instar la declaración de concurso en el plazo de dos meses a contar desde conociera o debiera de conocer que se encontraba en un estado de insolvencia.²⁵⁷ La doctrina mayoritaria considera que se trata de una auténtica obligación para el deudor insolvente.

En este sentido SELLER ROCA DE TOGORES²⁵⁸ entiende que “*el legislador no ha querido que la solicitud de la declaración de concurso se constituya sólo como un derecho, sino como un auténtico deber jurídico*”. PEITEADO MARISCAL²⁵⁹ hace alusión al concepto de declaración como un beneficio tanto para los deudores como para la economía en general que solo no para el deudor motivo por el cual, para la salvaguarda de ambos intereses, la LC impone al deudor el deber de declarar el concurso.

No en abierta contradicción, pero sí desde otra perspectiva encontramos la posición al respecto de DAMIÁN MORENO, quien entiende que más que una verdadera carga para el deudor, se trata de un derecho dado el interés de éste en obtener los efectos favorables de su propia declaración.²⁶⁰

²⁵⁶ Artículo 2.3 LC: “*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.*”

²⁵⁷ Artículo 5 LC: “*El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.*”

²⁵⁸ SELLER ROCA DE TOGORES, L.: *Op. Cit.*, pág.62.

²⁵⁹ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, pág.113.

²⁶⁰ DAMIÁN MORENO, J.: “El procedimiento de declaración del concurso” en AAVV *Op. Cit.*, pág.163.

La obligación de instar la declaración de concurso se ve atenuada con la previsión contenida en el artículo 5 bis LC²⁶¹, el cual permite al deudor comunicar al juzgado que deba de conocer del concurso que se encuentra incurso en negociaciones con sus acreedores para quedar exento temporalmente de la obligación de solicitar el concurso. Si transcurridos tres meses desde que se comunicó al Juzgado no se ha alcanzado un acuerdo de refinanciación ni una propuesta de convenio deberá el deudor instar la correspondiente declaración de concurso voluntario.

El extenso artículo 5 *bis* LC regula el denominado “preconcurso” cuya finalidad es evitar la apertura del concurso a través de una operación de refinanciación de la deuda que permita salvar el estado de insolvencia o, en su caso, lograr un acuerdo para el pago que pueda ser posteriormente homologado por el juzgado y evitar de este modo la costosa tramitación del concurso que en muchas situaciones no beneficia en nada ni a los acreedores ni al deudor.

Esta fase es, en todo caso, anterior al proceso de declaración del concurso, motivo por el cual resulta ajena a los fines de la presente investigación y no vamos a ahondar en su estudio más allá del efecto, al que ya nos hemos referido, de suspender el plazo para la presentación del concurso voluntario durante un periodo máximo de tres meses desde que se produzca la comunicación.

Una vez examinada la obligación impuesta al deudor por el artículo 5 LC de instar la declaración de concurso cuando se encuentre en estado de insolvencia en los dos meses siguientes, con la salvedad comentada *ud supra* del preconcurso, procede examinar el proceso de declaración.

A. La declaración judicial de concurso voluntario.

El proceso de declaración del concurso voluntario tiene lugar a instancia del deudor, por lo que corresponde a este la legitimación activa. Ahora bien, la Ley

²⁶¹ Artículo 5 bis LC: “1. 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.

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.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.”

diferencia según estemos ante personas físicas o jurídicas. Así, el artículo 3.1 LC establece que está legitimado, entre otros sujetos, el deudor. El referido precepto en su apartado 3 establece una norma especial relativa a las personas jurídicas, confiriendo una legitimación *ad causam* en favor de los socios, miembros o integrantes que sean responsables a título personal de las deudas de la sociedad.

Ahora bien, en el caso de que sean estos últimos nos encontraremos fuera de la órbita del concurso voluntario, pues quien estaba obligado a presentar la declaración, el deudor, no lo ha hecho en primer lugar. Esta posición es mantenida por SELLER ROCA DE TAGORES al señalar que en el supuesto de que la declaración sea instada por cualquiera de los legitimados en el artículo 3.3 de la LC se trata de un concurso necesario con cita del Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de marzo de 2009.²⁶² Tratándose de una persona jurídica debe solicitar el concurso voluntario o el órgano de administración o el de liquidación tal y como señala el artículo 3 de la LC.

En síntesis, tanto si el deudor es persona física como jurídica, en el proceso de declaración de concurso de acreedores voluntario, el único legitimado será el deudor.

En cuanto a la forma de la solicitud el artículo 6 de la LC no aclara nada salvo que deberá expresar si el estado de insolvencia es actual o inminente y que documentos deberán ir junto a la misma.

En nuestra opinión, dada la pretensión que se ejercita consistente en la obtención de un pronunciamiento judicial, deberá hacerse mediante demanda, fórmula a través de la cual, previa exposición razonada de los hechos y los fundamentos de derecho se solicita al órgano jurisdiccional la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, por lo que tiene plena vigencia el artículo 399 de la LEC relativo a los requisitos formales de la demanda.

Sobre la forma de la solicitud la doctrina se muestra unánime: SELLER ROCA DE TAGORES entiende que la práctica aconseja seguir la estructura de una demanda en aras de una mejor claridad expositiva.²⁶³ Para PEITEADO MARISCAL la solicitud de

²⁶² SELLER ROCA DE TAGORES, L.: *Op. Cit.*, Madrid, 2012, pág.74.

²⁶³ SELLER ROCA DE TAGORES, L.: *Op. Cit.*, Madrid, 2012, pág.80.

concurso debe de hacerse con forma de demanda.²⁶⁴ RAMOS IBÓS postula que la solicitud de concurso habrá de revestir la forma de demanda.²⁶⁵

La demanda deberá ser suscrita por abogado y procurador de conformidad con lo prevenido en el artículo 184.2 de la LC cuyos términos resultan inequívocos cuando señala que el deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de abogado.

a) Documentos que han de acompañar a la solicitud de concurso voluntario.

Junto con la solicitud en forma de demanda necesariamente habrán de incorporarse una serie de documentos que recoge pormenorizadamente apartado 2 del artículo 6 de la LC.²⁶⁶

Además de los anteriores, cuando el instante de la solicitud de concurso viniera obligado a llevar contabilidad, el artículo 6.3 LC establece la obligación de aportar una

²⁶⁴ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005, pág.116.

²⁶⁵ RAMOS IBÓS, T.: *Sinopsis de la nueva Ley Concursal*, Recurso digital consultado en V-Lex el día 22/04/2015.

²⁶⁶ Artículo 6.2 LC: *a la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:*

1º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.

2º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

3º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

4º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

5º La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

serie de documentos contables que permiten al juez obtener una imagen fiel del estado contable.²⁶⁷

Los anteriores documentos tienen como finalidad dotar al juez del concurso de los suficientes elementos de juicio para poder llegar al convencimiento de que existe una verdadera situación de insolvencia. El apartado 5 del artículo 6 LC establece que en el supuesto de que alguno de los documentos recogidos en los apartados 2 y 3 del mencionado precepto no pudieran ser aportados junto con la solicitud, el deudor deberá exponer la causa de la no aportación.

La necesidad de advenir la realidad de la insolvencia cobra razón de ser en la actual LC dado que la declaración de concurso no tiene el carácter confesorio que tenía en la antigüedad. En este sentido GARRIGUES afirmaba el carácter confesorio de la quiebra con total rotundidad así como la ausencia de acreditar la misma que devenía de tal carácter.²⁶⁸ En buena lógica, si consideramos los efectos personales que acarrea la declaración de la quiebra hay que concluir que nadie tendría interés alguno en la declaración de dicho estado.

Junto a los documentos específicos enumerados en el artículo 6 de la LC, habrán de acompañarse a la demanda todos aquellos documentos que el instante pretenda incluir en el proceso en aplicación de los artículos 264 y 265 ambos de la LEC, es decir, tanto los documentos procesales, como son los relativos a la acreditación de la representación, cobrando especial trascendencia en el supuesto de menores, incapaces pero sobre todo cuando se trate de personas jurídicas, y cualesquiera otros documentos o informes relativos al fondo de la pretensión no contemplados en el artículo 6.

²⁶⁷ Artículo 6.3 LC: *Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:*

1º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

²⁶⁸ GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1969, pág. 393.

El incumplimiento del deber de aportación de los documentos enumerados en el artículo 6 venía regulado en el apartado 2 del artículo 14 cuya dicción literal era la siguiente: “*si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada.*” Dicho precepto, ha sido derogado con la reforma de 2011 y la cuestión ha pasado a regularse en el artículo 13.2 de la LC cuya en redacción ha sido mejorada.²⁶⁹

Si se deja de aportar un documento procesal como sería el poder del procurador o el documento que acredite la representación del instante se produce en ambos casos un vicio procesal. En el caso del procurador carece de la necesaria representación afectando a la postulación y en el caso de la parte se produciría una falta de capacidad procesal pues la representación de la parte que no puede comparecer por sí misma no ha quedado acreditada.

Tales vicios provocan la necesidad de subsanación en aplicación del artículo 13.2 LC de modo que se requerirá a la parte para que aporte el correspondiente documento que acreditativo de la representación con la que interviene bajo apercibimiento de inadmisión. En caso de no atender el requerimiento de subsanación procede dictar auto de inadmisión por aplicación del párrafo segundo del artículo 13.2 LC.²⁷⁰

La no aportación de los documentos sobre el fondo que recoge el artículo 6 LC merece una consideración bien distinta. Y ello por cuanto que el propio artículo si bien no recoge las consecuencias de su no aportación sí que especifica que cuando no se aporte alguno de dichos documentos el deudor instante habrá de exponer los motivos por los que no ha podido dar cumplimiento al deber de aportación.

Ahora bien, el artículo deja un amplio margen al juez a la hora de proveer sobre la solicitud, pues no queda claro si solo puede dejar de aportarse uno o por el contrario son varios. Una interpretación de la letra de la ley, al referirse a un documento en singular, nos llevaría a la conclusión de que no podría admitirse la solicitud cuando faltasen más

²⁶⁹ Artículo 13.2 LC: *Si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto procesal o material o que ésta es insuficiente, señalará al solicitante un único plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días.*

²⁷⁰ Párrafo 2º artículo 13.2 LC: *Justificado o subsanado dentro del plazo, el juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil proveerá conforme a los artículos 14 ó 15. En otro caso, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición.*

de uno, conclusión que vendría fuertemente sustentada por la aplicación supletoria del artículo 269.2 de la LEC²⁷¹ en relación con los artículo 266.5º de la LEC²⁷² y 6 LC.

La cosa es bien distinta si atendemos al espíritu de la norma, y en este caso podríamos entender que, aunque no se hayan acompañado todos los documentos legalmente exigidos por el artículo 6 LC, si se han aportado otros que muestran la situación de insolvencia debería de admitirse la solicitud.

Esta posición puede reforzarse si consideramos los documentos enumerados en el artículo 6 de la LC como documentos relativos al fondo y no como documentos exigidos para la admisión a trámite de la demanda. Los documentos que exige el artículo 6 LC son todos ellos relativos al fondo del concurso, pues son documentos que no hacen sino acreditar la existencia de la insolvencia. En este supuesto sería de aplicación supletoria el artículo 269.1 de la LEC.²⁷³

Esta interpretación teleológica da un mejor encaje al apartado 5º del artículo 6 LC el cual requiere que se expliquen los motivos por los que no se ha aportado el documento así como al 13.2 LC que permite al juez dar trámite para que sean aportados aquellos que entienda necesarios. Cuando el juez del concurso examine la solicitud y falte tanto algún documento procesal como algún documento sobre el fondo o entienda que concurren cualquier otra deficiencia, dará un trámite para subsanar que no podrá exceder de cinco días tal y como dispone el artículo 13.2 LC.

Por cuanto llevamos expuesto podemos concluir que cuando el deudor deje de aportar junto con la solicitud el poder especial que requiere el procurador o no acredite la representación que se atribuya, el juez del concurso dará trámite para subsanar el vicio previa su admisión, debiendo inadmitir la solicitud si el vicio advertido no fuese subsanado. En apoyo de esta tesis podemos citar el Auto de 26 de noviembre de 2008 de Juzgado de primera instancia de Badajoz que confirma la resolución de un recurso de reposición frente a la inadmisión por quedar revocado el poder del administrador de la

²⁷¹ Artículo 269.2 LEC: *No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266.*

²⁷² Artículo 266.4º LEC: *Aquellos otros documentos que esta u otra ley exija expresamente para la admisión de la demanda.*

²⁷³ Artículo 269.1 LEC: *Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que, según los preceptos de esta Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, si no se dispusiese de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente.*

sociedad instante del concurso.²⁷⁴ También se inadmite la solicitud por falta de apoderamiento especial en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de fecha 25 de febrero de 2009.²⁷⁵

Tratándose de la ausencia de alguno o algunos de los documentos relativos a la insolvencia y que se enumeran en el artículo 6.2 y 6.3 de la LC, la no aportación no implicará la inadmisión de la solicitud *ab limine*, aunque bien podrá determinar un pronunciamiento negativo por el juez del concurso si del resto de documentos no queda suficientemente acreditada la situación de insolvencia y, advertida esta circunstancia al deudor, éste no la subsanara.

En cualquier caso, producida la inadmisión a trámite, frente a la misma podrá interponerse recurso de reposición tal y como establece el apartado segundo del artículo 13.2 de la LC.

Cabría preguntarse si la desestimación del recurso de reposición sería recurrible en apelación, dado que se trata de una resolución que podría afectar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso. Hemos de partir necesariamente del artículo 197.3 de la LC, el cual establece que contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que la Ley excluya todo recurso u otorgue otro distinto.

La opinión de la doctrina mayoritaria es unánime al respecto: para PEREZ LÓPEZ DE BRIÑAS²⁷⁶ solo cabe recurso de reposición, iguales posicionamientos mantienen RIFÁ SOLER²⁷⁷ y CORDÓN MORENO.²⁷⁸

²⁷⁴ Auto de 26 de noviembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz, Fundamento de Derecho Primero: *En realidad y como asimismo fuera expresado en la resolución ahora recurrida tal desentendimiento no sólo refrenda el defecto formal inicialmente destacado, sino que hacía palmario el defecto no ya formal sino también de fondo de contradicción interna en el órgano de administración, con la revocación en todo caso acontecida, de poder de representación y el defecto en resumen que se mantiene no ya de apoderamiento sino de propia voluntad social para la admisión a trámite del concurso.*

²⁷⁵ Auto de 25 de febrero de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, Fundamento de Derecho Primero: *Conllevará la inadmisión cuando en la documental presentada no se aporte poder o no se solicite apud acta; en estos casos la aportación de un poder general y no especial debe entenderse como no aportación del poder y por lo tanto conllevará la inadmisión dado que el régimen del poder especial conlleva determinadas facultades (art. 25 LEC) que no se recogen en el general y por ello no existe una solicitud con documental completa; cuando no se aporte la memoria; cuando no se aporte el inventario de bienes y derechos o la relación de acreedores; cuando no se aporten los documentos contables exigidos en el artículo 6.3 LC ; cuando no se aporte plan de liquidación en el supuesto en que se solicite esta. Esta falta de aportación deberá asimilarse a una aportación inidónea en tanto en cuanto, por ejemplo, se presente algo titulado como memoria pero por ejemplo no lo sea (presentar por ejemplo la memoria de las cuentas anuales como tal memoria) o se presente un plan de liquidación que en realidad no lo sea.*

b) El enjuiciamiento sobre el concurso voluntario.

Presentada la solicitud, tiene lugar el examen de la misma por el juez de lo mercantil. En primer término, deberá examinar de oficio su propia jurisdicción y competencia tal y como expusimos en epígrafes anteriores.

Una vez entienda que tiene jurisdicción y competencia para el conocimiento de la solicitud voluntaria de concurso examinará si concurren el resto de requisitos procesales para su admisión, esto es, la postulación y la representación.

Una vez examinados los anteriores procederá al enjuiciamiento sobre el fondo. El procedimiento de enjuiciamiento representa una novedad bastante importante en relación con el antiguo instituto de la quiebra. Como ya adelantábamos, el concurso de acreedores deja a un lado el carácter confesorio que desde su nacimiento había venido caracterizando a la solicitud de quiebra instada por el deudor.

Desde el punto de vista procesal vamos a exponer cómo con anterioridad no existía enjuiciamiento sino una resolución automática dado el carácter confesorio que se atribuía a la declaración de insolvencia. Bastará con tomar como punto de partida el artículo 1.016 del Código de Comercio de 1.829 el cual establecía que *“la declaración formal del estado de quiebra se hace por providencia judicial a solicitud del mismo quebrado”*. Ni el Código de Comercio de 1.829 ni la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 contenían una definición de las resoluciones procesales como tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

La primera referencia a las resoluciones procesales la encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 en su artículo 668 cuyo tenor literal era el siguiente: *“las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que tengan carácter judicial se denominarán: providencias, cuando sean de mera tramitación”*

La anterior definición pasó a la LEC de 1881, el cual, las define del modo siguiente en su artículo 369: *las resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en los negocios de carácter judicial, se denominarán: “providencias”, cuando sean de tramitación. Añade a renglón seguido el artículo 370 de la citada disposición que: la fórmula de las “providencias” se limitará a la determinación del Juez o Tribunal, sin*

²⁷⁶ PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M.: *Op. Cit.*, Barcelona, 2013, pág. 106.

²⁷⁷ RIFÁ SOLER, J.M.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005, pág. 67.

²⁷⁸ CORDÓN MORENO, F.: *Proceso concursal*, Navarra, 2013, pág. 94.

más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerde y el Juez o Sala que la dicte.

Dado el carácter de resolución de mero trámite resulta evidente que no existía en modo alguno la emisión de un juicio sobre la solicitud por el órgano jurisdiccional sino que se declaraba el concurso con la sola expresión de la fecha de la declaración y el juez que la dictaba.

Ahora bien, el carácter confesorio no derivaba de la declaración *ex lege* de la quiebra, sino de la exigencia de una declaración formal²⁷⁹ puesta en conexión con los efectos que esta producía. Así la declaración de quiebra se configuraba no como un derecho sino como un deber y del mismo modo, los efectos que, tal y como ya expusimos, eran de una gran entidad por los efectos patrimoniales y personales que acarrea al deudor, baste con recordar el arresto del quebrado y la ocupación de todas sus pertenencias.²⁸⁰

Considerando la exigencia legal y las graves consecuencias, resulta obvio que a ningún deudor que no estuviera en quiebra se le ocurriría solicitar la declaración de concurso y de ahí que se le atribuyese ese carácter confesorio.

Resulta evidente que con la promulgación de la vigente LC, tal y como ya expusimos en su momento, existe un deber de declararse en concurso, pero los importantes beneficios que puede obtener el deudor de la declaración hace que se considere más bien un auténtico derecho que no una obligación. Es precisamente ese trato de favor que dispensa la LC al deudor que inste su propia declaración, lo que hace necesaria la intervención judicial para evitar que se puedan dar declaraciones de concurso voluntario en fraude de los acreedores.

²⁷⁹ Artículo 1.017 del Código de Comercio de 1.829: *Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra ponerlo en conocimiento del Juzgado de su domicilio dentro de los tres días siguientes al en que hubiera cesado en el pago corriente de sus obligaciones, entregando al efecto en la escribanía del mismo Juzgado una exposición en que se manifieste en quiebra y designe su habitación y todos los escritorios, almacenes y otros cualesquiera establecimientos de su comercio.*

²⁸⁰ Artículo 1.044 del Código de Comercio de 1.829: *En el acto de hacerse por el Juzgado la declaración de quiebra, se proveerán también las disposiciones siguientes:*

...

2^a *El arresto del quebrado en su casa, si diere en el acto fianza de cárcel segura, y en defecto de darla, en la cárcel.*

3^a *La ocupación judicial de todas las pertenencias del quebrado y de los libros, papeles y documentos de su giro.*

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá valorar la situación de insolvencia que el solicitante acreditará mediante la aportación de los documentos del artículo 6 los cuales hemos tenido ocasión de estudiar. En este momento, será cuando tenga lugar la emisión de un pronunciamiento del juez del concurso.

En buena lógica, este pronunciamiento revestirá la forma de auto tal y como señala el artículo 14 LC. La modificación del tipo de resolución, pasando a ser auto en lugar de providencia no hace sino plasmar el cambio en la concepción. Si bien tal y como recuerda RIFÁ SOLER²⁸¹ durante la tramitación de la reforma concursal este artículo tuvo que ser modificado puesto que el Proyecto de Ley Concursal seguía manteniendo la emisión del auto de forma automática. Finalmente en el trámite parlamentario se llegó al texto definitivo en el cual el auto de declaración de concurso voluntario no se adopta de forma automática sino una vez examinadas las pruebas de la insolvencia facilitadas por el instante.

El plazo para dictar el auto declarando el concurso de acreedores voluntario según el artículo 13 es de un día desde la presentación de la solicitud. Ahora bien, como desafortunadamente ocurre con otros tantos plazos de resolución, la saturación de asuntos en los juzgados de lo mercantil provoca que este plazo de un día no se cumpla en la gran mayoría de las ocasiones.

La verdad es que este plazo bien merece nuestra crítica. Pues, con la salvedad de concursos de personas físicas y que no revistan una gran complejidad, el examen de la situación de insolvencia requiere de una actividad que puede variar mucho dependiendo del tamaño del patrimonio del concursado. En nuestra opinión este plazo de un día está más en consonancia con la idea primigenia de que el concurso voluntario se declarase automáticamente en la redacción dada por el Proyecto de Ley Concursal²⁸² que con la emisión de un pronunciamiento que requiere un enjuiciamiento sobre el fondo.

La inmediatez del dictamen, hoy en día, carece de sentido. En el antiguo proceso de declaración de la quiebra, cuando se trataba de quiebras a instancia de los acreedores, era necesario adoptar medidas cautelarísimas para evitar que se destruyeran pruebas y que el quebrado pudiera fugarse, de ahí la inmediatez. Tratándose de una declaración

²⁸¹ RIFÁ SOLER, J.M.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005, pág. 67

²⁸² Artículo 13 del Proyecto de Ley Concursal: *Provisión sobre la solicitud del deudor. Cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.*

del propio quebrado no había tampoco nada que comprobar dado su carácter confesorio por lo que se producía la declaración sin más.

En la actualidad hay que hacer un análisis sobre el fondo y como el deudor es el propio interesado en que se dicte no es necesaria tal precipitación. Por cuanto llevamos expuesto a nuestro modo de entender debería de haberse fijado en la LC un plazo para proveer de, al menos, cinco días.

Nuestra elección de un plazo de cinco días la hemos hecho considerando las siguientes premisas: necesidad de un pronunciamiento sumario sobre el fondo, examen de los presupuestos procesales, ausencia de una vista u oposición por el acreedor y la urgencia de obtener el pronunciamiento.

Si examinamos la LEC, la mayoría de los plazos que se dan a las partes para formular alegaciones sobre cuestiones procesales son de 5 días. Igualmente, existen varios plazos para resolver cuestiones procesales por el tribunal que son de 5 días.

En este sentido, podemos citar los artículos 65, 83, 109, 416 y 417 todos ellos de la LEC. El artículo 65 concede al Juez un plazo para resolver sobre la declinatoria de 5 días. Por su parte el artículo 83 concede igualmente al tribunal un plazo de 5 días para pronunciarse sobre la acumulación de procesos. Igual plazo contiene el artículo 109 para la resolución del incidente de recusación y el 417 en relación con el 416 relativo al examen de las cuestiones procesales planteadas en la audiencia previa.

No podemos desconocer que el plazo general para resolver en sentencia es de 20 días en el procedimiento ordinario²⁸³ y de 10 días en el ámbito del juicio verbal, con la salvedad de las demandas de desahucio que se resolverán en los 5 días siguientes.²⁸⁴

De toda la normativa que hemos analizado podemos concluir que el plazo mínimo necesario para poder emitir una resolución fundada en derecho es de cinco días. Todo ello, claro está, sin entrar en el hecho de que rara es la vez en la práctica que los órganos jurisdiccionales pueden cumplir los plazos de resolución, lo que no hace sino reforzar

²⁸³ Artículo 434 LEC: *1. La sentencia se dictará dentro de los veinte días siguientes a la terminación del juicio.*

²⁸⁴ Artículo 447 LEC: *1. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. Se exceptúan los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del tribunal para recibir la notificación si no estuvieran representadas por procurador o no debiera realizarse por medios telemáticos, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia.*

nuestra postura en relación con el insuficiente plazo que el legislador ha previsto para dictar el auto que declare el concurso voluntario de acreedores.

c) Posibles pronunciamientos y recursos.

Esta cuestión no reviste mayor complejidad. El artículo 13 de la LC solo contempla dos posibilidades, si concurren los presupuestos procesales y materiales se declarará el concurso voluntario, si no es así dictará auto desestimando la solicitud.

Hemos de precisar que el examen que hace el juez del concurso es único. No existen dos momentos -admisión y posterior examen del fondo una vez admitido- Es posible aportar todos los documentos que exige el artículo 6 de la LC y no acreditar la insolvencia por lo que la solicitud ha sido examinada y al desestimarse se hace mediante un auto que inadmite la solicitud.

Por consiguiente, el efecto desestimatorio es el mismo tanto para las solicitudes que adolezcan de vicios procesales y las que no acompañen los documentos legalmente exigidos y no subsanen a requerimiento del tribunal -a las cuales nos referimos en epígrafes anteriores- como para aquellas que cumplidos todos los requisitos y una vez examinadas, el juez entienda que no concurre el requisito de la insolvencia o el de la pluralidad de acreedores.

Tanto en uno como en otro caso se emite un auto denegatorio de la solicitud: en el caso de defectos procesales o materiales no subsanados, se fundará en estos y declarará la inadmisión y, en el segundo caso, se desestimarán la solicitud por no quedar constatados los presupuestos objetivos o subjetivos necesarios del concurso voluntario. Por consiguiente, en el primer supuesto se trata de una desestimación *ab limine* y en el segundo de fondo.

El deudor, frente al auto desestimatorio de la solicitud, únicamente podrá interponer recurso de reposición con fundamento en el artículo 14.2 LC al que hemos de hacer extensivo lo expuesto con ocasión de la inadmisión a trámite en sede del artículo 13.2 LC, si bien en este caso no cabe albergar dudas sobre la posibilidad de interponer recurso de apelación pues la propia norma matiza que solo cabrá recurso de reposición.

Ahora bien, es posible distinguir si la desestimación ha tenido lugar por otro motivo que no sea la insolvencia -que solo sería recurrible en reposición- tal y como señala MARCO COS en cuyo caso, acreditada la insolvencia y denegado el concurso por otro motivo de fondo, procedería el recurso de apelación para la discusión de los

anteriores motivos, postulado que mantiene sobre una corriente de la jurisprudencia menor²⁸⁵

d) Consideraciones sobre la ausencia de los acreedores en la declaración de concurso voluntario.

Necesariamente surge la duda de cómo en un procedimiento en el que rige el principio de justicia rogada quedan salvaguardados los intereses de los acreedores que en la fase en la que se produce un pronunciamiento judicial de gran relevancia para ellos se encuentran ausentes y ni si quiera son llamados al proceso impidiendo, si quiera, ser oídos.

Si bien es cierto que en la antigua legislación sobre las quiebras las graves consecuencias patrimoniales y personales que acarrea la declaración hacían del todo punto innecesario la concurrencia de los deudores en la fase declarativa, en la actualidad, los deudores en muchas ocasiones buscan en el concurso voluntario un medio de presión frente a sus acreedores. Dicha presión viene dada fundamentalmente por dos factores, el primero de ellos es que, de entre los efectos procesales que tendremos oportunidad de estudiar, tiene importantes consecuencias la suspensión de las ejecuciones singulares sobre el patrimonio del deudor quien puede paralizarlas todas declarándose en concurso. El segundo de los factores es el tiempo que puede durar el concurso que, debido al colapso experimentado en los juzgados de lo mercantil por la crisis hace que de *facto* los procedimientos de ejecución se puedan ver paralizados durante años.

Ello provoca que el interés de los acreedores en la declaración de concurso voluntario sea mucho mayor que en la quiebra. Ahora bien, ello no obsta que la LC vele por los intereses de estos, puesto que el juez del concurso examina la existencia de la insolvencia mediante el análisis de la documentación aportada por el deudor así como los presupuestos procesales.

Para disuadir a los deudores de que presenten documentos falsos o modificados para obtener la declaración de concurso, el artículo 164 de la LC establece que el concurso será calificado como de culpable, entre otros motivos, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la

²⁸⁵ MARCO COS, J.M., “Algunas cuestiones procesales “en AAVV *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012, pág. 982.

solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

Lo anterior no sería óbice para que el legislador hubiera otorgado la posibilidad a los acreedores para que, una vez publicado el concurso voluntario, pudiesen interponer un recurso de reposición dentro de un plazo prudencial sin que se suspendiera el curso de las actuaciones y lógicamente condenando en costas a quien interpusiera el mismo y le fuese desestimado. Se conseguiría garantizar la audiencia de los acreedores en la fase de declaración mediante el recurso permitiendo oponerse a la declaración de concurso voluntario del mismo modo que el deudor puede hacerlo en la declaración de concurso necesario *inaudita parte debitoris* a la que tendremos ocasión de referirnos cuando estudiemos el concurso voluntario.

2. La declaración judicial de concurso necesario.

De nuevo tomaremos como punto de partida el artículo 22 de la LC²⁸⁶ el cual, como ya tuvimos ocasión de examinar, establece que cuando el concurso sea instado por cualquier persona distinta del deudor se tratará de un concurso necesario.

Cabe también que, pese a que el concurso haya sido instado por el propio deudor, sea necesario. Se trataría del supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 22 LC que tiene lugar cuando en los tres meses anteriores a la solicitud del deudor, algún legitimado distinto a este hubiera presentado una solicitud de concurso y tras su admisión a trámite no hubiera comparecido, no se ratificase en la misma o desistiese.

En síntesis, salvo el caso que acabamos de referir, toda solicitud de declaración de concurso de persona distinta al propio deudor conllevará que el concurso sea necesario. A diferencia del deudor, los acreedores tienen la facultad de instar el concurso de acreedores, pero ellos no tienen impuesta una obligación legal. A continuación, pasaremos a exponer el procedimiento de declaración del concurso necesario.

²⁸⁶ Artículo 22 LC: 1. *El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.*

A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo.

2. *Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado.*

A. La solicitud de declaración de concurso necesario.

Lo primero que tenemos que precisar es que en la declaración de concurso necesario, existen dos tipos de legitimados para promoverla: los acreedores y resto de legitimados.

Si bien ambos están legitimados para promover la declaración de concurso necesario por ministerio de la ley, existirán diferencias en la fundamentación. Para instar la declaración de concurso necesario están legitimados, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la LC las siguientes personas:

- El mediador concursal: la legitimación de este último deviene del artículo 241.3 de la LC²⁸⁷ que establece la obligación de instar el concurso necesario cuando dentro del ámbito del concurso de una persona física regulado en el Título X de la LC el deudor incumpla el acuerdo de pago alcanzado con sus acreedores.
- En el ámbito de la declaración del concurso de una persona jurídica, la ley contempla una serie de supuestos de legitimación más allá de los acreedores al existir un interés legítimo de ciertas personas en que se inste la declaración de concurso.

Concretamente podrán instar la declaración de concurso necesario los socios, miembros o integrantes que respondan de forma solidaria de las deudas de la sociedad. Se trata de evitar, en la medida de lo posible, actuaciones en las que los administradores dejasen de instar la declaración de concurso voluntario lo que podría acarrear perjuicios económicos a estas personas responsables. Los supuestos de responsabilidad solidaria de los socios o partícipes habrá que buscarlos en la regulación de cada tipo societario tal y como señala VILA FLORENZA.²⁸⁸

- Tratándose de la declaración de concurso de la herencia yacente, estarán legitimados para su declaración además de los acreedores, los herederos de ésta y el administrador, quien tiene además una legitimación activa genérica que le

²⁸⁷ Artículo 241 LC: *Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.*

²⁸⁸ VILA FLORENZA, P., "Artículo 3" en AAVV *Proceso Concursal*, Coordinador: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013, pág. 50.

otorga el artículo 798 de la LEC²⁸⁹ tal y como señala el autor anteriormente mencionado.²⁹⁰ Aunque en este último caso es más que discutible su consideración como concurso necesario, pues se trata de la persona que representa a la herencia yacente y por tanto es ésta quien se declara en concurso y por ende debe de ser considerado como necesario. En este sentido se muestra el antedicho autor.²⁹¹

De cuanto llevamos expuesto nos encontramos con una legitimación activa general, que es la que tiene todo acreedor que deriva de un crédito insatisfecho, y una legitimación especial, que vendrá determinada en función de la legitimación pasiva y su relación con el concursado, pues atendiendo a la persona del concursado podrán intervenir los socios responsables solidarios de las deudas de la sociedad, los herederos y el administrador de los bienes de la herencia yacente y el propio administrador concursal.

El legislador distingue los documentos que han de adjuntarse a la solicitud de declaración de concurso necesario siendo unos para los acreedores y otros para el resto. Salvo lo que acabamos de exponer en relación a los documentos que se deben de acompañar a la solicitud para acreditar la concurrencia de los presupuestos materiales, la tramitación que se seguirá es la misma con independencia de quien sea la persona que inste la declaración de concurso. Por este motivo no vamos a dar un tratamiento diferenciado en nuestro estudio al concurso instado por los acreedores que el instado por otros legitimados.

Tal y como ya dejamos expuesto en la solicitud de concurso voluntario, la declaración de concurso necesario deberá ser redactada en forma de demanda y con los requisitos formales de esta última que ya quedaron expuestos en relación a la postulación y defensa.

B. Documentos que han de acompañar a la solicitud de concurso necesario.

Como apuntábamos anteriormente hemos de distinguir los documentos que han de ser aportados por los acreedores de lo que deben de ser aportados por otros legitimados.

²⁸⁹ Artículo 798 LEC: *Mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos.*

²⁹⁰ VILA FLORENSA, P., *Ibidem*. Pág. 51.

²⁹¹ VILA FLORENSA, P., *Ibidem*. Pág. 77.

Toda solicitud de concurso necesario, con independencia de por quién sea instada, junto con la demanda deberá aportar el poder general para pleitos, caso de no otorgarse la representación *apud acta*.

A diferencia del artículo 6 de la LC que sí que hacía mención expresa a la aportación del mismo en el concurso voluntario, el legislador concursal guarda silencio a este respecto en el concurso necesario. Si tomamos como referencia el artículo 184 de la LC²⁹² que establece la necesidad de actuar representado por procurador para instar la solicitud de concurso necesario y lo ponemos en conexión con el artículo 24.3 de la LEC²⁹³, de aplicación supletoria, resulta que el momento procesal oportuno para aportar el poder deberá ser junto con esta solicitud. Más adelante estudiaremos los efectos de la falta de su aportación.

Cuando se trate de una solicitud de concurso necesario instada por un acreedor, siempre tendrá que aportar un documento acreditativo del crédito que ostenta sobre el deudor. Tal y como señala CORDÓN MORENO²⁹⁴, con quien coincidimos plenamente, se trata de una acreditación de la legitimación activa puesto que se aporta un principio de prueba de que ostenta un crédito frente al deudor y se tiene la condición de acreedor, necesaria para poder instar la declaración de concurso necesario de conformidad con el artículo 7.1 de la LC.

Con mucha frecuencia ocurrirá que el documento que acreditará la condición de acreedor legítimo será el título por el que se despacha ejecución que no pueda ser satisfecho por ausencia de bienes previsto en el artículo 2.4 de la LC. Todos los contratos bancarios se celebran mediante pólizas de comercio intervenidas por Fedatario las cuales son título ejecutivo al disponerlo de este modo el artículo 517.2.5º de la LEC.²⁹⁵ Ocurre en la práctica que en la mayoría de los concursos de acreedores las entidades bancarias ostentan el mayor porcentaje de créditos frente al concursado.

²⁹² Artículo 184.3 LC: *Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado. Sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta.*

²⁹³ Artículo 24.2 LEC: *La escritura de poder se acompañará al primer escrito que el procurador presente o, en su caso, al realizar la primera actuación; y el otorgamiento "apud acta" deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación, sin necesidad de que a dicho otorgamiento concurra el procurador.*

²⁹⁴ CORDÓN MORENO, F., *Op. Cit.*, Navarra, 2013, pág. 92.

²⁹⁵ Artículo 517.2.5º LEC: *Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:*

La póliza u otro documento con carácter ejecutivo hacen prueba de la condición de acreedor legítimo, pero no hacen prueba de la insolvencia. Ésta última podrá acreditarse por cualquier medio válido en derecho, hecha la salvedad que contempla el apartado 2 del artículo 7 LC que no permite acreditarla únicamente por la prueba testifical.

El acreedor también podrá fundar la solicitud de concurso en el resto de supuestos contemplados en el artículo 2 de la LC. Sobreseimiento general del pago de las obligaciones del deudor, embargos generalizados por ejecuciones frente al patrimonio del deudor, alzamiento o liquidación apresurada de sus bienes o el incumplimiento generalizado -tres meses- de las obligaciones de Hacienda o de la Seguridad Social y los salarios de los trabajadores.

En buena lógica, en función del crédito que ostente el acreedor fundamentará la solicitud en uno u otro supuesto. La administración tributaria o de la seguridad social cuando constaten el incumplimiento generalizado pueden fácilmente instar la declaración aportando la prueba del incumplimiento, por ejemplo el impago de las cuotas de autónomo o de la cotización de los trabajadores, o en su caso el incumplimiento en el pago del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre el valor añadido. Los trabajadores, con casi total seguridad fundarán su solicitud de declaración de concurso necesario en el impago de las nóminas superior a los tres meses.

En síntesis de lo expuesto podemos concluir que junto con la solicitud de declaración de concurso necesario habrán de acompañarse el poder general para pleitos y el documento que acreditativo de la legitimación que podrá o no ser acreditativo de la insolvencia según los casos. Si la insolvencia se va a demostrar de forma documental deberá aportarse en este momento.

La falta de aportación de estos documentos provoca distintos efectos en función del documento de que se trate. Tratándose de la falta de apoderamiento, se requerirá a la parte para que subsanen tal vicio en la representación en el plazo de 5 días como ya expusimos en la declaración de concurso voluntario *ex* artículo 13.2 de la LC.

5º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.

Si lo que no se acredita es la condición de parte procesal legítima por no aportar el título que documente el crédito, caben dos posibles interpretaciones: la inadmisión *in limine litis* o bien la subsanación con fundamento en el artículo 13.2 de la LC.

Tras la reforma operada en 2011 por la Ley 38/2011, se puede sostener que lo procedente es dar trámite para subsanar la falta de acreditación de la legitimación activa y solo cuando no se subsane en el plazo concedido a tal fin procederá la inadmisión.

Esta interpretación puede fundamentarse en el hecho de que mientras el antiguo artículo 13.2 de la LC se refería a los defectos de la solicitud o de la documentación de un modo genérico, la redacción vigente operada por la reforma de la Ley 38/2011 se refiere a los defectos tanto materiales como procesales de la solicitud, por lo que debemos entender implícita una voluntad del legislador de que puedan subsanarse los vicios procesales.

Es necesario, llegados a este punto, recordar que existen vicios procesales que no son subsanables, como lo son los relativos a la competencia y la legitimación. Existen autores para quienes no procede la subsanación de la falta de legitimación entre quien podemos citar a GONZÁLEZ LECUONA²⁹⁶ y a CORDÓN MORENO²⁹⁷. Para los mencionados autores, la ausencia de aportación del documento que acredite la legitimación activa debe ser objeto de un pronunciamiento que inadmita la solicitud. Ciertamente no es posible subsanar una falta de legitimación pues la misma se atribuye por ministerio de la ley.

En nuestra opinión cabría diferenciar dos supuestos. Aquellos en los que se aporte un documento del que se evidencie la ausencia de legitimación activa, o los supuestos en los que el documento que acredite ésta se deje de aportar. En el primer caso, se debe de inadmitir *in limine litis* y en el segundo requerir a la parte para que lo aporte con apercibimiento de inadmisión.

Ya decíamos con anterioridad que muchas veces coincidirían los documentos acreditativos de la legitimación con los documentos que acreditan la insolvencia. Pero en los supuestos en los que no coincidan y se dejen de aportar tales documentos el

²⁹⁶ GONZÁLEZ LECUONA, M, “Comentario al Artículo 13 de la Ley Concursal” en AAVV *Comentarios a la Ley Concursal*, Director CORDÓN MORENO, F., Navarra 2009 recurso electrónico de Aranzadi BIB 2009/2372 consultado el 22 de septiembre de 2015

²⁹⁷ CORDÓN MORENO, F.: *Op. Cit.*, Navarra, 2013, pág. 92.

efecto que provocarán es que se proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2 de la LC y se conceda trámite para subsanar.

En síntesis de lo expuesto, la documentación que debe de acompañar a la solicitud de concurso debe de permitir al tribunal examinar su competencia, la legitimación y la concurrencia del presupuesto sobre el fondo. La falta de aportación, al no permitir este enjuiciamiento es óbice para la continuación en la tramitación por lo que se requiere a la parte para aportar la documentación que sea insuficiente o no haya sido aportada, y si no procede en tal sentido, se cierra el proceso de declaración de concurso necesario.

C. La provisión de la solicitud.

Recibida la solicitud de concurso necesario el órgano jurisdiccional procede su examen, previa su admisión o inadmisión a trámite. Como adelantábamos en relación a los documentos que deben de acompañar a la solicitud se produce un mero control de los presupuestos procesales y materiales que deben de concurrir para la declaración del concurso.

En el supuesto de que estime la falta de competencia dictará auto inadmitiendo el concurso que solo será recurrible en reposición con fundamento en el artículo 13.2 de la LC. Si el juez del concurso estima que de la documentación aportada no concurre la legitimación activa del acreedor procederá en idéntico sentido.

Por el contrario, si no se acreditara la legitimación o el presupuesto objetivo de la declaración de concurso de acreedores, procederá a conceder mediante providencia un plazo de cinco días para que se subsanen las deficiencias. Si no se subsana se proveerá del modo anteriormente descrito: auto de inadmisión recurrible en reposición.

En el supuesto de que concurren los presupuestos procesales y materiales procederá de conformidad con el artículo 15 de la LC²⁹⁸ y dictará una resolución cuyo

²⁹⁸ Artículo 15 de la LC: 1. *Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.*

El deudor y los demás interesados podrán interponer frente a este auto los recursos previstos en el artículo 20.

2. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del previsto en el apartado anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184 , con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los

contenido dependerá del fundamento del concurso. Si el acreedor ha fundamentado su solicitud en un título ejecutivo del que ha resultado impagado y existe una declaración judicial o administrativa de insolvencia se dictará auto declarando el concurso de acreedores sin audiencia del concursado. Frente a este auto el deudor y otros legitimados pueden interponer el recurso de apelación cuyo plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la notificación para el deudor y de su publicación en el BOE para el resto de legitimados.

Si ha fundado la solicitud en las otras causas contempladas en el artículo 2.4 dictará auto admitiendo a trámite el concurso y emplazando al deudor para que tenga lugar una fase contradictoria que finalizará con una declaración de concurso necesario o una declaración de no haber lugar al concurso.

Dada la diferencia de tratamiento que requieren dos resoluciones tan dispares, declaración de concurso *inaudita parte debitoris* y admisión a trámite del concurso necesario, las trataremos a continuación y bajo epígrafes diferenciados.

3. La declaración de concurso *inaudita parte debitoris*.

La reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 ha introducido un cambio en el artículo 15.1 que ha supuesto una importante modificación desde el punto de vista procesal. Establece el mencionado precepto que: “*cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.*”

El precepto recoge una declaración automática cuyo fundamento radica en la certeza de la insolvencia sustentada en una declaración judicial o administrativa de insolvencia o en la existencia de un embargo o averiguación patrimonial infructuosa y, partiendo de esa insolvencia, en gran medida contrastada, trata el legislador de agilizar los trámites procesales privando al deudor del trámite de oposición.

La cuestión es bastante singular, pues hoy en día no existe ningún procedimiento ejecutivo en el orden jurisdiccional civil en el que no se dé audiencia al deudor.

autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

La Exposición de Motivos de la LEC²⁹⁹ hace referencia al establecimiento de un incidente de oposición común a todos los procesos de ejecución y uno específico para las ejecuciones de bienes con garantía real.

Tampoco existe ningún procedimiento declarativo en el que el deudor no sea llamado a comparecer para contestar a la demanda. Tampoco podemos encontrar ningún caso en sede de medidas cautelares, pues ni si quiera las adoptadas sin audiencia del demandado, reguladas en el artículo 733 de la LEC,³⁰⁰ contemplan un trámite en el que no se le dé audiencia al demandado como hace la LC, puesto que el legislador ha previsto un trámite específico para que el demandado pueda oponerse a las mismas regulado en el artículo 739 de la LEC.³⁰¹

En mérito a lo expuesto podemos concluir en que la declaración de concurso necesario que opera en aplicación del artículo 15.1 de la LC no tiene parangón en el Derecho Procesal Civil actual y se trata de una figura insólita.

El Legislador, no ha creado nada que no existiera en nuestro antiguo derecho de quiebras, pues tal y como tuvimos oportunidad de examinar en nuestra investigación el Código de Comercio de 1829 contemplaba una declaración automática que solo podía ser recurrida en reposición en el plazo de 8 días, recurso que carecía de efectos suspensivos respecto a las medidas personales y reales acordadas en la providencia que declaraba el concurso.

²⁹⁹ Parágrafo XVII Exposición de Motivos LEC: *“El incidente de oposición a la ejecución previsto en la Ley es común a todas las ejecuciones, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, que tienen su régimen especial. La oposición se sustancia dentro del mismo proceso de ejecución y sólo puede fundamentarse en motivos tasados, que son diferentes según el título sea judicial o no judicial.”*

³⁰⁰ Artículo 733 de la LEC: *1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.*

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

³⁰¹ Artículo 739 de la LEC: *En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.*

La actual Ley Concursal ha rescatado esta figura, eso sí atenuada y cuyo campo de acción ha quedado reducido a una serie de supuestos en los que la insolvencia queda acreditada *prima facie* por el acreedor instante de la declaración de concurso necesario.

Dada la singularidad de esta figura, consideramos que reviste un enorme interés y haremos un análisis detallado de la misma, analizando diferentes cuestiones a las que afecta este tipo de declaración del concurso *inaudita parte debitoris*.

A. Falta de adecuación con el espíritu de la Ley Concursal.

Se produce un choque con los principios inspiradores de la regulación del concurso de acreedores, al menos, tal y como fue concebido originariamente. Por todos es bien sabido, que el contenido de las exposiciones de motivos no forma parte de la ley, o en un sentido más estricto, no tienen carácter dispositivo. No obstante lo dicho, en ellas, el Legislador nos manifiesta cual su intención a la hora de regular una determinada cuestión, todo ello claro está sin confundirnos sobre cuál es la interpretación que ha de darse a la ley, porque esa tarea no corresponde al Poder Legislativo sino al Poder Judicial.

Lo expuesto no es óbice para que podamos acudir a la Exposición de Motivos de la Ley Concursal a examinar las causas que movieron al Legislador a la hora regular ésta determinada cuestión. Adentrándonos en la misma, el Parágrafo II se refiere a las garantías del concursado en los términos siguientes: “*en todo caso, la declaración ha de hacerse con respeto de las garantías procesales del deudor, quien habrá de ser emplazado y podrá oponerse a la solicitud, basándose en la inexistencia del hecho en que ésta se fundamente o en la de su estado de insolvencia, incumbiéndole en este caso la prueba de su solvencia. Las garantías del deudor se complementan con la posibilidad de recurrir la declaración de concurso.*”

El tenor literal no puede ser más claro, el legislador pretendía que se diera al deudor una doble oportunidad de defensa, primeramente permitiendo que se opusiera a la declaración de concurso y con posterioridad a la misma la impugnación de la resolución vía recurso de apelación.

Esto nos inclina a ver en la nueva regulación una fractura evidente con el ideal originario, que podrá quedar o no justificado y que coloca a los deudores en situaciones de disparidad.

B. Problemas de tipo práctico en la aplicación del concurso inaudita parte.

Examinando el tenor literal del artículo 15.1 LC³⁰² podemos apreciar sin mayores esfuerzos intelectuales que la insolvencia se da por acreditada con la aportación de una serie de documentos. El mencionado precepto contiene un mandato muy claro al órgano jurisdiccional, que no es otro que cuando concurren los requisitos legales del artículo 15.1 declare el concurso creando de este modo, al menos en apariencia, una presunción *iuris et de iure*. Cuando tengamos ocasión de examinar la declaración de concurso con oposición del deudor observaremos que, en ese proceso, la insolvencia resulta ser una presunción *iuris tantum* permitiendo al deudor desvirtuarla en el trámite de oposición.

Debemos de recordar que los presupuestos materiales no dejan de ser meros indicios de la situación de insolvencia del deudor, correspondiendo al acreedor la prueba de la misma y al deudor corresponde desvirtuarla según las normas específicas del *onus probandi* del concurso de acreedores. Sin embargo, aquí sucede que el acreedor presenta una prueba -si bien bastante difícil de desvirtuar- que no puede ser desvirtuada previamente a adoptar la resolución que declara el concurso, sino a posteriori.

En sentido estricto no podemos hablar de la existencia de una presunción *iuris et de iure*, pues el deudor tiene la posibilidad de, en un momento posterior, desvirtuar dicha presunción. Por lo tanto, la modificación ha creado una verdadera presunción *iuris tantum*, que puede implicar que el juez deje de controlar los presupuestos, o al menos eso se desprende del tenor literal de la letra de la ley y que no se verifique ni sea objeto de prueba la situación de insolvencia.

Pensemos que la falta de verificación unida a la incomparecencia del deudor, puede acarrear que se produzca un concurso en el que el presupuesto de la existencia de varios acreedores no concorra. De idéntico parecer a nosotros se muestra ROCA DE TOGORES³⁰³ al entender que la norma no exige que existan varios embargos, bastando solo el presentado por un único acreedor.

³⁰² Artículo 15.1 LC: *1. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.*

³⁰³ SELLER ROCA DE TOGORES, L., “La solicitud de declaración del concurso. Concurso Necesario” en AAVV *Op. Cit.* Madrid, 2012, pág. 111.

Ello podría dar lugar a situaciones anómalas declarando en concurso a un deudor por el embargo fallido de un único acreedor que ha visto como su ejecución singular ha resultado fallida sin la concurrencia de uno de los requisitos materiales que tuvimos la ocasión de estudiar, esto es, la pluralidad de acreedores.

C. Afeción de los principios de audiencia y contradicción:

Harto conocidos son estos dos principios de nuestro proceso. El principio de audiencia, viene a garantizar que nadie pueda ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio, es decir garantiza la participación efectiva en el la *litis* con su tradicional formulación en latín como uno de los principios del Derecho: “*nemo damnandus nisi auditus vel vocatus*”³⁰⁴

Por su parte, el principio de contradicción implica que, una vez oídos los argumentos de una de las partes, debe de conferirse a la otra parte el trámite oportuno para que puedan defenderse, alegando lo que a su derecho convenga es un principio clásico del Derecho, *audiatur et altera pars*,³⁰⁵

El principio de contradicción se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio del derecho de defensa. Tanto es así, que de no observarse el derecho de contradicción, estaríamos vulnerando además el artículo 24 de la CE, en cuanto que como ha manifestado el propio Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de su Sentencia núm. 192/1993 “*el principio de contradicción en cualquiera de las instancias representa una exigencia imprescindible del derecho a un proceso con todas las garantías*”

En el ámbito del concurso necesario nos encontramos en un proceso que pretende la constitución de un estado jurídico que va a recaer sobre un determinado sujeto, el cual siempre es parte del proceso, aunque no comparezca tal y como preceptúa el artículo 184.1 de la LC.³⁰⁶

Por este motivo nos encontramos ante una situación un tanto paradójica, pues el deudor es parte, pero no solo es que sea parte, sino que el interés legítimo para serlo es

³⁰⁴ Nadie debe ser condenado sin haber sido oído o citado.

³⁰⁵ Óigase también a la otra parte.

³⁰⁶ Artículo 184.1 LC: *1. En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales. El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal.*

de una relevancia fundamental, pues no solo está en juego una mera declaración, sino que los efectos tanto personales como patrimoniales que traen causa de la anterior declaración son de una enorme trascendencia para el sujeto declarado en concurso necesario.

Ahora bien, no obstante lo expuesto, no podemos olvidar que la regulación normativa confiere la posibilidad de que el deudor pueda recurrir la declaración mediante la interposición del recurso de apelación en el plazo de veinte días desde que se le notificó el auto declarando el concurso.

Resulta interesante el hecho de que la contradicción tenga lugar en un momento posterior a la declaración, con las dudas constitucionales que cabría albergar al respecto.³⁰⁷ El planteamiento es el siguiente, existen ocasiones en las que para salvaguardar un interés digno de protección se dará la ocasión de alegar en un momento posterior a la toma de la decisión. Tal sería el caso de medidas cautelares del artículo 733.2 de la LEC y de la oposición al despacho de ejecución, más en sintonía con la materia concursal, contemplado en los artículos 528.1, 551.4 y 554.1 de la antedicha norma. Ahora bien, hemos de precisar que en las anteriores la oposición es incidental y frente al auto resolutorio de esta se da la posibilidad de interponer recurso de apelación.

Ni tan si quiera en un procedimiento de ejecución privilegiado como es la ejecución hipotecaria se niega el derecho a oponerse de la parte ejecutada a la que se le concede la oposición con fundamento en el artículo 695 de la LEC.

Una posible explicación sobre la idoneidad de esta situación podríamos encontrarla en el hecho de que el deudor ha sido objeto de un proceso declarativo donde pudo alegar todo lo que a su derecho conviniese, con posterioridad a éste se abrió una ejecución singular sobre su patrimonio que resultó infructuosa, y por lo tanto resulta cuando menos presumible que poco o nada va a poder contradecir el deudor sobre su solvencia, y por ello resulta más conveniente dar urgencia a la declaración y evitar que dilatar más en el tiempo una situación que para el acreedor puede resultar ya desesperante, evitando así las posibles dilaciones indebidas del deudor. En idéntico sentido podemos apuntar a la posibilidad de oposición que tiene el deudor en la

³⁰⁷ En relación con las dudas de constitucionalidad, véase la cita que hace CORDÓN MORENO de los autores que postulaban la posible inconstitucionalidad del régimen previsto en la quiebra. CORDÓN MORENO, F.: *Op. Cit.* Navarra, 2013, pág. 95

ejecución de títulos extrajudiciales que le permitieron cuestionar la existencia de la cantidad por la que se despachó ejecución.

Ahora bien hay que tener en cuenta, que en esta posible justificación se encuentre una concepción del concurso como un proceso de ejecución. Y puede que esta sea la clave de la deficiente regulación de esta cuestión.

Nos estamos refiriendo a que una cuestión de índole estrictamente procesal, ha sido tratada más bien desde un punto de vista patrimonial, cuya finalidad es la satisfacción patrimonial del acreedor lo más pronta posible. Desde el punto de vista procesal, deberíamos tender a la regulación de un proceso con las mayores garantías, concediendo lo que implicaría el otorgamiento de un trámite de audiencia al deudor.

Sin embargo, desde una perspectiva patrimonial, se trataría de acortar los plazos para llegar a la liquidación y que los acreedores puedan ver satisfechos sus derechos de crédito a la mayor brevedad. Desde esta concepción y para salvaguardar la constitucionalidad del proceso, se añade la posibilidad para el deudor de recurrir en apelación salvaguardando el principio de contradicción y con él, su derecho a la defensa.

En nuestra opinión, si consideramos el tiempo transcurrido desde que interpusiera la demanda inicial, tampoco resultaría una carga insoportable para el acreedor que se diera audiencia en este momento al deudor, pues un breve plazo no sería susceptible de alterar sustancialmente su situación económica, máxime teniendo en cuenta la brevedad de los plazos en esta fase del concurso.

Así no cabría plantearse una posible vulneración de los principios enunciados y respondería mejor al esquema del proceso con dos partes contrapuestas, pues no olvidemos que lo que aquí está en juego, no es una mera cantidad de dinero, que era lo que había en la vía civil sino que son objeto de enjuiciamiento, ni más ni menos, que las facultades de administración y el poder de disposición, que van mucho más allá del objeto del proceso del que podrían traer causa.

Resulta lógico que el deudor pueda al menos comparecer, porque no olvidemos que si se le da la posibilidad de comparecer puede hacerlo y oponerse depositando la cantidad adeudada. Lo que, aunque sea poco probable, es plausible y redundaría en un gran beneficio para los acreedores que verían satisfechos sus créditos sin ninguna quita.

En síntesis, si se tratase el concurso de una mera ejecución que trae causa de la ejecución anteriormente fallida, sí que entenderíamos del todo justificado que el deudor no pudiera ser oído hasta el momento de interponer el recurso.

Este motivo puede apuntar ya a una naturaleza ejecutiva del concurso de acreedores, y de hecho, puede servir de fundamentación a quienes vean en el concurso de acreedores un proceso de ejecución universal, pues en determinados supuestos el concurso termina con una ejecución en el sentido técnico-jurídico de la misma mediante la liquidación del patrimonio del deudor.

Ahora bien, si el concurso es considerado como un proceso de naturaleza constitutiva en el que va a crear un determinado estado jurídico de una persona, parece más acertado dar la oportunidad a dicho sujeto de oponerse previamente a la constitución y no con posterioridad, lo que sin duda iría en plena sintonía con los principios de la Ley Concursal en su redacción originaria y con los principios que rigen en nuestro Derecho Procesal.

4. La Oposición del concursado

Las repercusiones que tiene una declaración del concurso sobre la persona del concursado son de una magnitud tal que aconsejan que, antes de acordarse dicho pronunciamiento, se preste audiencia al concursado y se le permita formular alegaciones.³⁰⁸

El artículo 15.2 LC establece que fuera de los supuestos en los que deba de declararse el concurso *inaudita parte* habrá que emplazar al deudor para que éste último pueda formular oposición. Se deroga de este modo y con la salvedad ya examinada de la declaración *inaudita parte debitoris* el régimen legal contenido en el artículo 1.325 apartado 2 de la LEC de 1881.³⁰⁹ La declaración automática cede, con carácter general, frente a la posibilidad que se le concede al deudor de oponerse.

³⁰⁸ DAMIÁN MORENO, J.: “El procedimiento de declaración del concurso” en *Op. Cit.* Pág. 151.

³⁰⁹ Artículo 1.325 LEC de 1881: *El acreedor que solicite la declaración de quiebra de su deudor estará obligado a acreditar ante todas cosas su personalidad con el testimonio de la ejecución despachada a su instancia contra el mismo deudor, o con documento fehaciente de su crédito, con cuyo previo requisito se le admitirá la prueba que presente sobre los extremos comprendidos en el artículo 1025 del Código de Comercio .*

Probados éstos en forma suficiente, hará el Juez de primera instancia la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado, acordando las demás disposiciones consiguientes a ella.

La redacción original del artículo 15 de la LC no permitía excepciones y siempre que se admitía la solicitud de concurso se emplazaba al deudor para poder oponerse.³¹⁰ No obstante ello y por las razones que apuntamos al estudiar la salvedad introducida en el actual artículo 15.1 de la LC, la vigencia de la contradicción no es absoluta.

Por consiguiente el concurso de acreedores tendrá una fase contradictoria, con carácter general, previa su declaración y en aquellos supuestos en los que el acreedor no fundamente su declaración en un embargo o investigación judicial infructuosos o en la declaración de administrativa o judicial de insolvencia esta fase contradictoria será posterior a su declaración y se hará valer mediante el recurso de apelación. Estudiaremos a continuación cómo se desarrolla el trámite de oposición previo a la declaración del concurso de acreedores.

A. El emplazamiento del deudor.

Dispone el artículo 15 de la LC que admitida a trámite la solicitud de concurso, fuera de los casos de la declaración automática, se emplazará al deudor con las prevenciones del artículo 184 de la LC para que este pueda comparecer.

El emplazamiento es un acto de comunicación procesal cuya realización corresponde al órgano jurisdiccional y cuya válida realización resulta fundamental pues del mismo depende que el deudor pueda conocer la existencia de la solicitud de la declaración concurso y comparecer en el mismo. Sobre la trascendencia de este acto de comunicación procesal el Tribunal Constitucional establece que los emplazamientos son fundamentales a la hora de la constitución de la relación jurídico-procesal pudiendo ocasionar la indefensión de la parte vulneradora del artículo 24 de la Constitución Española.³¹¹

³¹⁰ Artículo 15 LC redacción original: 1. “Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.”

³¹¹ STC número 58/2010, Fundamento Jurídico 3º: *una vez más debemos recordar que para enablar y proseguir los procesos judiciales con la plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) es exigible una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal en cada una de las instancias del proceso y que, para ello, un instrumento capital es el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos que tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial, habida cuenta de que sólo así cabe garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio (SSTC 77/1997, de 21 de abril [RTC 1997, 77] , F. 2; 26/1999, de 8 de marzo [RTC 1999, 26] , F. 6; 145/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 145] , F. 2; y 268/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000, 268] , F. 4).*

Toda nulidad de actuaciones comporta un alto grado de inconvenientes pues todo lo actuado con posterioridad al vicio deberá de ser rehecho, trascendencia que es mucho mayor en un concurso dado su carácter universal y el gran número de efectos que despliega una vez declarado. Los defectos en el emplazamiento al deudor podrían ocasionar un enorme trastorno y para tratar de evitarlo se ha regulado en detalle la forma de proceder a emplazar al deudor en la LC, tratando así de evitar el Legislador que el órgano jurisdiccional incurra en vicios determinantes de una nulidad de actuaciones.

Establece el artículo 184.7 de la LC que cuando se desconozca el domicilio del deudor o intentada la notificación sin efecto en el mismo, se procederá a la averiguación del mismo por los medios previstos en el artículo 156 de la LEC a tal fin.³¹² Esta averiguación podrá realizarse a instancia de parte o incluso de oficio por el tribunal.

La LC ha establecido también la posibilidad de emplazar válidamente a los administradores de la persona jurídica cuando ésta se hallare en paradero desconocido. En este caso, el emplazamiento realizado a los administradores de hecho o de derecho que consten en los registros públicos, tendrá los mismos efectos que si se hubiera localizado y emplazado a la propia persona jurídica.

Esta norma tiene una importante aplicación práctica, pues suele ocurrir que tratándose del concurso de acreedores de una persona jurídica, el domicilio social de ésta se encuentre cerrado debido al cese de la actividad y en este caso resultaría prácticamente imposible poder emplazarla personalmente. Al emplazar a los administradores que figuran en los registros, dada su especial vinculación con la empresa, ésta va a poder comparecer en el concurso salvo que éstos últimos actúen de mala fe o de forma negligente.

Así mismo el artículo 184 de la LC contiene una norma especial sobre la sucesión procesal que no hace sino una remisión en bloque a las normas de la sucesión procesal contenidas en la LEC. Tal previsión entendemos que resulta un tanto superflua si

³¹² Artículo 156 LEC: *1. En los casos en que el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el Secretario judicial los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155.*

Al recibir estas comunicaciones, los Registros y organismos públicos procederán conforme a las disposiciones que regulen su actividad.

consideramos que, en aquellas cuestiones no previstas en la norma concursal, será de aplicación la LEC en cumplimiento de la Disposición Final Quinta de la LC.

Las normas de la sucesión procesal están contenidas en el artículo 16 de la LEC y en las mismas se contienen distintas previsiones que varían en consideración a la persona que fallece, actor o demandado y, en el caso de que sea el demandado, también existen diferencias según el actor conozca a los sucesores o no los conozca. Con posterioridad nos detendremos a analizar esta cuestión incidental del proceso en un epígrafe específico en el que abordaremos distintas cuestiones incidentales.

Este trámite puede concluir de dos maneras: con el emplazamiento positivo a través de la entrega de la correspondiente cédula de citación o bien negativamente por haber sido imposible notificarlo en el domicilio. En este caso, previamente al examen sobre el fondo de la solicitud de concurso, el Secretario debe de haber agotado todas las vías posibles de notificación al deudor, opinión igualmente mantenida por SELLER ROCA DE TAGORES.³¹³

Establece el mencionado artículo 184.7 de la LC que agotadas las vías para emplazar al deudor por el Secretario, el Juez podrá dictar “auto de admisión del concurso” con fundamentos en el material probatorio obrante en el proceso hasta el momento. La pregunta que de forma obligada debemos hacernos es la siguiente, ¿quedan agotados los medios de emplazar al deudor tras la averiguación infructuosa, o se debe de acudir a la notificación edictal previamente a conocer sobre el fondo?

Para RIFÁ SOLER no habría lugar a la citación por vía de edictos sino que directamente el Juez del concurso deberá resolver sobre la declaración en un sentido o en otro.³¹⁴ Para el mencionado autor la Ley prevé que agotadas las vías de averiguación se proceda a conocer sobre el fondo y entiende que está justificado dadas las singularidades de este tipo de procedimiento. PEITEADO MARISCAL mantiene una opinión similar al respecto y entiende que si las notificaciones intentadas o las notificaciones practicadas resultan infructuosas se procederá a conocer sobre el fondo del asunto sin notificación edictal.

³¹³ SELLER ROCA DE TAGORES, L.: “La solicitud de declaración del concurso. Concurso Necesario” en *Op. Cit.*, pág. 113.

³¹⁴ RIFÁ SOLER, J.M.: “La declaración del concurso” en *Op. Cit.*, pág. 70

En nuestra opinión la redacción del artículo 184.7 de la LC no impediría acudir a la notificación edictal. Antes bien, podemos llegar a la concluir que se debe acudir a la notificación edictal a partir del tenor literal del citado precepto que establece: “cuando el Secretario judicial agotara todas las vías para emplazar al deudor el Juez podrá dictar el auto de admisión del concurso”

La mención que hace el precepto a “todas las vías” permite llegar a concluir, sin un gran esfuerzo intelectual, que si no se acude a la notificación por medio de edictos no se están agotando por el Secretario todas las vías que tiene a su disposición.

La Jurisprudencia al respecto es muy escasa y nos aporta nada concluyente. Sobre el alcance que debe darse al apartado 7 del artículo 187 de la LC resulta bastante ilustrativo el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que establece la necesidad de librar, de oficio, los correspondientes oficios a las administraciones públicas para averiguar el domicilio, previa declaración sin audiencia del concurso una vez han resultado infructuosas las notificaciones en los domicilios facilitados por la parte actora.³¹⁵

Analizaremos el artículo 184 de la LC para ver si de su contenido se pueda indicar una derogación implícita del artículo 164 de la LEC, el cual tendría plena vigencia por aplicación de la Disposición Final Quinta de la LC. El artículo 164 de la LEC. Dispone el artículo 164 de la LEC que si se intentan las averiguaciones de domicilio y resultan infructuosas o cuando los intentos de notificación resulten fallidos el secretario judicial mandará publicar el edicto en el tablón del órgano jurisdiccional.³¹⁶

³¹⁵ Auto número 366/2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Fundamento de Derecho Segundo: *En nuestro caso, sin embargo, no podemos afirmar que toda la diligencia exigible al Juzgado para tratar de localizar y emplazar al deudor haya sido agotada con las diligencias intentadas. Es cierto que el artículo 184.7 LC, como hemos visto, no se pronuncia en términos imperativos, sino más bien facultativos (“...el Juez podrá dictar el auto de admisión del concurso...” - se refiere realmente al auto de declaración, pues la solicitud ya ha sido admitida a trámite). Pero seguidamente se señala que la posibilidad de declarar el concurso sólo se dará cuando se hayan agotado todas las posibilidades de emplazar al deudor, lo que apunta a la necesidad de agotar de oficio todas las vías antes de abordar la cuestión de un auto de declaración de concurso inaudita parte debitoris. De esta forma, aunque consta que cuantos domicilios proporcionados por la parte actora resultaron fallidos, tanto en lo que hace a la sociedad deudora como a su administradora, no se ha librado ni un solo oficio a entidades públicas que pueden sin duda arrojar luz sobre el paradero de una u otra o de ambas, oficios éstos que, de resultar negativos también, sí que permiten afirmar que las vías de emplazamiento han quedado agotadas, abriéndose entonces la discusión sobre si cabe o no, con la información disponible, declarar el concurso. Procede por esta razón la estimación del recurso y la devolución de los autos a estos efectos.*

³¹⁶ Artículo 146 de la LEC: “Cuando, practicadas en su caso las averiguaciones a que se refiere el artículo 156, no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, o cuando no pudiere hallarse ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, conforme a lo establecido en los artículos

El artículo 164 de la LEC contiene un mandato imperativo al secretario “mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución”. Por el contrario el artículo 184 de la LC contiene una norma de carácter dispositivo dirigida al Secretario “podrá realizar las averiguaciones del domicilio”. Y otra norma también dispositiva en este caso facultando al juez “el juez podrá dictar el auto de admisión del concurso”.

En nuestra opinión, es perfectamente válida una interpretación del artículo 184 de la LC en la que el Secretario Judicial pueda publicar por edictos la admisión a trámite del concurso y el emplazamiento del deudor por plazo de 5 días y una vez cumplimentado este trámite dar cuenta al Juez del Concurso para que decida sobre el fondo y declare el concurso o declare no haber lugar al mismo tal y como previene el artículo 184.7 de la LC.

Esta solución además de no suponer ningún tipo de contradicción con el artículo 184 de la LC nos permitiría alcanzar una solución que guarda plena armonía con el artículo 164 de la LEC y tiene un mejor encaje con el principio de audiencia y por ende una mejor garantía con el derecho a un proceso con todas las garantías. Tampoco puede considerarse que implique mayores trastornos para el instante de la declaración puesto que el tiempo que se requiere para la publicación de los edictos va a ser menor que el tiempo empleado en los intentos de notificación personal.

Ahora bien, se puede argumentar de contrario que, considerando la notificación edictal como una ficción jurídica que tiene por objeto evitar que los procedimientos queden paralizados por la falta de notificación personal, sería perfectamente asumible ahorrar este trámite en aras de la urgencia inherente todo procedimiento concursal si se considera que la misma no va a posibilitar el conocimiento del deudor de la existencia del concurso.

Frente a esta posición debemos mantener la necesidad de conceder al deudor una última posibilidad, por remota que sea, de ser emplazado pues si en la generalidad de los procesos civiles debe de utilizarse el emplazamiento, dada la gran trascendencia que

anteriores, o cuando así se acuerde en el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo 157, el secretario judicial, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios de la oficina judicial de conformidad con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, salvaguardando en todo caso los derechos e intereses de menores, así como otros derechos y libertades que pudieran verse afectados por la publicidad de los mismos. Tal publicidad podrá ser sustituida, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la utilización de otros medios telemáticos, informáticos o electrónicos.”

lleva aparejada la declaración para el deudor resulta llamativo colocarlo en peor situación que los anteriores.

Este emplazamiento por edictos previo a la resolución sobre el fondo, comulga mejor, si cabe, con los principios de la Ley Concursal recogidos en la Exposición de motivos y ya examinados. Con independencia de si media emplazamiento por vía edictal o no, la Ley Concursal atribuye al juez del concurso la posibilidad de examinar el fondo de la cuestión planteada con los documentos aportados por el actor.

El artículo 184.7 de la LC hace alusión expresa a la posibilidad del juez del concurso de “*dictar el auto de admisión del concurso*”. Dicha previsión entendemos que resulta errónea pues lo que procede es dictar auto declarando el concurso o en su caso de no haber lugar el mismo pues la admisión se ha producido previamente al emplazamiento negativo del deudor en aplicación del artículo 15.2 de la LC.

Se trata en nuestra opinión del empleo de una terminología poco adecuada y que se puede prestar a confusión. No obstante la intención del legislador es clara, permitir al Juez del concurso conocer del fondo aunque el deudor no haya podido ser emplazado.

En todo caso, hemos de aclarar que no se trata de una declaración automática a diferencia de la ya analizada que concurre en el supuesto contemplado en el artículo 15.1 de la LC. En este caso el Juez puede declarar el concurso si de los documentos que haya aportado la parte actora resulta debidamente acreditada la insolvencia.

Por último nos referiremos al plazo que tiene el deudor para personarse y oponerse. Entendemos que se trata de un plazo insuficiente pues el deudor a la hora de personarse y oponerse deberá estar debidamente representado por procurador –que implica otorgar poder o hacerlo *apud acta*- y asistido de letrado. Así mismo deberá recabar los documentos que acrediten su solvencia que deberán ser aportados junto con el escrito de oposición en aplicación del artículo 265 de la LEC. Todo ello da lugar a que los profesionales intervinientes tengan un plazo real de dos o tres días para poder oponerse. En este sentido PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS³¹⁷ postula que el plazo resulta criticable.

³¹⁷ PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M.: “Sección III de la Provisión sobre la solicitud” en *Op. Cit.*, Barcelona, 2013, pág. 118.

Previamente a analizar las posiciones que pueden adoptar los deudores tras ser debidamente emplazados hemos considerado oportuno estudiar la posibilidad de que tratándose del concurso de una persona física, solicite el reconocimiento de su derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita y la posible suspensión del procedimiento.

La Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita en su artículo 16 establece como regla general la no interrupción del proceso si bien, a renglón seguido, establece que a fin de evitar que pueda precluir un trámite el Juez de oficio o a instancia de parte podrá decretar la suspensión del curso de las actuaciones.

Es evidente que la preclusión del trámite de oposición para el deudor resulta de lo más relevante pues, tal y como vamos a tener ocasión de estudiar en apartados posteriores, la falta de oposición por parte del deudor que haya sido debidamente emplazado se equipara con el allanamiento a la solicitud. Por lo que entendemos que el Juez del concurso, una vez tenga conocimiento de la solicitud de asistencia jurídica gratuita por el deudor deberá decretar la suspensión del proceso. Esta posibilidad de suspensión es necesaria para garantizar el derecho a la defensa del deudor pues de otro modo no quedaría en modo alguno su derecho a la defensa.

Entendemos que el Juez del concurso estaría facultado para solicitar de los Colegios de Abogados y de Procuradores la designación provisional de los respectivos profesionales con carácter previo a la resolución provisional de la solicitud con fundamento en el artículo 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita³¹⁸ en relación con la competencia funcional del artículo 8 de la LC.

La posible suspensión operada por la solicitud de la asistencia jurídica gratuita de una persona física resulta bastante insólita dentro del proceso concursal, que no se suspende ni si quiera por la existencia de prejudicialidad penal tal y como señala el

³¹⁸ Artículo 21 de la LAJG: “Si, conforme a la legislación procesal o administrativa, el órgano judicial que esté conociendo del proceso o el órgano administrativo que tramitara el expediente estimare que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos siempre que ello fuera exigible para obtener el derecho de asistencia jurídica gratuita, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad.

El secretario judicial o el órgano administrativo comunicará dicha resolución por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en los artículos precedentes.”

artículo 189 de la LC.³¹⁹ Por ello entendemos que a fin de evitar la dilación que en la práctica supone la designación provisional que tarda en producirse del orden de tres meses o más queda del todo punto justificado que el Juez del concurso requiera ese nombramiento provisional legalmente previsto para los casos de urgencia que acabamos de examinar.

De este modo quedan debidamente salvaguardados tanto los intereses de los acreedores a un proceso sin dilaciones, así como el derecho del deudor a que no se produzca una indefensión al carecer de medios para litigar y no poder oponerse a la solicitud de la declaración de concurso.

B. Posiciones del deudor tras su emplazamiento.

El deudor toda vez que es emplazado podrá adoptar distintas posiciones en relación a la declaración de concurso, en concreto, puede optar por:

a) No contestar a la solicitud

En este supuesto la LC atribuye a esta conducta un claro efecto negativo para el deudor al equipararla con un allanamiento. Con carácter general, la falta de contestación provoca la rebeldía procesal que, tal y como dispone el artículo 496.2 de la LEC,³²⁰ no implica el allanamiento, ni si quiera el reconocimiento de los hechos, los cuales se tendrán por controvertidos.

Sin embargo, el legislador concursal ha previsto de modo expreso en el artículo 18 de la LC que una vez emplazado el deudor y habiendo éste último dejado transcurrir el plazo para oponerse sin hacerlo procederá al dictado del auto declarando el concurso equiparando de este modo la falta de contestación al allanamiento.

b) Allanamiento a la solicitud

El allanamiento es un acto dispositivo de la parte mediante el cual reconoce como ajustadas a derecho las pretensiones que frente a él se han ejercitado por la parte contraria. Este acto descansa en el principio dispositivo que rige plenamente en el

³¹⁹ Artículo 189 de la LC: *“La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.”*

³²⁰ Artículo 496.2 de la LEC: *“La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.”*

proceso civil y que permite a las partes hacer lo que más convenga a su interés en relación con el objeto del proceso.

En el concurso de acreedores dispone el artículo 18 de la LC que, en caso de allanamiento, el juez dictará auto declarando el concurso. Esta declaración merece nuestra atención puesto que de la letra de la Ley se infiere que opera *ex lege* sin margen para que el Juez aprecie la concurrencia o no del presupuesto objetivo, esto es, la insolvencia. Esto le atribuiría un carácter confesorio al allanamiento cosa que en modo alguno debe tener lugar.

Debemos de plantearnos sin más remedio de qué forma opera el principio dispositivo en un proceso universal como es el concurso de acreedores. En buena lógica el principio dispositivo no puede regir con la plenitud que lo hace en un proceso donde las partes quedan determinadas *ab initio* y ello por cuanto que en el proceso concursal pueden existir numerosas personas con un interés legítimo en el concurso y que todavía no son parte procesal legítima porque desconocen de la existencia del proceso.

Es por ello que en este momento inicial donde no han tenido la oportunidad de personarse y todavía no se sabe el número de personas que pueden tener interés legítimo en el concurso las facultades de disposición del objeto del proceso deben de quedar restringidas, o cuando menos ser objeto de ponderación por el órgano jurisdiccional como medio de garantizar que no se produzca un abuso de derecho. Este sería el fundamento para que el Juez del concurso no quede vinculado por el allanamiento del deudor frente a la solicitud y deba de controlar la existencia de la insolvencia.

En la práctica existen criterios divergentes en la Jurisprudencia tal como nos señala SELLER ROCA DE TOGORES³²¹ de forma que algunas entienden que opera una declaración automática del concurso mientras que otras postulan lo contrario. La Doctrina se muestra unánime al respecto en el sentido ya expuesto de que es necesario el control jurisdiccional del allanamiento a la solicitud de declaración de concurso de acreedores.³²²

³²¹ SELLER ROCA DE TOGORES, L.: “La solicitud de declaración del concurso. Concurso Necesario” en AAVV *Op. Cit.* Madrid, 2012, pág. 115.

³²² En este sentido se muestran, entre otros: RIFÁ SOLER, J.M.: “La declaración del concurso” en *Op. Cit.*, Navarra 2005, pág. 70; PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005 pág. 171 y DAMIÁN MORENO, J.: “El procedimiento de declaración del concurso” en *Op. Cit.*, Barcelona, 2008, Pág. 151.

La Jurisprudencia menor en relación con esta cuestión es bastante escasa y tenemos como único ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2008 que postula la declaración automática cuando el deudor no comparece aunque la funda erróneamente en el artículo 19.2 en vez de en el artículo 18.1 ambos de la LC.³²³

En nuestra opinión, el Legislador podría haber reflejado la necesidad de controlar el allanamiento del deudor en la redacción del artículo 18 evitando de este modo que puedan darse en la práctica interpretaciones contradictorias del mismo.

c) Solicitud del concurso voluntario por el deudor.

El artículo 18 de la LC contempla otro supuesto que tiene el mismo efecto que la falta de oposición o el allanamiento: la presentación de una solicitud de concurso voluntario por el deudor con anterioridad a su emplazamiento.

El legislador equipara esta solicitud con el allanamiento pues en definitiva el deudor reconoce su estado de insolvencia. Ahora bien, ello no es óbice para que tenga lugar el control de oficio expuesto anteriormente en relación a la concurrencia de los requisitos materiales previa la declaración del concurso por parte del Juez del concurso.

d) Oposición del deudor.

La oposición consiste en un acto de la parte frente a la que se ejercita una determinada pretensión, en virtud de la cual, se le solicita al tribunal que se desestime la pretensión ejercitada por el actor. Cabe apreciar, *prima facie*, que no existe una diferencia ostensible con la contestación a la demanda.

En primer lugar y brevemente, nos cuestionamos la terminología que ha empleado el Legislador porque la misma puede resultar indicativa de la concepción que tiene el

³²³ Auto de 19 de Septiembre de 2008 Audiencia Provincial de Madrid, Fundamento de Derecho Tercero: *De lo expuesto resulta que la sociedad REDIA, S.L. no ha comparecido en autos debidamente representada para oponerse a la declaración de concurso, pues carecía en el momento en que su declaración de concurso fue solicitada de representación orgánica o voluntaria que pueda hacerlo (el apoderado D. Abelardo manifestó en el acto de la vista que recibía instrucciones del administrador de REDIA D. Cosme , cuyo nombramiento no aparece inscrito en el Registro Mercantil ni existe constancia alguna de que se trate de otra cosa que de un mero administrador de hecho) y que, conforme al art. 19.2 de la Ley Concursal , la falta de esta oposición a la solicitud de concurso debe conllevar la declaración de concurso necesario de la citada entidad. La resolución apelada obvió pronunciarse sobre este extremo, debidamente alegado por la sociedad solicitante del concurso en el acto de la vista (m. 7,22 de la grabación), por lo que ha de ser revocada, acordándose sea dictada por el Juzgado de lo Mercantil resolución que declare a la citada entidad en concurso necesario y realice los demás pronunciamientos exigidos por el art. 21 y concordantes de la Ley Concursiva .*

legislador de este trámite procesal y por tanto puede tratarse de un indicio de la naturaleza jurídica del propio proceso concursal. El legislador ha optado por el término oposición en lugar de contestación, poniendo distancia del proceso declarativo ordinario en el que se contesta y acercándonos más al esquema del proceso de ejecución donde el ejecutado se opone.

La terminología empleada no resulta superflua sino más bien intencionada y nos delimita el tipo de proceso con el que nos encontramos. Podemos observar cierta similitud con la oposición a la ejecución regulada en los artículos 556 y 557 de la LEC. En la oposición a la ejecución no es posible aducir cualquier motivo de fondo frente al ejecutante sino únicamente una serie de motivos tasados a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento declarativo en el que las posibilidades de defensa del demandado no están limitadas. Del mismo modo podemos inferir otra característica y es que los motivos de oposición se encuentran vinculados con el fundamento de la solicitud del instante.

El concurso de acreedores limita las posibilidades de defensa del deudor siguiendo el anterior esquema introducido por la LEC en la oposición a la ejecución, concretamente, el artículo 18.2 de la LC delimita los motivos de fondo en base a los cuales el deudor puede oponerse a la solicitud³²⁴ para combatir el hecho que fundamenta la solicitud o la existencia de la insolvencia.

La doctrina no se muestra unánime sobre el alcance de los posibles motivos de oposición dada su parca regulación en la LC. Encontramos autores para quienes únicamente pueden oponerse los dos motivos enumerados en el artículo 18 tal y como sostiene PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS.³²⁵

Otros autores mantienen una interpretación mucho más abierta de los motivos de oposición y en este sentido DAMIÁN MORENO³²⁶ señala que la Ley “no establece causas tasadas para enervar la solicitud y por lo tanto puede alegar cuantas excepciones procesales como materiales o de fondo que estime procedentes.”

³²⁴ Artículo 18.2 de la LC: *“El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho.”*

³²⁵ PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M.: “Sección III de la Provisión sobre la solicitud” en *Op. Cit.*, Barcelona, 2013, págs. 127 y ss.

³²⁶ DAMIÁN MORENO, J.: “El procedimiento de declaración del concurso” en *Op. Cit.* Barcelona, 2008, Pág. 152.

Por consiguiente debemos de cuestionarnos en primer lugar si las excepciones procesales pueden ser planteadas en la oposición que hace el deudor. Además del mencionado autor se posicionan a favor de la posibilidad del planteamiento de excepciones procesales en el escrito de oposición PEITEADO MARISCAL³²⁷ y RIFÁ SOLER³²⁸

La Jurisprudencia al respecto es muy escasa y podemos traer a colación el ilustrativo Auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid de 14 de julio de 2006 que entiende admisibles motivos de oposición de carácter procesal con cita de algunos autores.³²⁹

En mérito a lo expuesto podemos concluir que si bien la LC en su artículo 18 establece unos motivos de oposición tasados sobre el fondo, los cuales son consustanciales al fundamento de la solicitud, nada obsta para que puedan oponerse cuestiones procesales que impidan un pronunciamiento sobre el objeto del proceso.

C. La oposición del deudor a la declaración del concurso.

La oposición consiste en un acto de la parte cuya declaración de concurso se ha instado mediante la cual se le solicita al tribunal que dicha pretensión sea desestimada bien por motivos procesales, por motivos de fondo o por ambos.

a) Oposición por motivos procesales:

Una vez emplazado el deudor podrá denunciar la falta de algún presupuesto procesal. Tal y como tratamos en el epígrafe relativo a los presupuestos procesales del concurso de acreedores, el deudor podrá denunciar la ausencia de éstos mediante la declinatoria.

³²⁷ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005 págs. 167 y 168.

³²⁸ RIFÁ SOLER, J.M.: "La declaración del concurso" en *Op. Cit.*, Navarra, 2005, pág. 70.

³²⁹ Auto de 14 de julio de 2006 Juzgado de lo Mercantil 6 de Madrid, Fundamento de Derecho Segundo: "*el deudor podrá oponer cuestiones referidas a la legitimación de los acreedores para la solicitud del concurso. Así lo mantiene el profesor ROJO en sus "Comentario a la Ley Concursal", quien afirma que el deudor podrá fundamentar su oposición en la negativa de la condición alegada por el solicitante, en que et crédito está condicionado suspensivamente, en que el crédito es litigioso, en que a pesar de ser acreedor, el solicitante ha adquirido el crédito dentro de los seis meses anteriores en a la presentación de la solicitud por actos inter vivos y a título singular, después de que dicho crédito hubiera vencido (Art. 3.2 LC). Del mismo modo, el deudor puede formular oposición alegando la extinción total del derecho de crédito (Pág. 426).*

Por su parte, la profesora Juana Pulgar, en su monografía "La Declaración del Concurso de Acreedores", también admite que el deudor pueda oponer cuestiones como la capacidad, legitimación, competencia o falta de jurisdicción (Pág. 685)."

No vamos a reiterar lo ya expuesto sino que en este punto únicamente vamos a diferenciar el modo en el que el deudor deberá de formular la declinatoria dependiendo si se trata de una declinatoria por falta de competencia judicial internacional o se trata de una falta de competencia territorial.

Si bien es cierto que ambas categorías se encuentran estrechamente vinculadas porque ambas responden a un mismo criterio territorial, en puridad, cuando puedan concurrir las dos deberá hacerse valer en primer lugar la excepción de falta de competencia judicial internacional.

- Falta de competencia judicial internacional: cuando el deudor emplazado entienda que el juzgado de lo mercantil que lo ha emplazado carece de la competencia judicial internacional deberá plantear la declinatoria prevista en el artículo 39 de la LEC.³³⁰

En cuanto al plazo para interponer la declinatoria, las normas generales contenidas en el artículo 64 de la LEC disponen que será de 10 días tras ser emplazado. Si ponemos este plazo en conexión con el artículo 15 de la LC y los efectos ya examinados de la preclusión del mismo sin formular oposición debemos concluir que lo más sensato sea interponer la declinatoria en el plazo de 5 días previsto.

En cuanto a los efectos del planteamiento de esta declinatoria, entendemos tal y como ya expusimos detalladamente que deberá proceder a acordarse la suspensión tal y como dispone el artículo 64 de la LEC con traslado al instante de la declaración de concurso para que se pronuncie en idéntico plazo.

La resolución que ponga fin a este incidente deberá resolverse mediante auto que declarará la competencia o incompetencia del órgano jurisdiccional. De resultar incompetente, se sobreseerá lo actuado hasta ese momento. Este sobreseimiento era precisamente uno de los motivos que aconsejaban adoptar la suspensión pues era absurdo seguir actuando en un proceso que puede ser sobreseído.

³³⁰ Artículo 39 de la LEC: *“El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.”*

Frente al auto que declare la falta de competencia judicial internacional cabrá interponer recurso de apelación y frente al que declare no haber lugar la declinatoria, solo cabrá recurso de reposición.

- Falta de competencia Territorial: la falta de competencia territorial se hará valer por medio de la declinatoria prevista en el artículo 12 de la LC. La misma, tal y como ya tuvimos ocasión de examinar, se presentará en el plazo de cinco días contados desde el emplazamiento.

A diferencia de lo que ocurre con la declinatoria por falta de competencia judicial internacional, no se produce la suspensión del curso de las actuaciones. Por dicho motivo, entendemos que el deudor si va a oponerse por cualesquiera otros motivos además de por la declinatoria, deberá presentar el correspondiente escrito de oposición para evitar la preclusión del plazo.

En relación a la tramitación de la declinatoria, la Ley Concursal guarda silencio en relación al traslado a la parte instante para que pueda formular alegaciones. Entendemos que debe darse audiencia al resto de partes pues lo contrario sería contradictorio con el principio de contradicción. Así mismo la Ley Concursal establece la intervención del Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre la declinatoria por falta de competencia territorial.

El auto que estime la declinatoria por falta de competencia territorial señalará el órgano jurisdiccional que resulta competente para conocer del concurso y se inhibirá en favor de éste. Este auto no será recurrible en apelación de conformidad con el artículo 197.3 de la LC³³¹ sino en reposición. Todo lo actuado hasta ese momento se conservará y se remitirá al órgano competente que seguirá conociendo de las actuaciones *ex* artículo 12 de la LC.

El auto que desestime la declinatoria será recurrible en reposición por aplicación de lo dispuesto en el artículo 197.3 de la LC antes citado.

Cualesquiera otros motivos de oposición procesales habrán de oponerse en el correspondiente escrito de oposición junto con los motivos de fondo, caso de existir éstos últimos.

³³¹ Artículo 197.3 de la LC: “*Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto.*”

Concretamente, podrá el deudor oponer la falta de capacidad, ausencia de postulación o representación. En aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional no se haya percatado de la falta de acreditación de tales presupuestos procesales relativos a las partes, se podrán oponer como motivos procesales. En este caso nos remitimos a lo ya expuesto en relación en sede de admisión de la declaración de concurso sobre la necesidad de que concurran dichos presupuestos procesales de las partes para poder obtener un pronunciamiento sobre el fondo.

b) Motivos de fondo de la oposición del deudor:

Mención aparte merece la legitimación pasiva pues, aunque se trata de un presupuesto de la acción que no del proceso, su análisis se realiza previamente al conocimiento sobre el resto de motivos de fondo que puedan concurrir. Más concretamente, la legitimación del acreedor descansa sobre una concreta relación jurídica con la persona que pretende declarar en concurso y de la que nace la obligación que ha resultado incumplida.

Por dicho motivo, aquellas situaciones que enerven la eficacia jurídica de la obligación podrán ser opuestas como causa de falta de legitimación. SELLER ROCA DE TOGORES³³² recoge diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales al respecto y señala, entre otros, los siguientes: que el contrato quedase resuelto, prescripción del crédito y la falta de vencimiento del crédito.

De especial interés puede resultar ahora mismo la prescripción del crédito por la reciente reforma operada en la materia de prescripciones. El artículo 1.964 del Código Civil ha sido objeto de una drástica disminución del tiempo para que prescriban las acciones que no tienen un plazo específico que ha pasado de 15 años a solo 5 por la modificación operada de dicho precepto contenida en la Disposición Final 1 de la Ley 42/2015.³³³

Mediante la oposición, se combate por el deudor la solicitud de concurso con fundamento en la inexistencia de los presupuestos materiales, así como la ausencia de los procesales, que deben de concurrir para obtener un pronunciamiento favorable de las

³³² SELLER ROCA DE TOGORES, L.: “La solicitud de declaración del concurso. Concurso Necesario” en AAVV *Op. Cit.* Madrid, 2012, pág. 119.

³³³ Disposición Final 1 Ley 42/2015: “*Se modifica el artículo 1964 del Código Civil, que queda redactado del siguiente modo: Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.*”

pretensiones del actor. En relación a los presupuestos materiales o de fondo se pueden combatir la insolvencia y la pluralidad de acreedores.

Establece el artículo 18.2 de la LC que el deudor podrá basar su oposición en la ausencia del hecho que sirve como fundamento de la misma, o bien en la inexistencia de la propia insolvencia. Ambos supuestos vienen a combatir la insolvencia. El primero de ellos, desvirtuando los indicios de la insolvencia del deudor y el segundo de ellos demostrando la inexistencia de la pretendida insolvencia.

Entendemos que además de los anteriores, en buena lógica, sería susceptible de plantearse oposición a la declaración de concurso con fundamento en la inexistencia del otro presupuesto material, la pluralidad de acreedores pues tal y como tuvimos ocasión de examinar han de concurrir dos elementos materiales: la insolvencia y la pluralidad de acreedores, por lo que han de darse ambos presupuestos materiales para la válida declaración del concurso. Si bien es cierto que el solicitante puede no saber a ciencia cierta si concurre este requisito puede tener indicios y solicitar exhibición de documentos del deudor o de terceros que lo corroboren en el acto de la vista caso de mediar oposición.

Caso de no acreditarse por el acreedor los anteriores extremos, el deudor podrá oponerse por dicho motivo aun existiendo la insolvencia y no discutiendo la misma pues en dicho caso es evidente que no procede la apertura de un juicio universal sino un procedimiento de ejecución singular del acreedor frente al patrimonio del deudor por razones de economía procesal y por la propia naturaleza del concurso del que resulta un requisito inherente la pluralidad de acreedores.

Entre los pronunciamientos de la Jurisprudencia menor favorables a exigir el requisito de la pluralidad de acreedores, podemos citar el Auto de 15 de noviembre de 2010 de la Audiencia Provincial de las Palmas por su extensa fundamentación al respecto.³³⁴

³³⁴ Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas de 4 de diciembre de 2009, Fundamento de Derecho Primero: *“Afirma el recurrente que contra lo afirmado en el auto recurrido la existencia de una pluralidad de acreedores no es requisito subjetivo que venga establecido en la Ley Concursal para admitir a trámite el concurso de acreedores, sin embargo, aunque ciertamente no existe ningún precepto que expresamente lo diga la mejor doctrina viene sosteniendo que la esencia misma del concurso exige una pluralidad de acreedores, luego si, cualquiera que sea la causa, en el momento de la solicitud no consta la existencia de esa pluralidad de acreedores (y más aún si lo que consta es que es uno solo el acreedor) el Juez debe denegar la apertura del concurso (auto Audiencia Provincial Islas Baleares de 6 de marzo de 2008). Así expresa la referida resolución que para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en*

En idéntico sentido apunta el Auto de 13 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Madrid que entiende que la pluralidad de acreedores es un presupuesto necesario para la declaración del concurso.³³⁵

Los motivos expuestos nos conducen a la conclusión de que es perfectamente oponible la ausencia de la pluralidad de acreedores, al tratarse de un presupuesto para la declaración. Nos encontramos ante un presupuesto material, o si se prefiere un presupuesto de la acción cuya ausencia provocará la desestimación de la solicitud sin entrar a valorar la insolvencia.

«Comentarios a la Ley Concursal», «el requisito de la pluralidad de deudores parece imprescindible, aunque su acreditación junto con la solicitud del acreedor o de los demás legitimados (del art. 7) pueda resultar problemática», y que «...debería aceptarse también como causa de conclusión del concurso el supuesto en que el desistimiento o la renuncia sea de todos los acreedores reconocidos, menos uno». Para el profesor OLIVENZA RUIZ, en la «El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la LC no contempla el caso --realmente extraño-- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común». La Exposición de motivos de la Ley Concursal menciona en el párrafo quinto de su apartado II que El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común.

Asimismo, el propio texto legal concursal utiliza unas expresiones que abundan en la tesis de que para que proceda la declaración de concurso deben concurrir varios acreedores; así por ejemplo en el art. 2.1 , al establecerse el presupuesto objetivo del concurso, se indica que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del "deudor común", lo que implica el reconocimiento de la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, y si hay un "deudor común" es que existe una pluralidad de acreedores que concurren frente al patrimonio de aquél. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor "común", sino "deudor", y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso. En el art.3.1, referido a la legitimación, ésta se concede al "deudor y cualquiera de sus acreedores", lo que hace pensar en la existencia de varios. En el art. 4 impone la ley al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la "existencia de una pluralidad de acreedores". En el art. 6.2.4º se impone a quien solicita el concurso voluntario que presente una "relación de acreedores, por orden alfabético..." Es decir, siempre contempla una pluralidad de acreedores, y no sólo en los art. mencionados sino en otros muchos- art. 15.2, 19.3, 21.1. 5º, 49 y 76 y ss., etc. ”

³³⁵ Auto de 13 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Madrid, Fundamento de Derecho Primero: “Para abordar la cuestión planteada entendemos que debemos partir de una primera distinción entre falta de pluralidad de acreedores inicial y falta de pluralidad de acreedores sobrevenida. A propósito de la primera no podemos pasar por alto que este Juzgado se pronunció en el Auto de fecha 10 de octubre de 2005 –dictado en el procedimiento de concurso voluntario núm. 395/05 – en el sentido de que la pluralidad de acreedores se constituye como presupuesto para que el deudor pueda ser declarado en concurso. Se advertía en la aludida resolución que a pesar de que la Ley Concursal no se pronuncia de manera expresa sobre dicho punto, la naturaleza universal que se atribuye al proceso concursal así lo exige. Al carácter universal del proceso concursal alude expresamente el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley, en el que se afirma que «el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión»–“

Examinaremos ahora los dos motivos que el legislador recoge en el artículo 18.2 de la LC:

La inexistencia del hecho revelador: en este supuesto el deudor combatirá la autenticidad del hecho revelador de la insolvencia que ha servido como fundamento para la declaración de la solicitud. La oposición lógicamente vendrá determinada en razón del hecho alegado por el instante. Si se ha fundado en un título por el que haya despachado ejecución o embargo y no hayan resultado bienes suficientes, bastaría con acreditar la existencia de bienes para hacer frente al embargo. BONET NAVARRO señala que en estos supuestos pueden alegarse aquellas situaciones que hagan disminuir la cantidad por la que se despachó la ejecución o aquellas que son susceptibles de llegar a invalidar el título que sirvió de fundamento para la ejecución o embargo infructuosos, cita el mencionado autor los casos de revisión o rescisión de sentencias firmes o la prejudicialidad penal.³³⁶

En el supuesto de que la declaración se haya fundado en el sobreseimiento general de las obligaciones por el deudor, podrá éste último optar por acreditar que el sobreseimiento no es general sino concreto y puntual o podrá combatir la existencia de las obligaciones, aunque, tal y como hemos expuesto anteriormente, la inexistencia de la obligación que sirva de fundamento de la solicitud, provocaría la falta de legitimación activa del deudor. Por dicho motivo podrán alegarse las excepciones propias de la teoría general de las obligaciones, tales como el cumplimiento, la inexigibilidad y la prescripción.

No obstante a lo dicho, si son varias las obligaciones del deudor cuya declaración se ha instado por un acreedor, la extinción de una parte de las anteriores no sería susceptible de provocar la falta de legitimación activa, dado que siguen existiendo obligaciones pendientes de pago. Ahora bien sí podría determinar el hecho de encontrarnos ante un incumplimiento puntual y no generalizado.

Tratándose de la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el acreedor podrá demostrar que su patrimonio es suficiente para hacer frente a los mismos y, en

³³⁶ BONET NAVARRO, A., “Del Procedimiento de Declaración” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág. 190.

base al tenor literal de dicho precepto, también podrá oponerse cuando las ejecuciones y los embargos ya no se encuentren pendientes por haber quedado extinguidos por el motivo que sea.

Si la declaración se ha fundado en el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, deberá demostrar que no existe alzamiento porque, por ejemplo, se están entregando bienes en cumplimiento de obligaciones. La clave será que la liquidación de sus bienes se haga de forma ordenada y a un precio de mercado, si se acredita que el precio de los bienes es similar al precio de mercado o es ligeramente inferior no podrá hablarse de una liquidación ruinosa.

Y en último lugar, tratándose del incumplimiento generalizado de obligaciones con la Seguridad Social, Hacienda o de los trabajadores, deberá acreditar que el incumplimiento no es generalizado. Del mismo modo podrá acreditar que se encuentra al corriente de pago de dichas obligaciones.

Inexistencia de la insolvencia: en este supuesto el deudor no combatirá los concretos motivos en los que el deudor ha fundado la solicitud sino que se limitará a acreditar que su patrimonio es suficiente para hacer frente a las obligaciones.

D. La carga de la prueba en la oposición al concurso de acreedores.

Las normas de la carga de la prueba cobran un papel relevante en orden a la oposición a la declaración debiendo detenernos para ver qué extremos deberán ser acreditados por cada una de las partes intervinientes en el proceso de declaración.

En el concurso necesario, la parte solicitante de la declaración tiene la carga de probar el hecho que ha servido como fundamento de la solicitud de conformidad con lo prevenido en el artículo 7 de la LC, que le obliga a acreditar los siguientes hechos: origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito. La anterior obligación no hace otra cosa que trasponer al Concurso de acreedores las normas generales del *onus probandi* recogidas en el actual artículo 217 de la LEC, en virtud del cual, el actor debe de acreditar los hechos en los que fundamente el efecto jurídico que pretende, mientras que al demandado le corresponde acreditar los hechos que extingan o enerven la eficacia jurídica de los anteriores.

Por consiguiente, el acreedor aportará la prueba que acredite la concurrencia de alguno de los supuestos enumerados en el apartado 4 del artículo 2 de la LC. Esta

prueba deberá acreditar además los extremos a los que se refiere el artículo 7 de la citada norma, esto es, origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual del crédito.

La anterior prueba deberá ser desacreditada por la que aporte el deudor al formular su oposición, cuya finalidad es la de que no se declare el concurso y vendrá fundada en la inexistencia del motivo postulado por el acreedor instante. De modo que el deudor oponente deberá acreditar la inexistencia de los hechos que han servido como fundamento a la declaración de concurso.

Resulta interesante que nos refiramos a los concretos medios de prueba de los que ambas partes pueden valerse a fin de acreditar los hechos cuya prueba les incumbe respectivamente. En este sentido entendemos que el acreedor no tiene tasados los medios, pero sí alguna limitación, mientras que el deudor tiene a su disposición todos los medios de prueba sin limitación alguna. De conformidad con lo prevenido en el artículo 7 de la LC, el acreedor necesariamente ha de acreditar su crédito documentalmente y así mismo tampoco puede acreditar la insolvencia del deudor mediante la prueba testifical de forma exclusiva, lo que implica que se haga por medio de una pericial, documental o mediante el interrogatorio de parte.³³⁷

Si bien la norma no impone la prueba documental como único medio probatorio, éste se configura como el medio de prueba más idóneo para acreditar los extremos sobre los que necesariamente ha de versar la insolvencia al quedar vedada la testifical de forma exclusiva. Lo normal será el empleo de la documental y, en los casos en los que la testifical sea la prueba principal, acompañarla de la documental.

La prueba testifical acompañada de algún documento será la prueba más idónea para acreditar el incumplimiento generalizado de las obligaciones, para lo que valdrían las testificales de otros acreedores respaldadas con sus créditos documentados.

³³⁷ Artículo 7 de la LC: 1. *El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.*

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

2. *En todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por sí sola.*

Para acreditar la liquidación ruinosa el medio más eficaz sería una testifical de personas conocedoras de las operaciones unida a la documental que acreditase la salida de bienes en el patrimonio del deudor como podrían ser las liquidaciones del impuesto de transmisiones patrimoniales facilitadas por la Agencia Tributaria Autonómica correspondiente en las que figurarían los importes de las transmisiones efectuadas. Para el resto de supuestos, la prueba documental es la única que permite acreditar los hechos que sirven como fundamento para la solicitud.

Por consiguiente, si bien el acreedor tiene a su disposición todos los medios de prueba sin más limitación que la de no emplear la testifical como única prueba, en la práctica, considerando el tipo de hecho que resulta necesario acreditar, sucederá que la prueba que se emplee será la documental tanto como prueba principal como accesoria.

Del mismo modo, el deudor tiene una mayor amplitud probatoria puesto que no está limitado en modo alguno en relación a los medios de prueba de los que intenta valerse. Ahora bien, ello no obsta a que si se ha utilizado como medio de prueba una documental pública o privada, para poder desvirtuarla el medio más idóneo no sea un medio de prueba idéntico.

Entendemos que el medio de prueba más idóneo para el deudor siempre será la documental, salvo cuando trate de acreditar que los bienes enajenados no lo han sido de forma ruinosa, en cuyo caso el mejor medio probatorio será la pericial que acredite que el importe de las transmisiones se encuentra dentro de los valores de mercado o que, no siendo así, se trata de valores aceptables atendida su situación y que no resultan perjudiciales para sus acreedores.

Todo ello nos lleva a concluir que si bien la LC no limita los medios de prueba de una y otra parte, con las salvedades de poder acreditar los hechos reveladores de la insolvencia solo con la testifical y la obligatoriedad de que la deuda conste en documento, podemos concluir que atendida la naturaleza de los hechos que sirven como fundamento y los hechos que enervan la eficacia de los anteriores, el medio probatorio por excelencia en el proceso concursal será la documental.

Formulada la oposición por el deudor en tiempo y forma, procede la celebración de la vista para lo que resulta imprescindible el emplazamiento que examinaremos a renglón seguido.

E. La vista.

a) El Emplazamiento.

Dispone el artículo 19 que la vista se celebrará en los diez días siguientes a la oposición del deudor. Este breve plazo implica que el emplazamiento se haga a la menor brevedad por el Juzgado a fin de que las partes puedan preparar adecuadamente su comparecencia así como los medios de prueba de los que vayan a hacer uso, sobre todo la parte deudora. El emplazamiento para la vista se hará por medio del procurador designado pues, tal y como ya hemos tenido ocasión de ver, en este estado procesal ambas partes están debidamente representadas por Procurador con poder especial.

Hay que tener en cuenta que las partes en sus escritos pueden solicitar la práctica del interrogatorio de parte al amparo de lo previsto en el artículo 299.1.1º de la LEC en relación con el artículo 7 de la LC ya examinado, por lo que pueden darse dos situaciones distintas:

Si lo ha solicitado la parte instante de la declaración de concurso, el auto de admisión en su parte dispositiva deberá contener un mandato para que en el emplazamiento que se haga al deudor se le aperciba de las consecuencias que puede tener su incomparecencia caso de aprobarse la práctica de la prueba del interrogatorio. Entendemos que, en el caso de que se haya realizado dicho apercibimiento y la parte no acudiese podrá tener lugar el supuesto de hecho contemplado en el artículo 304 de la LEC³³⁸ que regula la institución de la *confessio ficta*.

Del mismo modo habrá de procederse en relación con el instante de la solicitud de concurso para el supuesto de que el deudor haya propuesto como medio de prueba su interrogatorio en el escrito de oposición. Hemos de considerar que la LC mientras que al actor le obliga a fijar los medios de prueba en su escrito de solicitud *ex* artículo 7 apartado 2,³³⁹ al deudor no le impone tal obligación hasta el punto que contempla la posibilidad de la proposición de prueba en el acto de la vista tal y como previene el

³³⁸ Artículo 304 de la LEC: *Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley.*

En la citación se apercibirá al interesado que, en caso de incomparecencia injustificada, se producirá el efecto señalado en el párrafo anterior.

³³⁹ Artículo 7 apartado 2 de la LC: *En todo caso, se expresarán en la solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse el solicitante para acreditar los hechos en que la fundamente. La prueba testifical no será bastante por sí sola.*

artículo 19 apartado 4 de la LC.³⁴⁰ En el supuesto de que el deudor solicite el interrogatorio de la parte instante en el acto de la vista y este último no asistiese, siempre que la práctica de dicho medio probatorio haya sido aprobado por el juzgador deberá suspenderse el acto de la vista y convocar a las partes a una nueva vista. Por el anterior motivo y pese a que en el emplazamiento no se requiera la asistencia bajo apercibimiento por no haber sido solicitado su interrogatorio por la parte deudora resulta conveniente su asistencia a fin de evitarle posibles demoras si se solicitara su interrogatorio en dicho acto.

El artículo 18.2 de la LC establece también la necesidad de que en el emplazamiento se requiera a la parte deudora para que asista cuando estuviera obligado a llevar contabilidad. En este supuesto, no solo deberá de comparecer sino que además deberá hacerlo provisto de los documentos contables.

b) La comparecencia

La primera de las cuestiones que hemos de abordar, por pura y elemental lógica, es la relativa a la incomparecencia de alguna de las partes y los efectos jurídicos que provoca. El artículo 19 de la LC establece que tratándose de la incomparecencia del actor, si a la vista de los documentos aportados procede la declaración del concurso y de los anteriores documentos se desprende la existencia de otros posibles acreedores, en este caso previamente a decidir sobre la adopción o no del concurso instado, concederá un plazo de alegaciones a éstos últimos.

Hemos de cuestionarnos el verdadero alcance de la incomparecencia del actor y si es equiparable al desistimiento, cosa que el artículo 19 de la LC no deja clara cuando se refiere a la necesidad del trámite de alegaciones al que nos acabamos de referir. En nuestra opinión, al tratarse el concurso de un procedimiento civil rige en consecuencia el principio dispositivo consagrado en el artículo 19 de la LEC³⁴¹ y que puede definirse

³⁴⁰ Artículo 19 apartado 4 de la LC: *En caso de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiera ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el Juez oír a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalándose por el Secretario judicial para la de las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de 20 días.*

³⁴¹ Artículo 19 de la LEC: *Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.*

como la facultad que ostenta el titular de la acción ejercitada sobre el proceso entablado en ejercicio de la anterior.

Una de sus manifestaciones es la vinculación que tiene el tribunal a lo solicitado por la parte que se conoce como el principio de justicia rogada que podemos definirlo como la vinculación que tiene el juez al objeto del proceso el cual queda conformado por los hechos y la tutela solicitada. Atendiendo a lo expuesto, si la parte actora no comparece en el acto de la vista para afirmarse y ratificarse en la solicitud que ha instado el proceso no puede continuar salvo que la parte demandada alegue su interés en la continuación del proceso. Se trata éste de un acto voluntario y consciente de la parte actora y en la LEC, en el ámbito del juicio verbal se equipara con el desistimiento en su artículo 442.³⁴² Del mismo modo, en el ámbito del juicio ordinario la incomparecencia en el acto de la audiencia de la parte actora provocaría el sobreseimiento.³⁴³

Ahora bien, dada la singular naturaleza del proceso concursal en el que existen intereses de terceros por su carácter de juicio universal, tampoco sería aceptable la plena vigencia del principio dispositivo y la LC trata de buscar un difícil equilibrio.

Para ello en el supuesto de la incomparecencia del acreedor instante, trata de buscar a otros acreedores que vengan de algún modo a sostener la pretensión de la declaración de concurso evitando que un acto de disposición del actor pueda perjudicar a otros posibles legitimados que no hayan comparecido y sin que la salvaguarda de los intereses de éstos último llegase a provocar la conculcación del principio dispositivo y, más concretamente, su manifestación en el principio de justicia rogada que sin duda quedaría drásticamente afectado si el juzgador declarase un concurso sin una parte actora que sostuviera tal pretensión.

La consecuencia de lo que acabamos de exponer es que la incomparecencia del actor tendría como efecto un desistimiento relativo con el efecto de no archivar el procedimiento *ipso facto* puesto que la LC permitiría a otros posibles legitimados

³⁴² Artículo 442 LEC: *Si el demandante no asistiese a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se tendrá en el acto por desistido a aquél de la demanda, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditarle los daños y perjuicios sufridos.*

³⁴³ Artículo 414 de la LEC: *Si no compareciere a la audiencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.*

También se sobreseerá el proceso si a la audiencia sólo concurriere el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si fuere el demandado quien no concurriere, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente

activamente a solicitar la continuación del ejercicio de la acción entablada. Esta tesis se fundamenta en el hecho de que al tratarse de un procedimiento universal la titularidad de la acción no sería individual sino que pertenecería a todos los acreedores por lo que el desistimiento no debe de producir el archivo si otro legitimado manifiesta tener interés en continuar con el proceso entablado.

Una vez examinados los efectos que provoca la incomparecencia del actor en el acto de la vista hemos de examinar qué consecuencias produce la incomparecencia del deudor en el acto de la vista una vez formulada la correspondiente oposición.

Esta cuestión no presente mayor dificultad al disponer el artículo 19.2 de la LC que si el deudor no comparece, el juez dictará auto declarando el concurso. Ahora bien, lo que hemos de preguntarnos es si esa declaración opera de forma automática *ex lege* o si por el contrario el juez tiene la obligación de examinar los documentos presentados por el acreedor y decidir a la vista de los mismos de forma razonada e incluso si podría llegar a no declarar el concurso si no quedase de los anteriores totalmente constatada la situación de insolvencia.

El tenor literal de la norma es bastante expresivo al señalar que “el juez dictará auto declarando el concurso”, no expresa una potestad sino más bien un mandato hacia el juez. Entre los autores que se inclinan por una interpretación literal del artículo 19.2 de la LC nos encontramos a LÓPEZ DE BRIÑAS³⁴⁴ y BONET NAVARRO.³⁴⁵

Sin embargo existen autores como PEITEADO MARISCAL que entienden que pese al anterior mandato el juez debe de celebrar la comparecencia sin el demandado y practicar las pruebas propuestas por la parte actora previamente a declarar el concurso.³⁴⁶ Similar postura mantiene RIFÁ SOLER quien postula que el Juez debe de valorar la prueba aportada para advenir que concurre el presupuesto objetivo de la insolvencia previamente a dictar el auto declarativo del concurso.³⁴⁷

³⁴⁴ PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M.: “Sección II de la Provisión sobre la solicitud” en *Op. Cit.*, Barcelona, 2013, pág.126

³⁴⁵ BONET NAVARRO, A.: “Título Primero – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Volumen I, Madrid, 2004, pág.196.

³⁴⁶ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005 pág. 176.

³⁴⁷ RIFÁ SOLER, J.M.: “La declaración del concurso” en *Op. Cit.*, Navarra, 2005, pág. 73.

En nuestra opinión entendemos que, tal y como señala SELLER ROCA DE TAGORES,³⁴⁸ nos encontramos con la misma discusión surgida en torno a las facultades del tribunal en relación a la falta de oposición y el allanamiento. La norma prevé el mismo efecto en ambos supuestos, la declaración del concurso sin más trámite.

c) La consignación.

El acto de la vista comenzará según el tenor literal del artículo 19.2 de la LC con la consignación. El deudor será interpelado por el juzgador sobre si va a proceder en ese momento a la consignación del crédito del instante, o de los acreedores instantes cuando fuesen varios y las solicitudes se hubieran acumulado, o si lo ha hecho con anterioridad a ese acto. En caso de que el deudor no lo haya hecho ni vaya a hacerlo en ese acto se le preguntará acerca de los motivos por los que no lo hace.

La consignación en ese momento o la realizada previamente no va a determinar *per se* el archivo del procedimiento como podría pensarse por una pérdida sobrevenida de la legitimación activa habida cuenta de que el acreedor ya no ostenta crédito alguno que le legitime como instante del concurso, ni mucho menos como una pérdida sobrevenida del objeto. En caso de que medie consignación la LC prevé en el artículo 19.4, que el acreedor puede ratificarse en su solicitud y el Juez habrá de decidir sobre la misma continuando el acto.

Por el contrario si una vez consignada la cantidad el acreedor no se ratifica pueden darse dos supuestos distintos: que de los documentos aportados no se conozcan otros acreedores, en cuyo caso se archivará el proceso o si se tiene conocimiento de la existencia de otros acreedores, deberá procederse del modo ya expuesto para el supuesto de que el acreedor no se presentara en el acto de la vista, debiendo el juez dar trámite al resto de acreedores para que aleguen lo que a su derecho convenga y puedan personarse para sustentar sostener el ejercicio de la acción de declaración del concurso.

Este instituto de la consignación puede tener efectos indeseables sobre todo en los casos en los que el instante del concurso no se ratifique en la solicitud y el concurso se archive con la entrega al instante de las cantidades consignadas, en este supuesto se estaría desvirtuando la propia finalidad de la acción ejercitada, que recordemos se trata de una acción declarativa que no una acción de condena al pago de una cantidad. Sobre

³⁴⁸ SELLER ROCA DE TAGORES, L.: “La solicitud de declaración del concurso. Concurso Necesario” en *Op. Cit.*, Madrid, pág. 117.

esta cuestión RIFÁ SOLER señala el riesgo de que el concurso pueda ser empleado como medio de coacción así como un uso abusivo de un derecho colectivo en beneficio del acreedor solicitante, opinión que hacemos nuestra.³⁴⁹ En este sentido se postula también PEITEADO MARISCAL cuando señala que esta institución se presta a posibles usos fraudulentos.³⁵⁰

Para evitar los posibles efectos adversos resulta fundamental el control de la pluralidad de acreedores, si se exige la identificación de la pluralidad de acreedores previa a la admisión del concurso, una vez admitida la solicitud y en caso de que se consigne el crédito del acreedor instante y éste último no se ratifique, el juez podrá dar plazo al resto de acreedores para que aleguen lo que a su derecho convenga y, en el más que probable caso de que soliciten la continuación del concurso la cantidad consignada pase a integrar parte de la masa activa. Escenario este que concuerda plenamente con el carácter universal del concurso, de modo que la cantidad que se ha obtenido pase a repartirse a los acreedores en base al principio de la *pars condictio creditorum*.

d) Alegaciones de las partes

Toda vez que por el concursado no tenga lugar la consignación o que producida ésta el acreedor se afirme y se ratifique en la solicitud tendrá lugar la continuación de la vista. Tras afirmarse y ratificarse las partes realizarán las alegaciones que estimen pertinentes en aclaración de sus escritos o simplemente una exposición razonada de aquellas cuestiones que entiendan deben de ser reiteradas al tribunal por su relevancia.

En la práctica los jueces tienen posturas distintas en relación a las alegaciones. Algunos juzgadores permiten a los letrados extenderse a su conveniencia en las alegaciones reiterando lo expuesto en sus respectivos escritos, por el contrario, otros no permiten que los letrados se reiteren en los escritos y únicamente permiten aclaraciones complementarias o alegaciones cuya relevancia se ponga de manifiesto a raíz de la oposición del deudor. Una vez formuladas las alegaciones procede la proposición del recibimiento del pleito a prueba y el juzgador da la palabra a las partes para solicitar la práctica de la prueba.

³⁴⁹ RIFÁ SOLER, J.M.: “La declaración del concurso” en *Op. Cit.*, Navarra, 2005, pág. 75.

³⁵⁰ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005 pág. 176.

e) La proposición de la prueba

Una vez propuestos los medios de prueba por las partes el juez decidirá sobre la admisión de éstos. Sobre la admisión de la prueba hemos de referirnos los casos en los que la parte actora haya solicitado como medios de prueba alguno de los que resulta necesaria la intervención de terceros o de la parte contraria.

Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al caso de que se solicite de la parte contraria la exhibición de algún documento obrante en su poder con fundamento en el artículo 328 de la LEC.³⁵¹ Del mismo modo puede que la parte solicite que se exhiban documentos por terceros ajenos al proceso con fundamento en el artículo 330 de la LEC.³⁵² También podría solicitar alguna de las partes que se exhiban documentos por alguna administración pública en virtud de lo prevenido en el artículo 332 de la LEC,³⁵³ este tipo de prueba puede resultar de una gran trascendencia para acreditar la pluralidad de acreedores porque la administración corroboraría la existencia de deudas con la Seguridad Social o con Hacienda lo que se trata de datos que el instante de la solicitud no puede recabar por sí mismo. Ahora bien, esto no permitiría controlar el requisito de la pluralidad de acreedores hasta el momento preciso de la vista con los inconvenientes ya examinados en sede de la consignación.

En todos los casos que acabamos de exponer va a ser necesario que el tribunal se pronuncie sobre su admisión y una vez que sean admitidos acordar su práctica lo que implicará necesariamente la suspensión del acto de la vista ante la imposibilidad de

³⁵¹ Artículo 328 de la LEC: “Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.”

³⁵² Artículo 330 de la LEC: *Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.*

En tales casos el tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Dicha resolución no será susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia.

Cuando estuvieren dispuestos a exhibirlos voluntariamente, no se les obligará a que los presenten en la Oficina judicial, sino que, si así lo exigieren, irá el Secretario judicial a su domicilio para testimoniarlos.

2. A los efectos del apartado anterior, no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio.

³⁵³ Artículo 332 de la LEC: “1. Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter.”

poder practicar dichos medios probatorios. Llegados a este punto podemos preguntarnos acerca de la posibilidad de que la Ley Concursal hubiera previsto un trámite previo de admisión de determinadas pruebas que requieran la intervención de terceros de un modo parecido a lo que sucedía en el juicio verbal antes de la última reforma. No obstante y dados los plazos tan breves previstos en la Ley Concursal hay que descartar tal hipótesis y hemos de concluir que la necesidad de suspensión es un inconveniente insalvable puesto que, más allá del propio tenor literal del artículo 19 de la LC, tampoco sería pertinente ni razonable acordar medios de prueba con anterioridad al acto de la vista dada la incertidumbre acerca de si va a tener lugar la práctica de la propia vista así como el hecho de que sería necesaria una resolución judicial acerca de la prueba propuesta y por ende, la posibilidad de recurrir la misma en reposición lo que podría dilatar muchísimo el trámite.

Así mismo existen otras consecuencias adversas que desaconsejan que se acordase su práctica antes de la vista, como por ejemplo que se realicen los requerimientos y luego se renuncie a la prueba en el acto de la vista o que no haya prueba con la pérdida de tiempo del tribunal y el empleo de recursos que no han servido para nada.

Por lo expuesto la fórmula empleada por el legislador es la más idónea una vez ponderados todos los intereses en juego y ello pese a que si se acordara alguno de los medios probatorios que acabamos de exponer sea necesario que el juez suspenda el acto de la vista una vez acordados todos los medios probatorios señalándose una nueva fecha para la práctica de la prueba, tal y como prevé el artículo 19.4 de la LC.

Otra cuestión que hemos de plantearnos al hilo de la prueba y que tiene una incidencia práctica muy importante es, si toda vez solicitados los medios de prueba en los escritos de solicitud y de oposición, ¿pueden las partes pedir otros medios de prueba o hemos de entender que ha precluido el momento procesal oportuno? La LC permite que se solicite la práctica de nuevos medios probatorios, concretamente el apartado 4 del artículo 19 muestra bastante amplitud en lo relativo a los medios probatorios al disponer que el juez decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto. Por consiguiente, es perfectamente posible proponer nuevos medios probatorios en el acto de la vista. Ahora bien ¿cómo ha de ponderarse esta facultad en relación con la prueba documental que ya ha debido de ser aportada

junto con la solicitud de concurso o en su caso con el escrito de oposición *ex* artículo 7.2 de la LC y 15.2 de la citada norma?

Entendemos que en este supuesto habrá de procederse del mismo modo que en el juicio ordinario. Hemos de distinguir si la falta de la aportación de un documento es imputable o no a la parte que solicita dicho medio probatorio con posterioridad al escrito de solicitud de concurso o de oposición a la declaración, según proceda.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 269 de la LEC, de aplicación supletoria, la parte que deje de aportar el documento o informe pericial en el momento procesal oportuno o, en el caso de no disponer del mismo, no dejara designado el lugar en el que se encuentra el mismo, la parte no podrá presentar dicho documento ni pedir que se traiga al proceso salvo que concurra alguna de las causas contempladas en el artículo 270.1 de la LEC.³⁵⁴

En virtud de lo hasta aquí expuesto, los documentos que las partes no hayan acompañado al escrito de solicitud de declaración concurso o al escrito de oposición a la anterior, no podrán ser objeto de una ulterior proposición como medio de prueba salvo que no pudiendo aportarlos designen el lugar en el que se encuentran estos documentos.

Así mismo, debemos hacer una matización a lo que llevamos expuesto para referirnos a aquellos documentos cuya relevancia se ponga de manifiesto únicamente con la oposición del deudor, en cuyo caso, la parte instante de la solicitud podría aportar dicho documento en el acto de la vista con fundamento en lo prevenido en el artículo 265.3 de la LEC.³⁵⁵

³⁵⁴ Artículo 270.1 de la LEC: 1. *“El tribunal después de la demanda y la contestación, o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, sólo admitirá al actor o al demandado los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto cuando se hallen en alguno de los casos siguientes:*

1.º Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.

2.º Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3.º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4.º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley.”

³⁵⁵ Artículo 265.3 de la LEC: No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal, los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda

En el proceso de declaración del concurso de acreedores, el deudor siempre ha de aportar los documentos con su escrito de oposición salvo que concurra alguno de los supuestos del artículo 270 de la LEC, por su parte el actor de la declaración del concurso está igualmente obligado a aportar los documentos relativos al fondo so pena de inadmisión *in limine litis* tal y como ya tuvimos ocasión de ver en apartados anteriores, pero además de las excepciones previstas en el artículo 270 de la LEC, podrá aportar en el acto de la vista los documentos cuya relevancia se pongan de manifiesto exclusivamente en relación a la contestación efectuada por el deudor.

Todo documento que trata de aportarse en el acto de la vista por las partes fuera de los casos que acabamos de referir, habrá de ser inadmitido mediante providencia de oficio o a instancia de parte con fundamento en el artículo 272³⁵⁶ de la LEC en relación con el artículo 270.2³⁵⁷ de la citada Ley y será devuelto a la parte.

Una vez nos hemos referido a las particularidades de la prueba documental, hemos de referirnos al resto de medios probatorios que, a excepción de los informes periciales que reciben el mismo tratamiento que los documentos y han de ser acompañados junto con el escrito correspondiente de conformidad con lo prevenido en el artículo 265 de la LEC que dispone que han de acompañarse a la demanda, hemos de referirnos al resto de medios probatorios.

Tratándose de la prueba testifical o el interrogatorio de parte sentada la necesidad de su proposición en el escrito hemos de preguntarnos sobre la posible preclusión en la solicitud de los mismos. Sin embargo, tal y como señala PEITEADO MARISCAL la LC resulta bastante flexible y permitiría solicitar un medio de prueba que no hubiere sido propuesto en el escrito correspondiente añadiendo la mencionada autora que esta amplitud quedaría supeditada a que la prueba de la que pretendiese valer la parte que la solicita pudiera practicarse en el acto de la vista, tal conclusión la alcanza de la puesta en conexión del artículo 19.4 de la LC con el 18.2 que previene a las partes para que comparezcan con todos los medios de prueba que vayan a practicarse en el acto.

³⁵⁶ Artículo 272 de la LEC: “*Cuando se presente un documento con posterioridad a los momentos procesales establecidos en esta Ley, según los distintos casos y circunstancias, el tribunal, por medio de providencia, lo inadmitirá, de oficio o a instancia de parte, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado.*”

³⁵⁷ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005 pág. 176

Ahora bien, si la prueba que va a ser propuesta por la parte instante a la vista de la oposición planteada por el concursado no le resulta exigible tal previsión, debe de poder solicitar la práctica del medio probatorio que estime pertinente tal y como señala PÉREZ VEGA³⁵⁸ quedando justificada su solicitud en un momento posterior por tratarse de hechos que se han alegado *ex novo* en el escrito de oposición.

f) La admisión o inadmisión de la prueba y su práctica

En relación a la admisión e inadmisión de la prueba propuesta por la partes el juez del concurso goza de un amplio margen discrecional y, a falta de previsión específica contenida en la LC, resultan de pertinente aplicación los artículos de la LEC que regulan la prueba.

Sobre la pertinencia de la prueba el artículo 283 de la LEC dispone que no deberán admitirse pruebas impertinentes por no guardar relación con los hechos, que en el caso concreto de la declaración del concurso sería la situación de insolvencia y la pluralidad de acreedores. Toda prueba que no vaya destinada a acreditar ambos presupuestos objetivos deberá ser declarada impertinente.

Tampoco van a resultar admisibles las pruebas inútiles, entendiendo por tales las que no contribuyan al esclarecimiento de los hechos controvertidos tal y como dispone el artículo 283.2 de la LEC. Entrarían en la categoría de pruebas inútiles la prueba encaminada a acreditar hechos imposibles, hechos sobre los que no existe controversia por haber sido admitidos por la parte contraria o cuando se traten de probar hechos sobre los que el tribunal ya esté suficientemente ilustrado como sucede en el caso de que varios testigos declaren sobre un mismo hecho.

Tampoco pueden ser objeto de prueba las que vengan vedadas por la ley que no deben de ser confundida con la prueba ilícita. La ilegalidad de la prueba puede venir determinada tanto por la forma de proponer la prueba como por el medio probatorio.

La prueba ilícita viene definida en el artículo 11.1 de la LOPJ, precepto que es consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la STC 114/1984

³⁵⁸ PÉREZ VEGA, A.: “El incidente concursal civil: celebración de vista y especialidades procesales” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Segundo semestre de 2015, pág. 14.

de 29 de noviembre.³⁵⁹ La citada doctrina del Constitucional como venimos diciendo ha sido incorporada al artículo 11.1 de la LOPJ determina que aquellas pruebas que han sido obtenidas mediante la violación de uno o varios derechos fundamentales no tendrán valor ni efecto en el proceso. El artículo 287 de la LEC establece el tratamiento que ha de darse a la prueba ilícita debiendo las partes denunciarlo en cuanto tengan conocimiento sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de apreciar tal carácter de oficio.

En el proceso concursal las manifestaciones relativas a la prueba ilícita deberán hacerse al comienzo de la vista antes de que el juez se pronuncie sobre la admisión de los medios probatorios propuestos por las partes. De conformidad con lo prevenido en el artículo 287 de la LEC frente a la resolución del juez sobre su ilicitud cabrá recurso de reposición.

El juez resolverá *in voce* durante la vista sobre las pruebas cuya práctica se hubiera solicitado en el acto de la vista. Frente a esta resolución dispone el artículo 285.2 de la LEC que podrá interponerse recurso de reposición.³⁶⁰ El recurso de reposición será formulado también de viva voz por la parte que postule la indebida admisión o inadmisión del correspondiente medio probatorio. En el mencionado recurso la parte que lo interponga deberá hacer constar la infracción de la norma que la resolución hubiere incurrido a su juicio, requisito que viene establecido en el artículo 452 de la LEC que en caso de no ser cumplido conllevará la necesaria desestimación del recurso tal y como dispone el mencionado precepto.³⁶¹

Frente a la desestimación del recurso de reposición interpuesto por la indebida admisión o inadmisión de un medio probatorio se podrá formular respetuosa protesta con la finalidad de poder solicitar la práctica de dicho medio probatorio en la segunda instancia.

³⁵⁹ Sobre la Prueba ilícita véase, entre otros GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba ilícita” en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídica y de Derechos Humanos*, Volumen 54, págs. 363-383,

³⁶⁰ Artículo 285.2 de la LEC: “*Contra la resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.*”

³⁶¹ Artículo 452 de la LEC: “*1. El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente.*

2. Si no se cumplieran los requisitos establecidos en el apartado anterior, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso, la reposición interpuesta frente a providencias y autos no definitivos, y mediante decreto directamente recurrible en revisión la formulada contra diligencias de ordenación y decretos no definitivos.”

Una vez admitida la práctica de la prueba, procede sin más la práctica de la misma. Tal y como hemos señalado, se practicarán todas las pruebas que estén disponibles en ese acto y si hubiera otras pruebas que no hayan podido practicarse, se suspenderá la vista y se señalará nueva fecha para la práctica de los medios probatorios que resten para la fecha más próxima posible y sin que se pueda exceder el plazo de veinte días tal y como dispone el apartado 4 del artículo 19 de la LC.

En los supuestos en los que la proposición de la prueba y la imposibilidad de llevarse a cabo en el acto del juicio pudieran deberse a la conducta dilatoria de la parte que la ha propuesto puede imponerse la sanción legalmente establecida en el artículo 288 de la LEC.³⁶²

El control de la práctica de los medios probatorios no presenta novedad alguna en relación con el procedimiento civil y ello pese a que la Ley Concursal haya realizado una previsión específica en su artículo 19.5 al establecer que el juez podrá interrogar directamente a las partes a los peritos y a los testigos. Esta norma reitera el contenido de los artículos 306 de la LEC que permite al tribunal interrogar a la parte llamada a declarar. Del mismo modo, el artículo 347.2 de la LEC faculta al tribunal para formular preguntas a los peritos y en idéntico sentido se pronuncia el artículo 372.2 de la citada ley al permitir al juez interrogar al testigo para obtener aclaraciones y adiciones. Esta reiteración de la LC de las normas procesales civiles que rigen la prueba en el proceso de declaración del concurso se ha granjeado de crítica por la doctrina, pudiendo citar en este sentido a BONET NAVARRO³⁶³.

En nuestra opinión, si bien coincidimos plenamente en la innecesaridad del apartado 5 del artículo 19 de la LC, es posible que el legislador concursal pretendiera dar un mandato al juez del concurso para tomar una actitud más activa en la fase probatoria debido a que al tratarse de un procedimiento universal no se puede dejar al libre albedrío de la parte que la prueba se practique correctamente para obtener la necesaria certeza acerca de la insolvencia. Resulta lógico que dada la singular naturaleza del concurso de acreedores y la posible existencia de intereses de terceras

³⁶² Artículo 288.1 de la LEC: “El litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida será sancionado por el tribunal con multa que no podrá ser inferior a 60 euros ni exceder de 600, salvo que acreditase falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba si él la hubiese propuesto”

³⁶³ BONET NAVARRO, A.: “Título Primero – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Volumen I, Madrid, 2004, pág.201.

partes en el objeto del proceso el juez debe de averiguar la existencia o inexistencia de la insolvencia y para ello no debe de ser un mero espectador sino que habría de intervenir cuando la situación lo exija. Ahora bien, si era esta la intención del legislador la redacción del artículo 19.5 de la LC no ha sido muy afortunada y por ello la crítica al mismo queda justificada

5. El auto resolutorio de la solicitud de concurso necesario.

Establece el artículo 20 de la LC que una vez practicadas las pruebas o transcurrido el plazo fijado para ello (que es de 20 días de conformidad con lo establecido en el artículo 19.4 de la LC ya examinado) el juez dictará auto declarando el concurso o desestimando el mismo en el plazo de tres días. El referido plazo de tres días no parece demasiado razonable habida cuenta de la necesidad de que el juez pueda examinar con la debida tranquilidad la documental aportada por el deudor en el acto del juicio así como el resto de los medios probatorios.

Tal brevedad es cuestionable habida cuenta del gran número de pronunciamientos que ha de contener el auto que declare el concurso. En este sentido, el auto que deniegue la declaración del concurso únicamente contendrá una valoración fundada de la prueba y la convicción a la que ha llegado el juzgador mientras que el auto que lo declare además de la valoración de la prueba y la convicción alcanzada deberá contener todos los pronunciamientos a los que se refiere el artículo 21 de la LC y a los que nos referiremos posteriormente. Es por ello que la previsión legal del plazo de tres días contenida en el artículo 20 de la LC resulta totalmente insuficiente y en muchos casos no puede ser cumplida.

El auto resolutorio de la solicitud de concurso necesario tendrá dos posibles pronunciamientos: declarar el concurso o declarar que no ha lugar la declaración del mismo.

A. Auto denegatorio de la solicitud de concurso.

El juez del concurso, una vez ha valorado la prueba practicada, puede llegar al convencimiento de que no se ha producido el presupuesto objetivo contenido en el artículo 2 de la LC, esto es, que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia.

Este supuesto, como ya examinamos, puede tener lugar por distintos motivos y que a fin de no reiterarnos en lo ya expuesto nos remitimos a lo ya dicho cuando

examinamos el presupuesto objetivo de la insolvencia. De igual modo, puede resultar que aun siendo insolvente el deudor no concurra el otro presupuesto material, la pluralidad de acreedores.

Tanto en el primero de los casos como en el segundo, el Juez dictará un auto declarando no haber lugar la declaración de concurso solicitada. Se trata de una resolución netamente declarativa tal y como señala PEITEADO MARISCAL³⁶⁴. El referido auto contendrá además los siguientes pronunciamientos:

a) Las costas.

En relación a las costas, es evidente que procede su imposición a la parte actora puesto que ha visto rechazadas sus pretensiones siguiendo la LC el criterio del vencimiento objetivo recogido en el artículo 394.1 de la LEC³⁶⁵ al establecer el artículo 20 de la LC que en caso de ser desestimada la solicitud las costas serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Abre la puerta el legislador a evitar condenas en costas en casos en los que el instante pudiera estar erróneamente inducido por una serie de datos objetivos a solicitar la declaración del concurso o cuando concurran serias dudas de derecho.

Como regla general, el tenor literal del artículo 20 implica que las costas han de imponerse sin más al actor en caso de que haya visto desestimada su solicitud, en el caso de que se pretenda exonerar de las mismas a la parte actora que ha visto desestimada su solicitud el juez deberá hacer una motivación extra en el auto. La LC no se pronuncia en relación a la jurisprudencia recaída como criterio a tener en cuenta a la hora de examinar si el caso presentaba o no serias dudas de hecho o de derecho, si bien será un criterio que permite apreciar una mayor o menor temeridad en la acción ejercitada tal y como señala GONZÁLEZ NAVARRO³⁶⁶

³⁶⁴ PEITEADO MARISCAL, P.: Op. Cit., Navarra, 2005 pág. 197.

³⁶⁵ Artículo 394.1 de la LEC: 1. *“En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.”

³⁶⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.: “Las costas en la Ley Concursal” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 5, Segundo semestre de 2006, pág. 115.

El juez del concurso a la hora de exonerar la imposición de las costas al instante de la solicitud ha de tener en cuenta si se tratan de dudas sobre los hechos o sobre los fundamentos de derecho. En el primer caso ha de examinar las posibilidades reales del actor de conocer los hechos y en los casos en los que hubiera podido tener conocimiento de los mismos mediante una actitud diligente no podrá considerar que hayan existido dudas sobre los mismos. Tratándose de dudas jurídicas estas van a venir provocadas, tal y como señala BONET NAVARRO³⁶⁷, por cambios legislativos, cambios en los criterios judiciales o la falta de claridad de las normas.

En todo caso se trata de un margen importante de discrecionalidad del juzgador que debe evitar demandas temerarias puesto que a nadie se le escapa que el concurso puede resultar un medio idóneo de algunos acreedores para presionar a los deudores y conseguir el cobro de deudas, dadas las importantes consecuencias negativas que conlleva el concurso para el deudor frente a cualquier procedimiento declarativo o incluso ejecutivo.

b) Recursos procedentes.

Frente al auto desestimatorio de la declaración de concurso de acreedores dispone el artículo 20.2 de la LC que cabrá la interposición en todo caso de recurso de apelación cuyo análisis vamos a posponer para estudiarlo más adelante puesto que su regulación es la misma tanto para los casos en los que la resolución haya sido estimatorio o desestimatoria.

c) La indemnización de daños y perjuicios.

Además de las costas, una vez firme el auto declarando no haber lugar el concurso solicitado, la LC contempla la posibilidad de instar una reclamación por daños y perjuicios al disponer el artículo 20 de la LC que el deudor podrá pedir que se determinen los daños sufridos con ocasión de la tramitación del concurso a través de los trámites del artículo 712 y ss. de la LEC.

Las costas únicamente permiten a la parte resarcirte de una serie de gastos cuyo carácter es *númerus clausus* y que se han generado de forma directa en el proceso los

³⁶⁷ BONET NAVARRO, A.: “Título Primero – Capítulo II” en AA.VV.: Comentarios a la Ley Concursal, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Volumen I, Madrid, 2004, pág. 205.

cuales vienen recogidos en el artículo 241 de la LEC.³⁶⁸ Pero suele ocurrir que el proceso haya generado una serie de perjuicios que las costas no puedan resarcir, este es el caso concreto que puede tener lugar cuando se han adoptado medidas cautelares y estas hayan generado daños patrimoniales al deudor. Por ejemplo, por haberse embargado de forma preventiva los saldos en cuentas corrientes, o haberse realizado una anotación preventiva de la demanda que haya provocado una disminución de la actividad empresarial.

Para estos supuestos en los que el concurso o las medidas cautelares adoptadas en el seno del mismo han supuesto un daño al deudor, el legislador ha previsto la posibilidad de que éste sea resarcido por el instante de la solicitud. En buena lógica tal y como veremos más adelante al referirnos a las medidas cautelares precisamente existe el instituto de la caución que viene a garantizar la disponibilidad de una determinada cantidad de dinero frente a la que dirigir la reclamación de daños.

El procedimiento regulado en los artículos 712 y siguientes de la LEC es bastante sencillo, una vez firme el auto el deudor solicitará la determinación judicial de los daños adjuntando una relación detallada de los mismos que podrá acompañarse de dictámenes u otra serie de documentos que sustenten la relación contenida en la misma. La anterior relación junto con la solicitud serán oportunamente trasladados al instante del concurso para que pueda bien conformarse con los daños que se reclaman u oponerse a la misma. Si no formula oposición motivada en el plazo de diez días se le tendrá por conforme.

³⁶⁸ Artículo 241 de la LEC: *Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos*

1.º Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.

2.º Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.

3.º Depósitos necesarios para la presentación de recursos.

4.º Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.

5.º Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.

6.º Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

7.º La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva. No se incluirá en las costas del proceso el importe de la tasa abonada en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual. Tampoco se incluirá en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.

En el caso de oposición se abrirá un incidente convocando a las partes a una vista y previamente a esta podrá el juez acordar que un perito emita un informe sobre los daños y perjuicios en este supuesto, celebrada la misma, se dictará un auto fijando la cantidad que estime pertinente. El auto contendrá un pronunciamiento expreso sobre las costas y será apelable aunque dicho recurso carecerá de efectos suspensivos.

El deudor que ha reclamado los daños podrá instar la ejecución dineraria provisional, una vez liquidados los daños por el procedimiento anteriormente descrito, en tanto en cuanto se resuelve el recurso de apelación frente al auto denegatorio del concurso. La ejecución provisional habrá de regirse por las normas generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) Levantamiento de las medidas cautelares.

Sin perjuicio del análisis que haremos en apartados posteriores de las medidas cautelares, caso de haberse adoptado cualesquiera medidas cautelares y haberse declarado que no ha lugar el concurso de acreedores, el auto denegatorio ha de pronunciarse sobre las anteriores. Ello sin perjuicio, claro está, de que en el supuesto de que se interponga recurso de apelación frente al auto la parte instante solicite el mantenimiento de las medidas acordadas con fundamento en la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 20 de la LC.³⁶⁹

Este pronunciamiento solo puede encaminarse en dos sentidos, o mantener la medida o acordar la remoción de la misma. Dado que la LC guarda silencio al respecto hemos de acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil para examinar el tratamiento que hace de la anterior cuestión.

El artículo 744 de la LEC³⁷⁰ dispone que, absuelto el demandado, el Secretario ordenará el alzamiento de las medidas cautelares que se hubieran acordado salvo que el

³⁶⁹ Artículo 20.2 de la LC: *Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario; en tal caso habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado. Si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, las partes podrán oponerse a las concretas medidas adoptadas mediante recurso de reposición.*

³⁷⁰ Artículo 744 de la LEC: *“Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el Secretario judicial ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de alguna medida cautelar distinta en el momento de interponer recurso contra la sentencia. En este caso se dará cuenta al tribunal, que oída la parte contraria y con anterioridad a remitir los autos al órgano competente para resolver el recurso contra la sentencia,*

demandante interpusiera recurso de apelación y solicitara el mantenimiento de la medida. La interpretación del citado precepto apunta en la dirección de que las medidas no deben de alzarse automáticamente una vez desestimada la demanda, sino que habrá que esperar a ver cuál es la posición que adopta el solicitante en relación con el recurso. En el supuesto de que recurra sin solicitar su mantenimiento o modificación o no recurra, el Secretario habrá de proceder sin más trámite a su levantamiento. En el caso contrario, si este solicita su mantenimiento, se dará traslado a la parte frente a la que se ha adoptado la medida cautelar para que realice las alegaciones que estime pertinentes y posteriormente decide antes de elevar los autos al órgano jurisdiccional que tiene atribuida la competencia funcional para el conocimiento de la apelación.

PEITEADO MARISCAL³⁷¹ entiende que la resolución desestimatoria ordenará el alzamiento de las medidas cautelares aunque lo condiciona a que la parte no solicite su mantenimiento en la interposición del recurso. La fórmula propuesta por la mencionada autora resulta más práctica que la prevista en el artículo 744.1 de la LEC porque evita que el secretario tenga que emitir un pronunciamiento expreso sobre el levantamiento de las medidas cautelares y tiene un buen encaje con la previsión contenida en el artículo 20.2 de la LC según la cual el juez del concurso, en el trámite de interposición del recurso de apelación, habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento de las medidas cautelares.

Una vez examinado el auto denegatorio de la declaración de concurso de acreedores procede analizar la otra resolución que puede tener lugar, esto es, el auto declarando el concurso de acreedores.

B. El auto estimatorio de la solicitud de declaración de concurso.

Si el juez, una vez practicada la prueba, llega a la convicción de que concurre un estado de insolvencia y una pluralidad de acreedores, dictará un auto declarando el concurso. La mencionada resolución tiene un gran número de pronunciamientos y produce importantes efectos tanto en la persona del concursado como en sus bienes además de una serie de efectos estrictamente procesales que son precisamente los que van a ser objeto de nuestro análisis en la tercera parte de este trabajo de investigación.

resolverá lo procedente sobre la solicitud, atendiendo a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento o la adopción de dichas medidas.”

³⁷¹ PEITEADO MARISCAL, P.: Op. Cit., Navarra, 2005 pág. 202.

a) Pronunciamientos que ha de contener el auto que declare el concurso de acreedores.

El extenso artículo 21 de la LC se encarga de regular todos y cada uno de los pronunciamientos que ha de contener el auto declaratorio del concurso de acreedores. A los pronunciamientos contenidos en este artículo hemos de añadir dos pronunciamientos contenidos en el artículo 20 de la LC, el primero de ellos que resulta fundamental no es otro que la propia declaración del concurso y el segundo de los pronunciamientos previstos en el artículo 20 de la LC es el relativo a la imposición de las costas a las que haremos mención aparte.

- **Carácter del concurso:** el auto que declare el concurso de acreedores habrá de pronunciarse sobre si el concurso es voluntario o necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LC el cual ya tuvimos ocasión de examinar con anterioridad.
- **El auto deberá pronunciarse sobre las facultades de administración y disposición del deudor:** de conformidad con las prevenciones contenidas en el artículo 40 de la LC que, a groso modo dispone que, cuando el concurso sea voluntario el deudor conservará sus facultades de administración y disposición aunque sujetas a la intervención de la administración concursal. Por el contrario, tratándose de un concurso necesario, las anteriores facultades le serán suspendidas y serán ejercitadas por la administración concursal. Esa regla general podrá ser inobservada por el juez del concurso si bien exige el mencionado precepto que deberá de motivar esta decisión con mención expresa de los riesgos que pretende evitar en el caso de suspender las facultades al deudor declarado en concurso voluntario o las ventajas que se pretenden obtener en el caso del concurso necesario para no acordar la suspensión de las mencionadas facultades.

Igualmente deberán ser nombrados los administradores concursales y las facultades de administración que tendrán para el desempeño de su cargo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y siguientes de la LC. En relación a las facultades de los administradores concursales, habrá de tenerse necesariamente en cuenta el régimen establecido para las facultades patrimoniales del deudor. Si éste ha sido suspendido, su ejercicio corresponde a la administración concursal quien estará auxiliada en todo momento por el

juzgado de lo mercantil en el ejercicio de sus facultades tal y como dispone en artículo 43 de la LC.³⁷²

- El tercer pronunciamiento que debe de contener el auto que declare el concurso necesario es un requerimiento para que el deudor aporte los documentos enumerados en el artículo 6 de la LC que, tal y como tuvimos ocasión de ver, son los que ha de presentar para solicitar el concurso voluntario. Tras este requerimiento el deudor tendrá un plazo de 10 días para presentar la información que no hubiera sido aportada con anterioridad, supuesto bastante probable pues en el caso de haber mediado oposición alguna, si no toda la documentación, ya se aportaría como documental junto con el escrito de oposición.

El incumplimiento de este requerimiento puede tener importantes consecuencias en la calificación del concurso, puesto que podría apreciarse que el deudor ha dejado de aportar los documentos de forma deliberada concurriendo la causa legalmente prevista en el artículo 165.1.2º de la LC³⁷³, esto es, el incumplimiento del deber de colaboración. Para evitar en la medida de lo posible las consecuencias negativas que comportaría tal presunción de culpabilidad, si el deudor no puede aportar alguno de los documentos legalmente previstos en el artículo 6 de la LC ha de proceder del modo previsto en el propio artículo 6.5 de la LC que, tal y como ya examinamos, permite al deudor dejar de aportar algún documento exponiendo de forma razonada los motivos que impiden su aportación.

- La adopción de medidas cautelares que encaminadas a preservar el patrimonio hasta que lo administradores concursales acepten el cargo. En relación a las medidas cautelares dispone la LC que se adoptarán “*en su caso*”, o lo que es lo mismo caso de no haberse acordado con anterioridad. Es bastante posible que el instante del concurso no haya solicitado su adopción con la solicitud o con

³⁷² Artículo 43.1 de la LC: “*En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. A tal fin, los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario.*”

³⁷³ Artículo 165.1.2º de la LC: 1. “*El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:*

...

2.º *Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.*”

carácter previo puesto que ello conlleva necesariamente la necesidad de prestar caución, con independencia de ello en este momento procesal han de adoptarse las anteriores con la finalidad de preservar la masa del concurso.

Dispone el artículo 21.1.4º de la LC que el juez se pronunciará sobre las “medidas cautelares que el juez considere necesarias”, es decir que se trata de unas medidas cautelares que vienen a acordarse de oficio con independencia de las solicitadas por el instante de la declaración. De igual opinión a la nuestra se muestra PEITEADO MARISCAL al señalar que se tratan de medidas que han de acordarse de oficio por el juez.³⁷⁴

Sobre las anteriores medidas cautelares es posible cuestionarse si nos encontramos con unas verdaderas medidas cautelares o ante unas meras medidas patrimoniales. Si partimos de las notas definitorias de las medidas cautelares a las que hace referencia GUTIERREZ DE CABIEDES³⁷⁵ nos encontraríamos con la inexistencia de varias notas definitorias.

En primer lugar la pendencia del proceso: el proceso de declaración del concurso tiene una primera fase en la que se obtiene el pronunciamiento y que es previo a las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 21 de la LC, por lo que si tomamos en consideración esta primera fase de declaración, la medida acordada no estaría vinculada con un procedimiento pendiente pues ya habría terminado con el auto declarando el concurso. Ahora bien, si tomamos como referencia el concurso de acreedores en su integridad este no termina con el anterior auto por lo que el anterior requisito sí se cumpliría.

Otro de los elementos esenciales en las medidas cautelares a los que alude el mencionado autor y que en nuestra opinión no concurriría en las medidas a las que se refiere el artículo 21 de la LC es el carácter dispositivo de la medida cautelar, que solo puede acordarse a instancia de parte salvo que concurren circunstancias muy excepcionales. Mientras que el referido precepto impone acordar de oficio.

En sintonía con lo anterior viene la necesaria contracautela, mediante la cual se solicita una garantía para responder de los posibles daños que la

³⁷⁴ PEITEADO MARISCAL, P., Op. Cit., Navarra, 2005 pág. 211.

³⁷⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES, E., “Elementos esenciales” en *El sistema de medidas cautelares XI Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, Navarra, 1974, págs. 12 y ss.

adopción de la medida pudiera llegar a provocar en el patrimonio de la persona frente a quien se adopta la medida, la cual en modo alguno puede concurrir al adoptarse la medida de oficio.

La ausencia de los anteriores elementos nos inclina a posicionarnos en contra de que tales medidas deban ser calificadas como cautelares. Similar postura al respecto mantiene ARIZA COLMENAREJO³⁷⁶ cuando postula que a pesar de la denominación no siempre estaremos ante auténticas medidas cautelares. Más bien nos encontraríamos ante unas medidas provisionales, las cuales se acordarían de oficio e irían destinadas, tal y como prevé la Ley Concursal, a asegurar el pronunciamiento ya emitido y los efectos que el mismo ha de producir en tanto que los administradores aceptan sus cargos, momento a partir del cual las anteriores desaparecen sin necesidad de un nuevo pronunciamiento.

- El auto deberá contener un llamamiento a los acreedores para que puedan comunicar sus créditos. Una de las cuestiones fundamentales en un proceso universal es permitir que el mayor número posible de personas que tenga interés legítimo en el mismo puedan concurrir y que lo hagan sin dilatar los plazos y las actuaciones *sine die*.

Para ello se prevé la publicación del auto estimatorio de la solicitud de declaración de concurso mismo con la finalidad de hacer posible la concurrencia de los acreedores y la comunicación de los créditos de estos. La falta de la comunicación del crédito en el plazo legalmente previsto no acarrea la preclusión del trámite y la imposibilidad de comunicar el crédito en un momento posterior, en este sentido el artículo 96 bis de la LC permite comunicar créditos incluso una vez realizada la lista de acreedores.³⁷⁷ Los anteriores créditos tendrán

³⁷⁶ ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Medidas cautelares en el proceso de declaración” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, pág. 348.

³⁷⁷ Artículo 96 bis de la LC: “Concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos, se podrán presentar comunicaciones de nuevos créditos. Estos créditos serán reconocidos conforme a reglas generales y en su clasificación se estará a lo dispuesto en el artículo 92.1.º salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza.”

la consideración de subordinados en virtud de lo dispuesto en el artículo 92 apartado 1º de la LC³⁷⁸.

Por lo expuesto, para los acreedores resulta muy importante adoptar una actitud activa y comunicar su crédito dentro de plazo para que éstos últimos tengan la consideración de ordinarios.

- El auto deberá decidir sobre la apertura de pieza separada para la disolución del Régimen Económico Matrimonial si ésta hubiera sido solicitada por el cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales.
- Deberá decidir también sobre la pertinencia de la tramitación del concurso por el procedimiento abreviado. Para ello, tal y como dispone el artículo 190 de la LC, el juez lo acordará cuando considere que el concurso no reviste mayor complejidad, en el supuesto de que el deudor presente una propuesta anticipada de convenio.

Cuando el deudor presente un plan de liquidación que incluya una propuesta vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o cuando no existieren contratos en vigor, el juez deberá acordar su tramitación por el cauce del procedimiento abreviado.

El hecho de que se inicie el procedimiento abreviado no es óbice para que en un momento posterior del concurso el juez pueda acordar, de oficio o a instancia de parte, transformar las actuaciones a procedimiento ordinario y viceversa.

- A los anteriores pronunciamientos habrán de sumarse en buena lógica el relativo a las costas de la declaración. En este caso, al tratarse de la declaración del concurso necesario y con oposición del deudor, las mismas habrán de ser impuestas al deudor y tal y como preceptúa el artículo 20.1 de la LC y tendrán carácter de crédito contra la masa.

³⁷⁸ Artículo 92.1º de la LC: “*Son créditos subordinados:*

1.º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.”

Tal y como ya dijimos para el caso de la desestimación, el pronunciamiento sobre las costas sigue el criterio del vencimiento efectivo legalmente previsto en la ley, si bien en caso de que proceda la declaración no parece que exista la posibilidad de exonerar de las mismas al deudor declarado en concurso dado el tenor literal del artículo 20. La cuestión que hemos de plantearnos es la siguiente: ¿las costas ocasionadas al deudor son también crédito frente a masa? La respuesta debe de ser afirmativa pues el artículo 20 se limita a afirmar que, en caso de estimación, las costas serán crédito frente a la masa. En este sentido BONET NAVARRO³⁷⁹ se postula a favor con fundamento en la falta de diferenciación a la que hemos aludido puesta en conexión con el tenor literal del artículo 20.1 y 84.1.2º ambos de la LC.

b) La notificación del auto declaratorio del concurso de acreedores.

Tal y como señalábamos anteriormente al referirnos al contenido del auto relativo a la publicidad que debiera de darse al concurso, la notificación del auto declarando el concurso constituye un elemento esencial en esta clase de procedimiento. Dado que en el procedimiento existen unas partes que está determinadas y otras que no son parte, las cuales pueden estar determinados o no, el modo en el que se ha de notificar a unas y a otras difiere. Por dicho motivo la LC regula dos formas distintas de notificación.

En primer lugar y respecto de aquellos sujetos que han sido parte en el procedimiento de declaración del concurso, se les deberá notificar la resolución por medio del procurador designado de conformidad con el artículo 152.3 de la LEC.³⁸⁰ Estos actos de comunicación se harán a través del empleo de medios telemáticos tal y como dispone el artículo 152.2 de la LEC.³⁸¹

Tratándose de acreedores que no estén personados en el procedimiento, dispone la LC que los anteriores deberán ser notificados por la administración concursal, previsión

³⁷⁹ BONET NAVARRO, A.: “Título Primero – Capítulo II” en AA.VV.: Comentarios a la Ley Concursal, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Volumen I, Madrid, 2004, pág. 204.

³⁸⁰ Artículo 152.3 de la LEC: “Los actos de comunicación se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley:

1.ª A través de procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél.”

³⁸¹ Artículo 152.2 de la LEC: “Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.”

contenida en el artículo 33.g) 2º de la LC. Este llamamiento reviste una gran trascendencia porque permite a los anteriores ser llamados de forma individualizada que no por medio de edictos o publicaciones en el BOE dado el menor grado de efectividad de estos últimos medios de comunicación en relación con un verdadero conocimiento de la existencia del proceso, otorga una gran relevancia a dicha comunicación de la administración concursal pues éstos acreedores no son parte del proceso y, en consecuencia, no van a ser notificados por el órgano jurisdiccional de forma individual.

Así mismo, la LC concursal en su artículo 23 dispone la publicidad del concurso en el Boletín Oficial del Estado de forma gratuita mediante un extracto con todos los datos necesarios para la localización del concurso, la identidad de los administradores concursales y sus datos de contacto así como la fecha de la declaración del concurso, el plazo para la comunicación de los créditos y el régimen de intervención de las facultades del concursado. De esta manera quedan garantizados los derechos de posibles acreedores cuyos créditos no constaran en la contabilidad del deudor por cualesquiera circunstancias.

Así mismo hemos de aludir a la publicidad registral que se hace de la declaración del concurso. La situación de concurso de una persona física es un hecho relevante para los terceros y tratándose de personas jurídicas es un hecho cuya relevancia resulta trascendental. Por dicho motivo, la LC ha previsto que este hecho sea debidamente publicitado en el correspondiente Registro, disponiendo el artículo 24 la forma de proceder a su anotación.

El artículo 24 de la LC establece un régimen diferenciado para las personas físicas en las que se hacen constar la declaración, su fecha, los administradores concursales y el alcance de los efectos sobre las facultades de disposición del deudor. Tratándose del concurso de una persona jurídica, además de las anteriores circunstancias contendrá los pronunciamientos judiciales relativos a la voluntariedad o necesidad del concurso, la apertura de la fase del convenio, la aprobación, la apertura de la fase de liquidación, la conclusión del concurso y su impugnación si la hubiere, así como la pieza de calificación.

En ambos casos, en aquellos bienes del deudor que se encontraran inscritos en algún Registro, en el folio correspondiente a cada bien, se inscribirá el concurso con la fecha del auto de declaración, las circunstancias relativas a las facultades de administración del deudor y los administradores concursales.

C. La impugnación del auto resolutorio de la solicitud de concurso.

Toda vez examinados los pronunciamientos que contiene el auto declarando el concurso y el auto denegatorio del mismo, procede el examen de los medios de impugnación tanto si se trata de un pronunciamiento estimatorio de la solicitud como si es desestimatorio.

El artículo 20 de la LC dispone en su apartado 2 que frente a la estimación o la desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación el cual carecerá de efectos suspensivos salvo que el de forma excepcional el juez del concurso acuerde lo contrario. Así mismo dispone el mencionado precepto que cuando se impugne cualquier pronunciamiento distinto a la propia declaración del concurso o la denegación del mismo, no procederá el recurso de apelación sino únicamente el recurso de reposición. La verdad es que el recurso frente al auto resolutorio de la solicitud del concurso de acreedores es una cuestión que carece de una buena sistematización en la LC, tal y como vamos a tener ocasión de exponer.

a) Impugnación del auto denegatorio de la solicitud del concurso.

Con carácter general están legitimados para interponer cualesquiera recursos las partes que se han visto afectadas de forma desfavorable por una resolución que sea recurrible tal y como dispone el artículo 448 de la LEC. Por parte procesal legítima debemos entender aquella que se encuentra debidamente personada en el procedimiento ostentando la necesaria legitimación activa o pasiva.

Tratándose del auto desestimatorio de la solicitud establece el artículo 20.3 de la LC únicamente está legitimada para recurrir en apelación la parte solicitante del concurso, tal prevención resulta un tanto innecesaria a nuestro juicio pues no hace sino vedar la posibilidad de que el deudor impugne el auto que ha estimado su oposición. El deudor no tiene recurso de apelación puesto que habiéndose opuesto a la declaración, tal pronunciamiento no puede, en modo alguno resultarle desfavorable. Y si lo que pretendiera el deudor fuese impugnar cualesquiera otros pronunciamientos, que únicamente podrían ser relativos a las costas o a las medidas cautelares, de conformidad con el propio artículo 20 de la LC, deberá acudir al recurso de reposición tal y como dispone en apartado 2 del mencionado precepto.

El instante de la solicitud podrá interponer frente a la misma el recurso de apelación cuyo plazo de interposición comenzará a correr desde la fecha de la

notificación del auto, puesto que se encuentra debidamente personado con procurador y en nada le afecta la publicidad que se haga del mismo.

b) Impugnación del auto estimatorio del concurso de acreedores.

Frente al auto que estime la solicitud y declare el concurso de acreedores, el deudor podrá interponer recurso de apelación frente a la misma. Ahora bien, caso de interponerse el mencionado recurso de apelación y por estrictas razones de lógica procesal, cabría postular que debieran impugnarse todos aquellos pronunciamientos que le resulten desfavorables pues carecería de lógica que haya de interponerse el recurso de apelación únicamente frente al pronunciamiento de la declaración de concurso y para la impugnación del resto de pronunciamientos (costas, medidas cautelares, carácter del concurso, nombramiento de administradores, etc.) haber interpuesto previamente el recurso de reposición, consecuencia absurda que deviene de una aplicación literal de las normas contenidas en el artículo 20 de la LC.

En este sentido se posiciona BONET NAVARRO quien sostiene que si el recurrente impugna la declaración de concurso y el resto de pronunciamientos, el recurso que procedente es el de apelación.³⁸²

Ahora bien, la anterior solución no estaría exenta de cuestiones que han de ser examinadas. Podemos cuestionarnos la posible falta de competencia funcional de la Audiencia Provincial para pronunciarse sobre aquellos aspectos que han quedado reservados al conocimiento no devolutivo del juez del concurso por el tenor literal del artículo 20 de la LC, al disponer éste último que dichas cuestiones sean recurridas en reposición. Frente a tal postulado, puede sostenerse sin mayores esfuerzos argumentativos lo absurdo de que el juez del concurso resuelva sobre el nombramiento de los administradores cuando existe una apelación en curso que puede determinar que el auto sea revocado y con él los pronunciamientos relativos a éstos últimos. En igual sentido, si el auto que declara el concurso es revocado, todos los pronunciamientos que han de contenerse en la resolución de los hipotéticos recursos de reposición carecerían de todo sentido al existir una pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

También sería posible que estimado el concurso, por parte del deudor se impugnasen únicamente cuestiones relativas a las facultades de administración y que

³⁸² BONET NAVARRO, A.: “Título Primero – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Volumen I, Madrid, 2004, pág. 208.

por cualquier otro legitimado se interpusiera el correspondiente recurso de apelación impugnando la declaración del concurso. En cualquier caso, al existir una legitimación que permite apelar la resolución a terceros con interés legítimo que no han sido parte del proceso, hace que puedan existir un elevado número de recursos, al menos en la teoría, lo que hace que sea deseable que exista una única resolución que dé respuesta a todos a fin de evitar pronunciamientos inútiles.

Si nos detenemos a examinar ambos recursos en la regulación general que hace la LEC de los mimos, nos damos cuenta que el recurso de reposición es un medio de impugnación de aquellas resoluciones del órgano jurisdiccional de mera ordenación del proceso o no definitivas.

La pregunta que debemos de hacernos a renglón seguido es la siguiente: ¿El auto declaratorio del concurso de acreedores es una resolución definitiva? Partiendo del artículo 207.1 de la LEC³⁸³ no parece que podamos hablar de que el auto declaratorio del concurso de acreedores sea definitivo en sentido estricto al no poner fin a la primera instancia. En este sentido hemos de cuestionarnos, ¿qué se entiende por primera instancia en el concurso de acreedores? Y ponerlo en conexión con el artículo 176 de la LC³⁸⁴ que señala las causas que determinan el cierre o la terminación del concurso de acreedores.

De este modo podemos llegar a la conclusión de que el auto declarando el concurso de acreedores no es una resolución definitiva pese a que emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Ahora bien y no obstante a lo que llevamos expuesto, el recurso de apelación implica necesariamente abrir una segunda instancia lo que podría apuntar en la tesis contraria en el sentido que para abrir la segunda instancia

³⁸³ Artículo 207.1 de la LEC: “*Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.*”

³⁸⁴ Artículo 176 de la LC: 1. *Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos:*

1.º *Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso.*

2.º *Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación.*

3.º *En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.*

4.º *En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia.*

5.º *Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.*

es necesario haber cerrado la primera bien por resolver sobre el fondo o por no abrirla. Tampoco es casual que la Ley Concursal haya optado por la forma del auto y no la de la sentencia lo que no hace sino abonar la tesis de que se trata de una resolución no definitiva, más por voluntad del legislador que por la propia naturaleza jurídica de ésta.

Desde esta concepción resulta evidente que el medio idóneo para recurrir dicho pronunciamiento es el recurso de reposición, si bien dada la singular naturaleza jurídica del auto declaratorio del concurso se haya previsto un recurso de apelación a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un modo más satisfactorio a las partes.

Las anteriores cuestiones que hemos expuesto pueden ser resueltas de un modo respetuoso en relación a la competencia funcional del juez del concurso establecidas en las previsiones legales de la LC como defiende PEITEADO MARISCAL, quien postula que cada pronunciamiento ha de ser tramitado por el cauce que legalmente le corresponde y, que en el caso de que se plantee recurso de apelación deberán suspenderse los recursos de reposición que se encuentren interpuestos.³⁸⁵

Ahora bien, tampoco existe previsión legal alguna al respecto que implique la suspensión de los anteriores recursos, una vez interpuesto el recurso de apelación. A dicho razonamiento le resulta objetable que sea necesario interponer estos recursos con carácter previo a la apelación que, en caso de resultar estimada, determinaría la pérdida sobrevenida del objeto de los mencionados recursos de reposición con el consiguiente trabajo y coste para las partes o incluso para la masa del concurso.

Una posible solución sería una previsión legal de anuncio del recurso de apelación en los 5 primeros días una vez notificado el auto a las partes acompañado de otra previsión en el sentido de que el plazo para interponer el recurso de reposición comenzará a contar transcurrido el plazo de anuncio del recurso sin que ninguna parte lo haya anunciado con suspensión del plazo para recurrir en reposición toda vez anunciado el recurso de apelación hasta la resolución del mismo.

De esta forma, con una mínima demora en los plazos se garantizaría el doble régimen de recursos reservando el efecto devolutivo únicamente para el pronunciamiento relativo a la declaración y dejando el resto de pronunciamientos para

³⁸⁵ PEITEADO MARISCAL, P.: *Op. Cit.*, Navarra, 2005 págs. 258 y ss.

su posterior resolución por el juez del concurso caso de que el recurso de apelación resultara desestimado.

La jurisprudencia menor relativa a esta cuestión es escasa y podemos traer a colación algunos pronunciamientos que se encaminan más a la tesis de BONET NAVARRO que a la de PEITEADO MARISCAL a las que aludimos anteriormente. En este sentido podemos citar a la Audiencia Provincial de Córdoba quien entiende que los recursos son alternativos y que cuando proceda el recurso de apelación por impugnar la declaración de concurso, las cuestiones relativas a los pronunciamientos del artículo 21 de la LC habrán de alegarse en dicho recurso. Por el contrario, cuando no vayan a impugnarse la propia declaración únicamente procederá el recurso de reposición sin posibilidad de formular el de apelación.³⁸⁶

La Audiencia Provincial de Asturias se postula en abierta contradicción con la interpretación que acabamos de referir al entender que la declaración debe de ser impugnada por vía del recurso de apelación y el resto de pronunciamientos solo son susceptibles de recurso de reposición.³⁸⁷ En este sentido nos resulta llamativa la propia

³⁸⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de diciembre de 2007, Fundamento de Derecho Primero: *“Con carácter previo a resolver sobre la cuestión objeto de apelación, la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso necesario de la compañía mercantil “Alcopalma, SL”, debe advertirse que en el escrito de interposición del recurso de apelación se contienen alegaciones que no forman parte del pronunciamiento susceptible de apelación, cuales son las relativas a la impugnación del nombramiento de administradores concursales. En efecto, como hemos declarado en otras resoluciones (verbigracia, Auto de 24 de mayo de 2007), la resolución judicial resolviendo favorable o desfavorablemente la solicitud de declaración de concurso es recurrible en apelación o en reposición según el pronunciamiento concreto objeto de recurso (artículo 20.2 de la Ley Concursal). Ahora bien, tales recursos no son formulables de forma sucesiva, sino alternativamente y sin posibilidad de opción, en función del sentido de la resolución impugnada y de los pronunciamientos cuya modificación o revocación se pretende. En el caso del auto declarativo del concurso (que es el supuesto de hecho ocurrido en este caso), procede bien el recurso de apelación, bien el de reposición, según las siguientes circunstancias: a) El recurso de apelación procede cuando se impugna la declaración de concurso, única o conjuntamente con otros pronunciamientos adicionales -por ejemplo, la sustitución de las facultades del deudor-; b) El recurso de reposición es el procedente cuando únicamente se recurre alguno de estos pronunciamientos adicionales y no el pronunciamiento principal -la declaración de concurso-. Pero el nombramiento de administradores concursales no es uno de los posibles pronunciamientos adicionales recurribles en apelación junto con la declaración de concurso, porque el artículo 39 de la Ley Concursal dispone que contra las resoluciones sobre nombramiento de los administradores concursales no se dará recurso alguno. Razón por la cual ningún pronunciamiento se va a hacer en este auto sobre dicho particular.”*

³⁸⁷ Auto de 9 de febrero de 2006 de la Audiencia Provincial de Asturias, Fundamento de Derecho Primero: *“En la Ley Concursal se establece un régimen general de recursos y diversas normas especiales que son aplicables con preferencia a aquél. El primero de ellos viene regulado en los artículos 197 y ss., indicándose en el número tres del primero de esos preceptos que contra los autos resolutorios del recurso de reposición no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima, siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de cinco días. Si esta norma fuera la aplicable al presente supuesto podría entenderse que al recurrir la segunda dentro de ese término se habrían cumplido las exigencias del precepto. Sin embargo considera esta Sala que no lo es,*

tramitación del proceso objeto de enjuiciamiento que dicta dos resoluciones, una el auto declarando el concurso y otra relativa a las medidas del artículo 21 de la LC. Formula que no nos parece muy respetuosa del tenor literal de la LC al contenerse los pronunciamientos en una resolución distinta de la del propio auto declaratorio del concurso de acreedores. Ahora bien esta opción facilita impugnar con la independencia que requiere la propia LC pues al tratarse de resoluciones distintas se pueden impugnar por separado, cada una de ellas con el correspondiente recurso.

c) Interposición del recurso de apelación

El recurso de apelación habrá de tramitarse por las reglas generales contenidas en la LEC ante la falta de normas específicas en la LC. Por consiguiente, le son de pertinente aplicación las previsiones legales contenidas en los artículos 455 y siguientes de la LEC.

La competencia funcional para el conocimiento del recurso de apelación corresponde a la Audiencia Provincial de conformidad con el artículo 82.2.2º de la LOPJ. La interposición del mencionado recurso se hará ante el juzgado de lo mercantil o en el de primera instancia, en su caso, que esté conociendo del concurso tal y como previene el artículo 458 de la LEC.³⁸⁸ En relación al plazo de interposición de veinte días, hemos de diferenciar si quien interpone es parte en las actuaciones o es un tercero legitimado. En el primero de los casos el *dies a quo* será el día siguiente a la notificación del auto, tratándose de cualquier otro legitimado el plazo comenzará a contar desde la publicación del concurso en el Boletín Oficial del Estado.

En cuanto a los aspectos formales del escrito de interposición del recurso de apelación resultan sencillos habida cuenta de que únicamente ha de impugnarse el

al existir otra específica, el artículo 20.2 de la Ley, que señala que contra el pronunciamiento del Auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá recurso de apelación, salvo que únicamente se cuestionen algunas medidas concretas, en cuyo caso procede el de reposición.

En definitiva cabe concluir que, aunque fuera tras un trámite diferente al contemplado en la Ley, el Auto no recurrido declaró el concurso y, por consiguiente, era susceptible de ser recurrido en apelación. Sin embargo, la aquí apelante formuló este recurso frente a otro posterior que, aunque también contiene el pronunciamiento de declaración de concurso realmente lo que dispone son los efectos de éste, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley. Estas medidas concretas no pueden ser cuestionadas a través de un recurso de apelación, ya que el artículo 20.2 in fine expresamente señala que sólo pueden discutirse a través de un recurso de reposición. De hecho el apelante no se refiere a ellas sino a la declaración de concurso, sin darse cuenta de que ya había sido declarado en una precedente resolución, que ganó firmeza.”

³⁸⁸ Artículo 458.1 de la LEC: “El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla.”

pronunciamiento declaratorio del concurso o el que declare no haber lugar el mismo, realizando la parte las alegaciones en las que base su recurso y la solicitud de que se revoque el anterior pronunciamento. Además del único motivo de fondo posible, la parte apelante podrá alegar la infracción de normas procesales con fundamento en el artículo 459 de la LEC siempre que hubiera denunciado la infracción generadora de indefensión y así lo acredite.

Una vez presentado el escrito de interposición ante el órgano jurisdiccional *a quo*, si cumple con los requisitos anteriormente expuestos, será admitido a trámite por el Secretario Judicial. En caso de que éste último estime que el recurso resulta inadmisibles porque está presentado fuera de plazo o porque la resolución resulta irrecurrible dará cuenta al tribunal *a quo* para que se pronuncie sobre la inadmisión.

Una vez admitido a trámite el recurso se le dará traslado del mismo al resto de partes para que puedan oponerse. Hemos de matizar, llegados a este punto, que el artículo 461 de la LEC otorga la posibilidad a la parte apelada, de impugnar aquellos pronunciamientos que no le resulten favorables. Tal posibilidad entendemos que no tiene cabida en el seno del concurso de acreedores por cuanto que el único pronunciamento susceptible de interponer el recurso es el relativo a la declaración del concurso por lo que la parte apelada únicamente podrá oponerse.

No obstante a lo expuesto, si en el recurso se impugnan otros pronunciamientos, la parte apelada deberá solicitar la inadmisión a trámite o la desestimación de los mismos en el trámite de oposición. Tampoco resulta descabellado que, si se han admitido motivos del recurso relativos a cuestiones que debieron impugnarse por la vía del recurso de reposición ha de permitirse a la parte apelada impugnar alguno de los otros pronunciamientos con los que no estuviera conforme.

Toda vez interpuesto el recurso y formulada la oposición, el Secretario ordenará la remisión de las actuaciones a la Sala emplazando a las partes para comparecer en la misma en el plazo de 10 días tal y como dispone en artículo 463 de la LEC.

Si la parte que hubiera interpuesto el recurso no compareciera en el anterior plazo se declarará desierto el recurso de apelación y quedara firme la resolución recurrida por mor del artículo 463.2 de la LEC. Se trata de una suerte de desistimiento en la instancia superior al no acudir la parte al llamamiento para comparecer en el tribunal.

Si alguna de las partes del recurso hubiere propuesto la práctica de alguna prueba que hubiera sido denegada por el juez del concurso, el tribunal *ad quem* resolverá sobre la admisión de la misma mediante providencia tal y como dispone el artículo 464 de la LEC. En caso de que se acordara la práctica de algún medio probatorio se señalará día y hora para su práctica. Del mismo modo, aun no habiéndose acordado la práctica de prueba podrá acordarse la celebración de vista si alguna de las partes lo hubiere solicitado y el tribunal lo entendiere necesario.

Una vez comparecidas las partes, y celebrada la vista o practicada la prueba, caso de que se hubiera acordado alguna de las anteriores, la Sala procederá a resolver el recurso de apelación planteado. De conformidad con lo prevenido en el artículo 465.1 de la LEC³⁸⁹ la forma de la resolución será la de auto.

El auto que estime el recurso de apelación frente al auto desestimatorio del concurso de acreedores no contendrá la declaración de concurso ni se pronunciará sobre los pronunciamientos a que se refiere el artículo 21 de la LC ya examinado sino que en la parte dispositiva contendrá un mandato al juez del concurso para que dicte auto declarando el concurso con el resto de los pronunciamientos procedentes. En este sentido podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 29 de abril de 2009.³⁹⁰

En idéntico sentido a la anterior resolución encontramos el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 9 de enero de 2007 que entiende procede la estimación del

³⁸⁹ Artículo 465 de la LEC: 1. “El Tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario.”

³⁹⁰ Auto de 29 de abril de 2009 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Parte Dispositiva: 1) *que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Blanes Jaume, en nombre y representación de la entidad Caixa d'Estalvis Laietana, contra la resolución de fecha 1 de octubre de 2.008, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Palma, en los autos Juicio de concurso necesario, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, debemos revocarla y la revocamos en todos sus extremos.*

2) *Se estima suficientemente justificada la existencia de otros acreedores distintos de la entidad actora en relación con D. Jesús Carlos a los efectos de ser declarados en concurso necesario a instancias de la entidad Caixa d'Estalvis Laietana SA. Devuélvase las actuaciones al Juzgado de instancia a fin de que por el mismo se dicte el oportuno auto de declaración de concurso necesario, con nombramiento de la Administración Concursal y otras medidas pertinentes.*

3) *Se imponen a D. Jesús Carlos las costas derivadas de su oposición al auto de admisión a trámite del concurso necesario en fase de primera instancia.*

4) *No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.*

recurso de apelación debiendo dictar el juzgado de lo mercantil el correspondiente auto declarando el concurso con los pronunciamientos del artículo 21 de la LC.³⁹¹

Consecuencia de lo expuesto podemos concluir que cuando el tribunal *ad quem* entienda que procede revocar el auto del juez del concurso que declaró no haber lugar el concurso de acreedores, dictará auto en el que declare haber lugar a que se declare el concurso y ordenara al tribunal *a quo* dictar el auto declarando el concurso de acreedores con los pronunciamientos del artículo 21 de la LC ya examinados.

Tratándose de la revocación del auto estimatorio de la declaración del concurso de acreedores entendemos que la Audiencia Provincial habrá de actuar del mismo modo, en este caso, el auto contendrá un pronunciamiento en el que declare no haber lugar a la declaración contenida en el auto y ordenará al juez del concurso de acreedores dictar un nuevo auto en el que declare no haber lugar el concurso de acreedores por los motivos que hayan dado lugar a la estimación del recurso dejando sin efecto cualquiera de las medidas acordadas con anterioridad. En este supuesto sería posible que la propia Sala dejara sin efecto el resto de pronunciamientos, pero ello supondría pronunciarse sobre cuestiones que no forman parte del objeto del recurso por lo que nos parece más aconsejable que el auto y los pronunciamientos que deban tener lugar sean dictados por el juez de lo mercantil.

La parte que interponga el correspondiente recurso de apelación y le sea desestimado habrá de hacer frente al pago de las costas tal y como dispone el artículo 20.5 de la LC. Caso de resultar estimado el recurso de apelación habrá de pronunciarse sobre las costas de la primera instancia. Si se revoca el auto que declare el concurso de acreedores, las costas habrán de imponerse a la parte que lo solicitó, salvo que concurra el presupuesto ya examinado de la existencia de serias dudas de hecho o de derecho. Del mismo modo, cuando se revoque el auto que declara no haber lugar al concurso las costas tendrán la consideración de crédito contra la masa.

³⁹¹ Auto de 9 de enero de 2007, Audiencia Provincial de Córdoba, Fundamento de Derecho Sexto: *“Como consecuencia de todo lo expuesto, ha de estimarse el recurso de apelación, y con revocación del auto apelado, declarar que procede la declaración de concurso necesario de la entidad «Riosport, S.A.T.»; a cuyo efecto, el Juzgado de 1ª Instancia núm. 9 y de lo Mercantil de Córdoba deberá dictar auto con todos los pronunciamientos previstos en el artículo 21 de la Ley Concursal y concordante”*

D. La naturaleza jurídica del auto que declara el concurso.

La naturaleza jurídica del auto de declaración de concurso de acreedores es una cuestión que, si bien no es del todo pacífica entre la doctrina, las posiciones doctrinales al respecto cada vez son más pacíficas. Vamos a realizar un análisis centrándonos en dos cuestiones relativas al proceso de declaración del concurso de acreedores. Por un lado, la forma y por otro lado los efectos.

a) El carácter jurisdiccional de la declaración de concurso de acreedores.

El estado de concurso de acreedores, se trata de una creación original de la nueva Ley Concursal. Es un estado jurídico diferente a la quiebra, o a la suspensión de pagos e incluso al antiguo concurso. Se trata de una nueva situación jurídica que descansa sobre una piedra angular: la resolución judicial que la declara.

El legislador ha creado una nueva institución pero tal y como argumenta CORTÉS DOMÍNGUEZ ³⁹², no parece ser consciente de la importancia que tiene dicha declaración por el tratamiento legal que le ha dispensado. Del mismo modo que ha sido plenamente consciente de la importancia que adquiere el órgano jurisdiccional tal y como recoge en la exposición de motivos cuando dice que “sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento” o cuando dice que “la Ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el Derecho anterior”, llama poderosamente nuestra atención que en toda la exposición de motivos la única referencia que se haga a la declaración del concurso de acreedores sea la contenida en el final de párrafo II de la mencionada exposición cuando dice que “la fase común se abre con la declaración de concurso”. Parece que el legisladora obvia por completo referirse al proceso de declaración en la exposición de motivos de la Ley Concursal.

Pese a que en algunos supuestos exista cierta complejidad a la hora de identificarlo como un verdadero proceso al no haber dos partes contrapuestas, nos estamos refiriendo al concurso de acreedores voluntario y al concurso declarado *inaudita parte debitoris*, lo cierto es que se trata de un verdadero proceso pues se está ejercitando una determinada pretensión ante un órgano jurisdiccional para obtener de

³⁹² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, págs. 24 y 25.

este un pronunciamiento en un determinado sentido. Por tanto ese pronunciamiento es la base para todo el concurso.

El que esta declaración sea la piedra angular del concurso es sencillo: todo lo que hay antes de ella está encaminado a su producción y todo lo que hay después es efecto de ella misma. Por lo tanto la ley puede dividirse, *grosso modo*, en dos bloques muy bien definidos. De una parte, un proceso para lograr la declaración que se regula en los artículos 1 a 20 de la LC y los efectos derivados del auto de declaración de concurso que se recogen desde el artículo 21 en adelante. Efectos procesales y materiales que se expanden a un gran número de situaciones y sujetos, dada la especial naturaleza del concurso de acreedores. En el punto anterior, hemos analizado los caracteres de ese proceso y hemos visto que, desde un punto de vista formal, se trata de una resolución judicial constitutiva.

Se trata por tanto de un proceso jurisdiccional que trata de obtener un pronunciamiento constitutivo de una nueva situación jurídica, el concurso, anudando al anterior pronunciamiento una serie de efectos procesales y materiales que son precisamente los que abordaremos a continuación en la última fase de nuestra investigación.

b) Naturaleza jurídica de la declaración.

Una de las concepciones que mayor arraigo han tenido en la tradición de las quiebras, era la de concebir la quiebra como un proceso de ejecución universal, podemos tomar por ejemplo una definición del insigne DE LA PLAZA NAVARRO³⁹³, el cual, refiriéndose al concurso y a las quiebras los denominaba como un “procese de ejecución liquidatorio de una universalidad de bienes” frente a los procesos de ejecución singulares. GARRIGUES³⁹⁴ se refiere a él como un “procedimiento de ejecución colectiva o universal que descansa sobre el principio de comunidad de pérdidas.” Para el célebre mercantilista el auto declaratorio de la quiebra constituía una suerte de “título ejecutivo en blanco que sirve para que todos los acreedores concurrirán al proceso.

³⁹³ DE LA PLAZA NAVARRO, M., citado textualmente por MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Op. Cit.*, pág. 293.

³⁹⁴ GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1969, pág. 375.

Algunos autores se desmarcaron de la concepción tradicional y ya en los años 70 CORTÉS DOMÍNGUEZ, culmina el proceso de ruptura con esta concepción.³⁹⁵ Para el mencionado autor hay que examinar la naturaleza jurídica de la declaración de la quiebra desde la perspectiva de la acción, lo que implica partir del seno de un proceso en el que se ejercita una determinada acción obteniendo un pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Dicho pronunciamiento produce una sentencia constitutiva al crear un determinado estado jurídico, la quiebra. Señala el mencionado autor que no existe un derecho a quebrar sino a ser declarado en quiebra. El objeto del proceso de quiebra no es la declaración de la misma sino la constitución del estado de quiebra que no existe y se crea en el momento de la declaración.

Las anteriores consideraciones han influido notablemente en la doctrina actual y aunque hoy no existe la quiebra sino el concurso si examinamos los elementos configuradores del proceso tal y como hace CORTÉS DOMÍNGUEZ en la obra anteriormente citada podremos obtener una imagen bastante fidedigna de la naturaleza jurídica del auto declaratorio de concurso de acreedores.

En primer lugar debemos tomar en consideración la acción que se ejercita. La acción que tienen a su disposición los acreedores y el resto de legitimados para solicitar el concurso del deudor quienes ostentan un derecho a solicitar que se declare en concurso al deudor tal y como se desprende de la redacción del artículo 3 de la propia LC. Es decir que tal y como señalaba CORTÉS DOMINGUEZ no existe un derecho de los acreedores a que se declare el concurso, sino que su derecho legalmente determinado se limita a solicitar la declaración del mismo.

Examinada la acción ejercitada procede que nos detengamos a examinar la tutela que se pretende obtener del órgano jurisdiccional. Resulta evidente que no se está solicitando una tutela ejecutiva pues en modo alguno se solicita del órgano jurisdiccional que se despache ejecución frente al deudor. Tampoco se solicita una tutela de condena como sería por ejemplo una demanda en la que se solicitase la condena al pago de una determinada cantidad.

Tampoco resulta acertado pensar que el auto declarando el concurso pueda considerarse como una tutela meramente declarativa puesto que dicho pronunciamiento

³⁹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Aproximación al proceso de declaración de quiebras” en *Revista de Derecho Mercantil*, número 146, 1977, págs. 461 a 517.

produce un cambio en el estado del deudor, que pasa a ser concursado. Precisamente esta sería la clave, *el petitum* contiene la solicitud de que se declare un estado, esto es, el concurso del deudor. Dicho estado requiere la creación de una situación jurídica nueva la cual se crea por medio de la declaración.

Al contrario de lo expuesto encontramos a VEGAS TORRES³⁹⁶ quien postula una naturaleza jurídica del concurso de acreedores como un proceso declarativo en el que las actuaciones se encaminan a la obtención de una decisión judicial sobre una pretensión de naturaleza declarativa. El mencionado autor anuda todos los efectos a la declaración.

Esta concepción obvia la creación de una nueva situación jurídica, de la que emanan importantes efectos tanto procesales como materiales que es precisamente la que permite afirmar con total rotundidad el carácter constitutivo del concurso de acreedores.

La corriente tradicional que postulaba el carácter de juicio ejecutivo universal permitiría caer en el error de confundir la fase de liquidación con una ejecución general frente al patrimonio del deudor y postular, erróneamente, la naturaleza ejecutiva del concurso de acreedores. Hemos de dejar claro que una vez que se dicta el auto declarando el concurso, da comienzo una actividad de muy diversa índole que puede concluir con una liquidación del patrimonio del concursado para la satisfacción de los créditos de los acreedores pero esta actividad no debe apartarnos de la realidad, que no es otra que en la demanda que se presenta no se pide la satisfacción de un crédito sino la declaración del deudor en concurso.

De igual modo tampoco se puede igualar la comunicación de los créditos con una demanda de ejecución, en primer lugar porque la comunicación de los créditos no se constituye legalmente como un derecho de los acreedores sino más bien como una carga procesal, un requisito que han de cumplir si quieren que sus créditos se integren en la masa pasiva. Además, en el supuesto de que se tratase de una ejecución no todo crédito podría presentarse sino que la ley exigiría unos requisitos de forma, ni el propio crédito como un título que lleve aparejada la ejecución. Además, el anterior argumento debe decaer de inmediato porque quien se encarga del reconocimiento de los créditos de

³⁹⁶ VEGAS TORRES, J., “El concurso como proceso jurisdiccional” en AAVV *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, pág. 91.

conformidad con el artículo 86 de la LC no es otro que la administración concursal. Sería bastante desacertado pensar que la administración concursal pudiese emitir una resolución que fuese título ejecutivo. Debemos de tener en cuenta que se trata de una resolución que únicamente tiene efectos *ad intra* como pone de relieve PÉREZ DEL BLANCO³⁹⁷ El reconocimiento del crédito en modo alguno podría servir como título de ejecución en un procedimiento de ejecución al margen del concurso.

Si bien, tal y como acabamos de examinar, existen partes del proceso concursal cuya lectura apresurada unida la influencia de la antigua doctrina mercantilista podrían inducirnos erróneamente a pensar que se trata de un proceso de ejecución universal, lo cierto es que tal y como pone de manifiesto la mejor doctrina, las diferencias son manifiestas y el concurso no puede ser hoy en día considerado como un proceso de ejecución universal, sino que la naturaleza jurídica de la declaración de concurso constituye un supuesto de pronunciamiento constitutivo.³⁹⁸

Por tanto el carácter de procedimiento constitutivo es más que evidente, pues el objeto del concurso no es de ejecutar un título que lleve aparejada ejecución ante un incumplimiento del deudor, sino de hacer frente a una multiplicidad de acreedores a través de la creación de un estatus jurídico del deudor que le permite, llegado el caso, una liquidación ordenada de su patrimonio, proceso que queda bajo la supervisión de un órgano jurisdiccional y bajo la ejecución de un órgano de carácter no judicial como es la administración concursal. Por consiguiente, el elemento nuclear del proceso no es la liquidación sino la creación de ese estatus, la cual permitiría en un momento posterior abrir la fase de liquidación, puesto que es plausible el caso de que el concurso no llegue a la fase de liquidación. Esto último no hace sino distanciar más la concepción del concurso como un proceso de ejecución.

³⁹⁷ PÉREZ DEL BLANCO, G.: *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis attractiva concursal*, Madrid, 2007, pág. 23.

³⁹⁸ En este sentido: PEITEADO MARISCAL, P.: “El auto que declara el concurso del deudor es una resolución constitutiva, puesto que constituye –y la redundancia en este caso es la mejor explicación de lo que quiere decirse- al deudor en una situación jurídica específica que solo puede alcanzarse mediante esta resolución judicial.” *Op. Cit.*, Navarra, 2005 págs. 258 y ss.; PÉREZ DEL BLANCO, G.: “En cuanto a la naturaleza jurídica del auto de declaración del concurso, y atendido el concepto que hemos ofrecido -que no deja de ser el que ofrece unívocamente el tenor literal de la Ley Concursal- se trata de una resolución procesal constitutiva porque constituye una nueva situación jurídica: el concurso.” *Op. Cit.*, Madrid, 2007, pág. 19; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “En estas condiciones, no hay absolutamente ninguna duda de que ese auto es un ejemplo paradigmático de lo que se conoce en Derecho Procesal como resolución de carácter constitutivo”: “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso” en *AAVV Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, pág. 29.

La conclusión lógica de cuanto llevamos expuesto es que el auto declarativo del concurso de acreedores tiene naturaleza constitutiva, la cual hace extensiva al propio procedimiento de declaración del concurso.

6. Tutela cautelar en el concurso de acreedores.³⁹⁹

Cuando anteriormente hicimos alusión a los pronunciamientos que había de contener el auto que declaraba el concurso de acreedores nos referimos brevemente a la adopción de medidas cautelares de oficio. Examinaremos ahora detenidamente las medidas cautelares en el proceso de declaración del concurso de acreedores debido a la importancia que las mismas tienen.

La tutela cautelar a menudo resulta necesaria para lograr la efectiva tutela judicial de los derechos en juego en cualquier tipo de proceso. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional y ha señalado que las medidas cautelares tienen como finalidad constitucional asegurar la efectividad del futuro pronunciamiento y, por ende, la tutela judicial efectiva.⁴⁰⁰

El ámbito concursal se ha venido caracterizado, desde la aparición de la quiebra, por la concurrencia de un gran número de medidas tanto reales como personales para

³⁹⁹ Sobre las medidas cautelares en el concurso de acreedores véanse, entre otros autores: ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, págs. 347 y ss.; ORTELLS RAMOS, M., “Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva Ley Concursal)” en AAVV *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, págs. 113 y ss.; GARCÍA, GARCÍA, E. e IBORRA, C., “Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso” en *Anuario de Derecho Concursal*, 2007, págs. 177 a 187.

⁴⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2008, Fundamento de Derecho 2: *Desde esta perspectiva, sólo puede atribuirse esta condición cuando lo que se recurre es “un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales” (STC 237/1991, FJ 2), o, en otras palabras, cuando afecta a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal que de producirse llevaría a que el objeto de esos derechos o intereses desapareciera o resultara tan gravemente afectado que sus titulares, aunque obtuviesen una resolución de fondo favorable, no podrían ejercerlo o, cuando menos, no podrían desarrollar todas las facultades que lo conformaban inicialmente. Esta limitación deriva del hecho de que, desde la perspectiva del recurso de amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva, la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. El art. 24.1 CE exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que “un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento” (STC 238/1992, FJ 3).*

asegurar el buen fin del proceso. La tónica común era una apropiación de los documentos del quebrado, la entrada en su domicilio, el embargo preventivo de los bienes muebles e incluso el aseguramiento de la persona mediante cárcel o la fianza. Medidas, todas ellas, que se asemejan más bien a las medidas provisionales y de investigaciones propias del orden jurisdiccional penal que pretenden asegurar la posterior condena penal y la presencia del acusado que a unas medidas cautelares civiles que pretenden garantizar el pronunciamiento sobre el objeto.

En la actualidad, las medidas que afectan a los derechos fundamentales del concursado vienen reguladas en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, y se definen no como medidas cautelares sino como efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado. En esta categoría se engloban muchos de los antiguos efectos relativos a intervenciones de correspondencia entrada y registro en el domicilio del concursado. Por dicho motivo, vamos a diferenciarlas de las medidas cautelares contempladas en la Ley Concursal y a estudiarlas por separado.

A. Medidas de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.

Como ya hemos adelantado, el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal prevé una serie de medidas que pueden adoptarse junto con el auto declarando el concurso que pueden afectar a los derechos fundamentales del concursado. Los derechos fundamentales que pueden verse afectados por las anteriores son los siguientes: el secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española; la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la Constitución Española; la libertad de residencia y circulación recogida en el artículo 19 de la Constitución Española e incluso la propia libertad consagrada en el artículo 17 del mismo cuerpo legal. A continuación vamos a examinar por separado cada una de ellas.

a) Intervención de las comunicaciones del deudor.

Se trata éste de un medio que no aporta gran novedad en relación con la anterior legislación sobre quiebras al disponer el antiguo artículo 1.044 del Código de Comercio de 1.829 en su apartado 6º que procedía el arresto de la correspondencia del quebrado a los fines del artículo 1.058 también del Código de Comercio de 1.829 – serán abiertas por el comisario que se quedará las que guarden relación con la quiebra entregando el resto al quebrado –.

La actual regulación afecta al mismo derecho que la anterior, el secreto de la correspondencia hoy en día consagrado con el rango de derecho fundamental en el artículo 18.3 de la Constitución Española. Su finalidad viene determinada por la posibilidad de que en las comunicaciones del deudor exista información relevante en relación con el patrimonio del deudor u otra que pueda esclarecer si el concurso ha sido culpable o no. Esa finalidad es la que permitirá al juez del concurso justificar la adopción de la medida.

En relación a los concretos medios de comunicación que pueden ser objeto de intervención, entendemos que el legislador concursal a sabiendas de que se trata de un ámbito en el que las innovaciones técnicas hacen aparecer nuevas formas de comunicación ha optado por un criterio genérico y abierto que permita englobar todas las formas de comunicación a medida que vayan apareciendo. De este modo podrán intervenir la correspondencia postal, la correspondencia virtual o mails, las llamadas telefónicas, SMS y mensajería instantánea.

En lo relativo a las comunicaciones telefónicas el Legislador realiza una remisión en bloque a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas a las intervenciones telefónicas, pero para el resto de los casos no se pronuncia al respecto.

Entendemos que la LECRIM también resultaría de aplicación a la intervención de las comunicaciones electrónicas del deudor en base al principio de analogía. El nuevo artículo 588 bis a de la LECRIM introduce unos principios rectores inspirados en la doctrina constitucional de los derechos fundamentales que resultará de aplicación en los procedimientos relativos a la intervención de las comunicaciones electrónicas.⁴⁰¹

⁴⁰¹ Artículo 588 bis a de la LECRIM: 1. *Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.*

2. *El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.*

3. *El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.*

4. *En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:*

a) *cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o*

b) Entrada y registro en el domicilio del deudor.

Tampoco aquí puede apreciarse un cambio sustancial en relación a la antigua legislación sobre la quiebra que ya contemplaba la entrada en el domicilio del quebrado. En relación con el registro del domicilio del deudor entraría en conflicto el derecho fundamental a la inviolabilidad de éste último consagrada en el artículo 18.2 de la Constitución Española.⁴⁰²

Cabría preguntarse si la posibilidad de entrada y registro queda limitada al domicilio del deudor o por el contrario sería extensible a otros locales comerciales u otras dependencias del deudor. En este sentido entendemos que tal y como señala ARIZA COLMENNAREJO sería posible que el juez acordara el registro de otras dependencias distintas al domicilio habida cuenta de que la protección constitucional únicamente se limita al domicilio y no a otros lugares.

En relación con las personas jurídicas, el TC ha ampliado a éstas últimas la protección de la inviolabilidad del domicilio, aunque la protección con el domicilio de las personas físicas no es idéntica dado que en el domicilio social o sede de la empresa no tiene lugar el desarrollo de la vida privada que acontece en un domicilio privado de una persona física. En este sentido resulta muy ilustrativo el Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 6 de Madrid de 18 de mayo de 2010 que se encarga de recoger la doctrina constitucional relativa a la entrada y registro prevista en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal en su Fundamento de Derecho Tercero.⁴⁰³

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

⁴⁰² Artículo 18.2 de la Constitución Española: El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

⁴⁰³ Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 6 de Madrid de 18 de mayo de 2010, Fundamento de Derecho Tercero: *Afectando la medida solicitada al núcleo de los derechos fundamentales de la concursada, debe señalarse que es doctrina constitucional, reiterada, recogida por Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 69, de 26 de abril de 1999, que «... En lo que respecta a la titularidad del derecho que el art. 18.2 CE reconoce, necesariamente hemos de partir de la STC 137/1985, ampliamente citada tanto en la demanda de amparo como en las alegaciones del Ministerio Fiscal. Decisión en la que hemos declarado que la Constitución, "al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas*

En consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a los que se alude en el anterior auto, la protección constitucional del domicilio en las personas jurídicas se limita a los espacios físicos garantizando un lugar en el cual la empresa desarrolla su actividad sin intromisiones ajenas. La protección constitucional viene limitada a los siguientes espacios: aquellos que constituyan el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma y los que sean destinados a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad que quedan reservados al conocimiento de terceros.

En relación con los requisitos que han de tenerse en cuenta para la adopción de cualquier entrada o registro, con independencia de que el domicilio sea de una persona física o de una persona jurídica, el Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 6 de Madrid anteriormente citado recoge en su Fundamento de Derecho Cuarto la Doctrina Constitucional más significativa⁴⁰⁴, que en síntesis pueden resumirse en la emisión de un

jurídicas" (en el mismo sentido, SSTC 144/1987 y 64/1988). Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la "naturaleza y especialidad de fines" de dichas personas (STC 137/1985, fundamento jurídico 5º). Tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Basta reparar, en efecto, que, respecto a éstas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la STC 22/1984, fundamento jurídico 5º (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena. Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros...».

Atendiendo a tal doctrina, la medida solicitada, requiere no sólo la ponderación de su legalidad ordinaria, sino la valoración y apreciación de su legalidad constitucional, pues recayendo la entrada, registro y toma de posesión, sobre las instalaciones y dependencias donde se gestionan y almacenan los documentos mercantiles, contables y fiscales de la sociedad concursada [aunque formalmente esté alquilada actualmente a favor de Emilio Román, SL], así como los bienes de la concursada, procede aquella ponderación desde la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales afectados por la medida.

⁴⁰⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil Número 6 de Madrid de 18 de mayo de 2010, Fundamento de Derecho Cuarto: *En tal sentido señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 56, de 24 de marzo de 2003, a los efectos de fijar los requisitos o presupuestos de la adopción de la entrada y registro, que*

«... Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. En las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, F. 4; 136/2000, de 29 de mayo, F. 4; y 14/2001, de 29 de enero, F. 8, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre ; 13/1985, de 31 de enero 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión; SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, F. 5; 290/1994, F. 3; ATC 30/1998, de 28 de, F. 4). A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial , con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una "notitia criminis" alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión. Lo que resulta exigible es la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, así cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. En suma, a falta de otra indicación en el precepto constitucional, los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, F. 5; 136/2000, de 29 de mayo, F. 4 y 14/2001, de 29 de enero, F. 8). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito– con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. 8; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 171/1999, de 27 de septiembre , F. 10; y 8/2000, de 17 de enero , F. 4)...)».

Atendiendo a tales parámetros constitucionales, no todos de aplicación al proceso civil donde se acuerda la entrada para la práctica de prueba en domicilio o dependencia de sociedad mercantil, resulta que la medida solicitada aparece como necesaria e idónea para que la Administración concursal pueda, en beneficio e interés de los acreedores, cumplir leal y diligentemente su función [art. 35 L.Co], entre las cuales se encuentra [dada la suspensión de la concursada en el ejercicio de sus facultades patrimoniales] la de posesionarse de todos los bienes, derechos, dependencias, instalaciones, y especialmente, existencias, como medida adecuada para garantizar su conservación, depósito, valoración y la continuidad de la actividad empresarial con los medios económicos existentes; debiendo recordarse, tal como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 4.12.2008; concurso núm. 950/08, que «... no hay prevista una verdadera diligencia de ocupación en la Ley Concursal, pero, atendiendo a las circunstancias del caso y, concretamente, al hecho de que la entidad solicitante sea una empresa que continúe su actividad, resulta conveniente autorizar expresamente a los administradores del concurso para que puedan acceder a las instalaciones del deudor, revisar sus libros y la contabilidad y recabar cuantos documentos o información consideren necesaria para el ejercicio de las facultades propias de su cargo, así como para la elaboración de los correspondientes informes...».

Tal medida aparece como proporcionada y equilibrada , pues atendiendo a la ponderación de la restricción al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio y los fines perseguidos con la misma, cual es el dotar al concurso de los mecanismos necesarios para su continuación por sus cauces, en beneficio e interés de todos los acreedores, aquella restricción aparece plenamente justificada ; justificación que se amplía al existir serios indicios de que tanto D. Antonio como los responsables de la nueva empresa Emilio Roldán, SL están procediendo a la enajenación de las existencias de la

juicio de proporcionalidad en el que se pondere la idoneidad de la medida en relación con el fin pretendido y la afección al Derecho Fundamental en conflicto. De este modo se comprobará que no existan otras medidas idóneas para alcanzar el mismo fin y que resulten menos gravosas para el deudor.

c) Deber de residencia del deudor.

Esta medida no tiene parangón con las medidas cautelares que pueden adoptarse en el procedimiento penal aunque la finalidad sea similar. Garantizar la presencia de una persona. En el procedimiento penal la presencia se asegura mediante la retirada del pasaporte, la obligación de comparecer periódicamente ante el tribunal y para los casos más graves o de mayor riesgo de fuga mediante la prisión provisional. En el concurso de acreedores también se busca garantizar la presencia del deudor para poder colaborar con la administración concursal y con el juez del concurso aunque el grado de afección de la libertad del individuo es menor.

El legislador considera que para estos supuestos el fin pretendido queda suficientemente asegurado mediante la obligación de residir o más bien, mantener su residencia en un determinado lugar. El problema que plantea esta obligación aparece en el supuesto de que la misma sea incumplida por el deudor, en cuyo caso la Ley Orgánica faculta al juez del concurso para tomar las medidas “que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario”.

El arresto domiciliario del quebrado, tal y como señala GONZÁLEZ MONTES⁴⁰⁵ era una medida típica en la quiebra para evitar el riesgo de fuga. Hoy en día y no parece que para colaborar con la administración concursal pueda restringirse hasta tal punto la libertad del deudor declarado en concurso. GOMEZ AMIGO⁴⁰⁶ entiende que dicha medida supone una auténtica privación de la libertad personal, que sólo es posible en los casos y en la forma previstos en la ley por mandato del artículo 17.1 de la Constitución

concurrada; indicios que se apoyan tanto en la identidad personal de los empleados, en la identidad de instalaciones y clientes, así como en la ocultación a la Administración concursal y al Juzgado de la existencia de tal explotación de hecho por tercera empresa y la oculta resolución por la concursada del contrato de arrendamiento sobre el local para la constitución de uno nuevo a favor de dicha empresa; por lo que agotadas las vías de los arts. 42 y 45 L.Co., denegado todo auxilio, información [que se oculta deliberadamente] y colaboración con la Administración concursal, procede acudir a tales medidas restrictivas de derechos fundamentales.

⁴⁰⁵ GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento” en AAVV, *El sistema de medidas cautelares* IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Navarra, 1974, pág. 157 y ss.

⁴⁰⁶ GOMEZ AMIGO, L.: “La limitación de los derechos fundamentales del concursado” en *Anuario de Derecho Concursal*, Año 2006, Número 7, págs. 177 a 203.

Española y que resulta dudoso que estén suficientemente previstos los supuestos en los que procede en la Ley Concursal, sembrando por tanto una duda sobre su adecuación al artículo 17.1 de la CE.

d) La naturaleza jurídica de las medidas previstas en el artículo 1 de la LORC.

Resulta necesario que nos detengamos a preguntarnos acerca de la naturaleza jurídica de las medidas que acabamos de examinar, más concretamente, debemos examinar si pueden considerarse como medidas cautelares o no. De un modo similar a lo que expusimos en relación con las medidas adoptadas por el juez del concurso en el auto que declara el concurso de acreedores hemos de preguntarnos si las medidas que se contemplan en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal son verdaderas medidas cautelares.

ORTELLS RAMOS postula que no se tratan de verdaderas medidas cautelares porque ni tienen carácter instrumental respecto de la tutela jurisdiccional ni por sí solas son capaces de salvaguardar la tutela solicitada de los riesgos que hubiera de afrontar.

A los anteriores motivos hemos de añadir que la Ley no contempla tampoco la necesidad de que se adopten a instancia de parte y consecuentemente que deba prestarse caución para responder de los eventuales daños que puedan provocar y los presupuestos que hacen posible su adopción son distintos a los de las medidas cautelares.

Por todo ello coincidimos con el mencionado autor que la Ley Orgánica para la Reforma Concursal contempla toda una serie de potestades de actuación de carácter coercitivo para facilitar la labor de los órganos del concurso y buena prueba de ello es el hecho de que la citada norma en ningún momento las califique como cautelares.

Analizaremos ahora los presupuestos que han de concurrir que, en modo alguno coinciden con los presupuestos de las medidas cautelares tal y como ya hemos adelantado.

e) Presupuestos para la adopción de las medidas previstas en el artículo 1 de la LORC.

La propia Ley Orgánica en su artículo 1.3 se encarga de establecer los presupuestos para la adopción de las medidas examinadas anteriormente.⁴⁰⁷ En primer lugar el juez deberá motivar porqué la medida acordada resulta adecuada teniendo en cuenta el momento en el que se encuentra el concurso. De este modo se evitan adoptar medidas limitativas cuando por el estado en el que se encuentra el proceso tales medidas son innecesarias porque sea pronto o tarde para adoptarlas.

En segundo lugar resulta absolutamente necesario que el juez exprese qué concreta finalidad persigue con la adopción de dicha medida porque esta es la única forma de poder emitir el juicio de proporcionalidad que es el siguiente elemento que debe exponer el juez. El juicio de proporcionalidad consiste en examinar la restricción de derechos en relación con la finalidad de modo que si existiera otra forma para lograr la finalidad que resultase menos gravosa para los derechos fundamentales del deudor la medida que se pretende adoptar no deberá ser adoptada por no superar el juicio de proporcionalidad.

Por lo tanto, el verdadero fundamento de las medidas previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal es la necesidad que se pone de manifiesto con el juicio de proporcionalidad entre la finalidad que se pretende lograr en relación con el medio empleado para lograrlo dadas las circunstancias concurrentes.

La medida se fundamenta en la necesidad de restringir los derechos como único medio para asegurar determinados aspectos del concurso. En este sentido entendemos que deben adoptarse como último recurso. Es evidente que lo primero será solicitar del deudor una colaboración, por ejemplo que muestre unos documentos y, caso de negarse o de existir evidencias de que los está destruyendo, entonces acordar la medida.

⁴⁰⁷ Artículo 1.3 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal: *La adopción de cualquiera de las medidas descritas en el apartado 1 de este artículo se acordará previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada, conforme a los siguientes criterios:*

- a) La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso;*
- b) El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta;*
- c) La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido;*
- d) La duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese.*

Entendemos que para que la medida resulte necesaria y proceda la adopción deberá existir una previa conducta obstativa del deudor que es precisamente la que determina la necesidad de obligar o coaccionar al deudor.

B. Las medidas cautelares previstas en la Ley Concursal.

La Ley Concursal se refiere de modo directo a las medidas cautelares en su artículo 17 que contempla la posibilidad de solicitar medidas cautelares previamente a la declaración del concurso. También se refiere a las mismas el artículo 21 de la antedicha disposición el cual se encarga de regular las medidas cautelares contenidas en el auto de declaración del concurso a las cuales ya nos referimos de forma breve al examinar los pronunciamientos del auto declaratorio del concurso de acreedores. Además de los anteriores artículos, la Ley Concursal, dispersos en su articulado, contiene otra serie de preceptos relativos a las medidas cautelares.

El artículo 87.4 de la LC contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares para garantizar los créditos sujetos al cumplimiento de condición resolutoria o créditos contingentes cuando el juez entienda que el cumplimiento de la condición se encuentra cercano o que el reconocimiento del crédito contingente se producirá pronto. El mencionado precepto faculta al juez del concurso para que, además de las medidas cautelares contempladas en la LEC, pueda acordar una medida específica: la constitución de provisiones con cargo a la masa y la prestación de fianzas por las partes, dicha medida deberá ser a instancia de parte.

La LC en su artículo 96.4 contempla la posibilidad de que el juez del concurso adopte medidas cautelares en el supuesto de que se haya impugnado el inventario o la lista de acreedores y acuerde el cierre de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación. En este caso las medidas cautelares irían encaminadas a la protección de los intereses de quienes hubiesen formulado la impugnación.

El artículo 97 *ter* de la LC contempla la posibilidad de que cuando el juez estime que es probable que se modifique la lista de acreedores estando el concurso en la fase de convenio o de liquidación, pueda adoptar las medidas cautelares necesarias para salvaguardar el derecho de crédito del titular del crédito que puede ser objeto de reconocimiento.

La LC contempla en su artículo 129.4 un supuesto que permite al juez del concurso adoptar medidas cautelares de oficio cuando en la fase de aprobación del

convenio se formule oposición al mismo. De cumplirse el anterior presupuesto, el juez podrá adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar que la oposición no va a conllevar una demora que impida que el convenio llegue a buen término en el supuesto de que se desestime la oposición. En el mencionado precepto la ley habilita al juez para que pueda adoptar como medida cautelar el cumplimiento provisional del convenio bajo las condiciones que determine.

Los artículos 156 y 157 ambos de la LC, relativos al pago de los créditos con privilegio general y ordinarios, contemplan la posibilidad de que el juez del concurso pague los mismos previamente a resolver las impugnaciones en cuyo caso deberá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la masa en el caso de que se estimase alguna de las impugnaciones. En este supuesto no se trata tanto de una facultad sino más bien de un deber, adoptar las medidas necesarias para garantizar la masa.

Por último, el artículo 226 de la LC se refiere a la adopción de medidas cautelares de concurso principales en el extranjero. En este caso en España podrán adoptarse las medidas acordadas por el tribunal extranjero previo procedimiento de exequatur. Ahora bien, el mencionado precepto también brinda la posibilidad al administrador de que previamente al reconocimiento del concurso extranjero adopte, de conformidad con la ley española, medidas cautelares. El referido artículo enumera tres medidas que puede solicitar: la paralización de las ejecuciones frente al patrimonio del deudor, encomendar al administrador o a la persona que este designe la venta o realización de los bienes perecederos del deudor que se encuentren en España y la suspensión de las facultades de disposición y del deudor.

a) La instrumentalidad de las medidas cautelares de la Ley Concursal.

Una de las notas definitorias de las medidas cautelares es que tienen una finalidad instrumental en relación con el proceso principal y así, nuestra LEC consagra en sus artículo 726.1 ⁴⁰⁸ la instrumentalidad de la medida cautelar en relación con el proceso

⁴⁰⁸ Artículo 726.1 de la LEC: *El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:*

1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente.

pendiente, como un medio de garantizar el pronunciamiento que se produzca en dicho proceso.

La doctrina, desde antiguo, ha venido observando la relación de instrumentalidad de la medida cautelar en relación con el proceso pendiente. En este sentido PRIETO CASTRO⁴⁰⁹ señala que las medidas cautelares vienen a garantizar las decisiones judiciales que se producen en los procesos declarativos o ejecutivos. GUTIERREZ DE CABIADDES⁴¹⁰ señala que la finalidad de las medidas cautelares es claramente instrumental y está pre-ordenada a la eficacia de una resolución previniendo los posibles peligros o daños que pueden tener lugar por la duración del proceso. FONT SERRA⁴¹¹ entiende que hay dos notas fundamentales de las medidas cautelares, la provisionalidad y la instrumentalidad. El mencionado autor define la relación de instrumentalidad del modo siguiente: la instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de la justicia cautelar. La instrumentalidad conecta la medida al proceso pendiente de forma que tal y como dispone el artículo 131 de la LEC finalizado el proceso procede el levantamiento de la medida cautelar. GONZÁLEZ MONTES⁴¹² postula también la instrumentalidad de las medidas cautelares como un medio para que el proceso pueda cumplir de forma efectiva su propia función que es, según el mencionado autor, la actuación de la Ley. En idéntico posicionamiento se encuentra MONTERO AROCA quien postula que el proceso cautelar tiene por finalidad la garantía de los resultados prácticos de la actividad jurisdiccional.⁴¹³

En la actualidad, la doctrina procesalista ha asumido plenamente el carácter instrumental de las medidas cautelares positivizado en el artículo 726 de la LEC. En este sentido CORDON MORENO señala que las medidas cautelares tratan de asegurar

⁴⁰⁹ PRIETO CASTRO, L., *Derecho concursal procedimientos sucesorios jurisdicción voluntaria medidas cautelares*, Madrid, 1986, pág. 246.

⁴¹⁰ GUTIERREZ DE CABIADDES, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en AAVV, *El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, Navarra, 1974, pág. 13.

⁴¹¹ FONT SERRA, E., “Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva” en AAVV, *El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, Navarra, 1974, pág. 143.

⁴¹² GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento” en AAVV, *El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, Navarra, 1974, pág. 157.

⁴¹³ MONTERO AROCA, J., “El sistema de medidas cautelares. Su concreción en el proceso laboral” en AAVV, *El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, Navarra, 1974, pág. 179.

la efectividad de la sentencia estimatoria.⁴¹⁴ En idéntica dirección se encuentra ORTELLS RAMOS⁴¹⁵ quien señala que “*la tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela mediata: más que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.*”

Por consiguiente, resulta del todo punto necesario que nos detengamos a examinar si las medidas cautelares contempladas en la Ley Concursal, a las que nos hemos referido anteriormente, son un instrumento para garantizar un determinado pronunciamiento jurisdiccional.

Las medidas cautelares del artículo 17 de la LC vienen a asegurar la eficacia del pronunciamiento relativo a la declaración del concurso de acreedores. Por su parte, las medidas cautelares que el juez puede adoptar en el caso del artículo 87.4 de la LC están encaminadas a garantizar un futuro pronunciamiento como es el reconocimiento de un crédito. Idéntica función cumplen las medidas cautelares previstas en el artículo 96 de la LC, las cuales pretenden salvaguardar un posible pronunciamiento estimatorio de la impugnación del inventario o de la lista de acreedores. Similar finalidad tienen las medidas cautelares contempladas en el artículo 97 de la LC que tratan de garantizar la eficacia del posible reconocimiento de un crédito en la fase de liquidación o convenio. Por su parte los artículos 156 y 157 garantizan un posible pronunciamiento estimatorio de impugnaciones en relación al privilegio de los créditos. Tampoco plantea problemas el artículo 226 de la LC en relación a la finalidad que se pretende con la medida que nos es otra que la de garantizar los efectos de la futura declaración de concurso por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado.

Mención aparte merece el artículo 129.4 de la LC, puesto que una lectura apresurada de su contenido induce a caer en el error de que más que garantizar la eficacia de una resolución futura lo que hace el precepto es adelantar los efectos de esa futura resolución a la vista del tipo de medida específica que contempla: el cumplimiento provisional del convenio.⁴¹⁶ En este supuesto concreto, el citado precepto

⁴¹⁴ CORDÓN MORENO, F., “Principio de proporcionalidad y congruencia de la Resolución que adopta medidas cautelares” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 674/2005, Navarra, Págs. 1 a 5.

⁴¹⁵ ORTELLS RAMOS, M, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, pág. 38.

⁴¹⁶ Artículo 129 de la LC: 4. “*El juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, podrá tomar cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición. Entre tales medidas cautelares podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine.*”

no debe confundirse la finalidad de la norma con la concreta medida cautelar. La finalidad entendemos que es la de evitar que el convenio quede privado de eficacia, total o parcialmente, porque se ha producido una demora en la aprobación que haga que éste resulte inviable. Por lo que en el supuesto de la medida cautelar contemplada en el artículo 129.2 de la LC se estaría asegurando la eficacia de una resolución futura, en este caso negativa, que sería la desestimación de la oposición a la aprobación del convenio.

Por consiguiente vemos como todas y cada una de las medidas cautelares a las que de modo expreso hace mención la Ley Concursal tienen una finalidad instrumental en relación con el aseguramiento de un determinado pronunciamiento del proceso concursal. En este sentido la dificultad estriba en la singularidad del proceso concursal en el que existen distintas fases, o si se prefiere piezas, en las que se producen distintos pronunciamientos los cuales pueden verse privados de eficacia por la necesidad de celeridad que preside el concurso, por lo que resulta necesario asegurarlos mediante el empleo de las medidas cautelares. Este esquema del concurso dista mucho de un proceso declarativo ordinario donde va a existir, por lo general, una única resolución jurisdiccional cuyos efectos hayan de ser asegurados, la sentencia.

Por cuanto llevamos expuesto, podemos concluir que las medidas cautelares de la Ley Concursal examinadas son todas ellas instrumentales de los concretos pronunciamientos que pueden tener lugar en el proceso concursal imposibilitando que dichas resoluciones puedan verse privadas de eficacia por el transcurso del tiempo.

b) La temporalidad de las medidas cautelares previstas en la Ley Concursal.

En íntima conexión con la instrumentalidad encontramos el segundo elemento definitorio de la medida cautelar, la temporalidad. Tomando como punto de partida que la medida cautelar sirve como instrumento para asegurar los efectos de un futuro pronunciamiento jurisdiccional, resulta obvio que en el momento en el que el pronunciamiento comienza a desplegar efectos, o éste no llega a producirse, la medida cautelar acordada resultará del todo punto innecesaria. En este sentido señala PRIETO

CATRO que la medida cautelar es provisional porque está conectada a una circunstancia que cuando desaparece hace innecesaria la medida.⁴¹⁷

Por lo expuesto, la medida cautelar no va a tener nunca una duración definitiva sino que será siempre temporal. En este sentido la LEC establece en su artículo 726.2 el carácter temporal como una nota definitoria de las medidas cautelares.⁴¹⁸ El artículo 731 de la precitada ley hace referencia a la relación de accesoriedad y temporalidad de la medida cautelar cuando señala que no se mantendrán más allá del pronunciamiento judicial si no se insta la ejecución transcurrido el plazo de gracia.⁴¹⁹

Por su parte la Ley Concursal, en relación con las medidas cautelares acordadas con anterioridad a la declaración del concurso, establece la necesidad de que el juez, en el auto resolutorio de la declaración de concurso, se pronuncie sobre la eficacia de dichas medidas.⁴²⁰ En este sentido se puede apreciar la temporalidad de las mismas en relación con el artículo 21 de la LC que establece la necesidad de pronunciarse sobre las medidas de aseguramiento en tanto la administración concursal comience a desempeñar sus atribuciones. De una interpretación conjunta de ambos preceptos puede inferirse que si se han adoptado medidas de aseguramiento de los bienes, el juez en el auto resolutorio podrá acordar su mantenimiento hasta que la administración concursal tome posesión del cargo. El mismo tratamiento ha de hacerse extensivo a las medidas cautelares contempladas en el artículo 226 de la LC, las cuales han de mantenerse hasta la declaración del concurso con sus consiguientes efectos.

Si bien la LC no se refiere a la duración de la medida contemplada en el artículo 87 de la LC, resulta obvio que una vez el crédito al que se refiere sea reconocido e incorporado a la lista de acreedores el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas resulta a todas luces absurdo. Tampoco se especifica la duración de las

⁴¹⁷ PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., Derecho concursal procedimientos sucesorios jurisdicción voluntaria medidas cautelares, Madrid, 1986, pág. 249.

⁴¹⁸ Artículo 726.2 de la LEC: 2. *“Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.”*

⁴¹⁹ Artículo 731 de la LEC: *“No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas.”*

⁴²⁰ Artículo 17.3 de la LC: 3. *“Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares.”*

medidas cautelares en el supuesto del artículo 96 de la LC, pero resulta obvio que las mismas habrán de mantenerse hasta la resolución sobre la impugnación. Lo mismo sucede con la medida cautelar prevista en el artículo 97 ter de la LC que, si bien tampoco tiene una determinación del plazo durante el cual habrá de mantenerse la misma, tampoco se requiere un gran esfuerzo intelectual para entender que la misma se mantendrá hasta que la lista de acreedores quede modificada con carácter firme. En relación con los artículos 156 y 157, ambos de la LC, tampoco existe previsión alguno en relación a la temporalidad de dichas medidas cautelares, si bien se desprende con facilidad que una vez resueltas las impugnaciones sobre el privilegio de los créditos, no existe motivo alguno para mantener la medida. En relación con el artículo 129.4 de la citada ley, tampoco se hace mención a la duración de dicha medida lo que no es obstáculo para entender que la misma ha de mantenerse en tanto que recae la resolución sobre la impugnación.

A la vista de cuanto llevamos expuesto, la Ley Concursal, salvo en el caso de las medidas solicitadas con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores. guarda absoluto silencio en relación al elemento temporal de dichas medidas, por lo que es necesario integrar dicho vacío acudiendo a las normas generales de la LEC relativas a las medidas cautelares. Por consiguiente entendemos de pertinente aplicación los artículos 744 y 745 ambos de la LEC relativos al alzamiento de las medidas cautelares. Ahora bien, de nuevo surge el problema de la dificultad de la estructura procesal del concurso de acreedores y de sus distintas fases. Para una correcta integración cuando la LEC se refiere a sentencias habremos de entender, en el seno del concurso, una resolución jurisdiccional. Por lo tanto, las medidas examinadas, son también temporales por aplicación en este caso de las normas generales de la LEC relativas al alzamiento de las medidas cautelares.

c) La proporcionalidad de las medidas cautelares.

La tercera de las notas características de las medidas cautelares es la proporcionalidad de las mismas. CORDÓN MORENO ⁴²¹ extrae la nota de proporcionalidad del artículo 726.1.2º de la LEC el cual dispone que las medidas

⁴²¹ CORDÓN MORENO, F.: “Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la Resolución que adopta las medidas cautelares”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 674/2005.

cautelares no deben ser susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz que resulte menos gravosa o perjudicial para el demandado.

El Legislador, a la hora de regular las medidas cautelares, las concibe como una restricción de los derechos de un determinado sujeto, de ahí que, con carácter general, se permita limitar los derechos ante el peligro de privar de eficacia un determinado pronunciamiento judicial. Pero el legislador pretende también minimizar el impacto que dicha medida puede tener en el sujeto frente al cual se adopta la misma y por dicho motivo ha introducido, por vía del artículo 726.1.2º de la LEC, la regla de la proporcionalidad.

Examinaremos ahora en qué medida concurre el principio de proporcionalidad en las medidas cautelares que venimos analizando de la LC.

Las medidas cautelares contempladas en el artículo 17 de la LC tienen a nuestro juicio dos elementos fundamentales que permiten concluir que respetan el principio de proporcionalidad. El primero de ellos, y más importante, es la remisión en bloque a las normas generales de la LEC en materia de medidas cautelares por lo que resultaría de pertinente aplicación el artículo 726.1.2º de la citada norma el cual alude de forma expresa a la necesidad de que la medida sea proporcional. El segundo elemento es el amplio margen que le concede al juzgador para que adopte las medidas cautelares que estime necesarias, lo que en buena lógica determina que el juez del concurso no quedaría vinculado a las medidas que hubiese instado el solicitante, sino que adoptará aquella medida cautela que entienda que sirve mejor a la protección del futuro pronunciamiento con un menor grado de afcción a los derechos del concursado.

En relación a las medidas cautelares contempladas en el artículo 21.1.4 de la LC le resulta de aplicación lo que acabamos de exponer porque los términos en los que ha sido redactado dicho precepto permiten al juez adoptar las medidas que considere necesarias y aunque no haga una remisión expresa a las normas de la LEC, en tanto que se trata de medidas cautelares y la LC no contiene una regulación que difiera del contenido del artículo 726.1.2º de la LEC, el mismo le resulta de aplicación por lo que debemos concluir que el juez deberá de ponderar la existencia de cuál es la medida menos gravosa para asegurar los bienes en tanto que los administradores aceptan su cargo.

La medida cautelar específica contemplada en el artículo 87.4 de la LC, constitución de provisiones con cargo a la masa, es una medida que no afecta al patrimonio del deudor por lo que debemos concluir que respeta adecuadamente el principio de proporcionalidad. La prestación de fianzas por las partes entendemos que también resulta justificada si la masa no es suficiente para cubrir el crédito y son el resto de acreedores quienes van a tener que ver disminuida su cuota por el reconocimiento de un crédito sujeto a condición, ello no hace otra cosa que aplicar el principio de la *pars conditio creditorum*, por lo que no nos parece una medida que pueda considerarse desproporcionada.

En cuanto al tipo de medidas que se pueden adoptar, la LC es bastante flexible puesto que en la mayoría de los supuestos deja al arbitrio del juez la adopción de la medida que considere más oportuna para la tutela de los intereses en juego, si bien en algunos supuestos enumera posibles medidas cautelares. Por consiguiente salvo las previsiones específicas que hace el artículo 87 de la LC al establecer como posible medida cautelar la provisión de fondos con cargo a la masa y las fianzas, el artículo 96.4 de la LC que prevé el cumplimiento del convenio y las contempladas en el artículo 226 de la LC que permite adelantar los efectos del reconocimiento y que se pueden solicitar como medidas cautelares la suspensión de las ejecuciones, la limitación de las facultades de disposición del deudor y la venta de productos perecederos por el administrador, en el resto de casos la LC guarda absoluto silencio sobre las medidas que pueden adoptarse. Es más, el artículo 17 que contiene la regulación general de las medidas cautelares hace una remisión a la LEC.

En relación a los artículos 96 y 97 ter ambos de la LC, en este caso no contemplan ninguna medida cautelar específica sino que permiten al juez adoptar la medida que estime más conveniente para garantizar los intereses en juego. En este caso entendemos que rige plenamente el artículo 726 de la LEC y el juez del concurso, dentro del margen de discrecionalidad habrá de velar por la adopción de la medida menos gravosa.

La medida cautelar específica contemplada en el artículo 129.4 de la LC de cumplimiento del convenio bajo determinadas normas de provisionalidad o cualesquiera otras medidas que el juez entiende pertinentes otorgan al juez un amplio margen para buscar aquella medida que más se acomode a los intereses del concurso y que cause un menor menoscabo de los derechos en juego.

En relación con las medidas cautelares que pueden adoptarse para la impugnación de los créditos la LC no contempla ninguna medida específica por lo que rigen plenamente las normas generales de la LEC debiendo velar el juez del concurso por dar cumplimiento al mandato del artículo 726 de la LEC.

Podemos concluir que en el concurso de acreedores existen dos tipos de medidas cautelares, las que tratan de garantizar la declaración de concurso y sus efectos hasta el que la administración concursal se hace cargo de la administración de los bienes del concursado, medidas cautelares que son verdaderamente restrictivas de derechos del concursado y en las que el principio de proporcionalidad cobra un mayor relevancia y por otra parte existen medidas cautelares que se adoptan una vez producida la declaración de concurso y que tratan de garantizar los derechos económicos de los acreedores durante la tramitación de las fases de convenio y liquidación. Aquí el principio de proporcionalidad no es exigible con la misma intensidad dado que el grado de afectación de la persona a la que se dirigen las medidas cautelares es mucho menor pues se trata de medidas que no van dirigidas en la mayoría de las ocasiones a un sujeto concreto sino frente a un colectivo.

En segundo lugar, podemos concluir que las medidas cautelares específicas que contemplan los artículos examinados son respetuosas con el principio de proporcionalidad porque son creaciones especiales para dar respuesta a las necesidades específicas que tratan de regular y precisamente se han creado para dar una mejor respuesta que las medidas cautelares generales previstas en la LEC. Y en relación a las medidas cautelares que la LC deja al total arbitrio del juez, la proporcionalidad queda garantizada mediante la aplicación del artículo 726.1.2º de la LEC que resulta de pertinente aplicación.

C. Conclusiones sobre las medidas cautelares previstas en la LC.

El tratamiento procesal de las medidas cautelares contenido en la LC no puede considerarse ni autónomo ni ha recibido un adecuado tratamiento sistemático. Las medidas se encuentran dispersas, es en cada artículo en el que se faculta al juez para su adopción y en el que se establece la necesidad o no de que sean solicitadas a instancia de parte. Podemos concluir que la LC no tiene una regulación general de las medidas cautelares y es necesario aplicar las normas generales de la LEC en la mayoría de las ocasiones.

Ahora bien, a la hora de aplicar las normas generales de la LEC se nos plantean problemas dada la naturaleza jurídica de las denominadas medidas cautelares por la LC. Y ello por cuanto que tal y como ya adelantábamos al referirnos a las medidas del artículo 21 de la LC, no todas las medidas a las que se refiere la LC van a encajar en el concepto de medida cautelar que viene legalmente recogido en nuestra LEC, en el sentido de estar garantizando un hipotético pronunciamiento constitutivo. En este sentido encajan en tal concepto las medidas cautelares del artículo 17 de la LC y las del artículo 226 de la LC. Mayores problemas presentan las medidas cautelares del artículo 21 de la LC pues no aseguran un pronunciamiento directo, como podría ser el nombramiento de los administradores, sino que tienden a salvaguardar el patrimonio del deudor para garantizar posibles pronunciamientos relativos al mismo.

Por su parte, el resto de medidas examinadas sí que garantizan un pronunciamiento futuro declarativo sin embargo se trata de un pronunciamiento accesorio del principal y tal y como acabamos de exponer no van dirigidas frente a un único destinatario sino frente a un colectivo, los acreedores.

Podemos concluir compartiendo la tesis de ARIZA COLMENAREJO⁴²² quien postula que para encajar las medidas cautelares de la LC en el esquema de la tutela cautelar de la LEC hay que tomar a la Ley de Enjuiciamiento como norma general y a las previsiones de la Ley Concursal relativas a las medidas cautelares como norma especial que, en todo caso han de responder a las notas de temporalidad, provisionalidad, condicionalidad y ser susceptibles de modificación o alzamiento.

D. Procedimiento de adopción de las medidas cautelares.

Tal y como acabamos de exponer, las medidas cautelares contempladas en la LC suponen una norma especial en relación a la norma general que es la LEC. Por dicho motivo a la hora de adoptar las medidas cautelares, rigen las normas generales de la LEC con las modificaciones contenidas en la LC. Podemos afirmar en este momento que la principal especialidad de la LC es permitir que las medidas se acuerden de oficio y, en consecuencia, no exigir que se preste cautela.

⁴²² ARIZA COLMENAREJO, M.J.: “Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, pág. 373.

a) Los caracteres generales para la adopción de las medidas cautelares.

El primero de los elementos que ha de acreditarse para la adopción de una medida cautelar es el *periculum in mora* que tiene lugar por el transcurso del tiempo durante la tramitación del proceso. En las situaciones de insolvencia, sobre todo las que pueden calificarse como culposas, ha venido siendo usual que el deudor trate de esconder su patrimonio de los acreedores, de ahí la necesidad de proscribir tales conductas e incluso castigarlas penalmente. Por el anterior motivo la legislación sobre quiebras regulaba desde sus normas más arcaicas la adopción de medidas cautelares de tipo patrimonial y personal para el aseguramiento de los bienes de deudor.

En la actualidad, y atendidos los breves plazos que contempla la Ley Concursal para la declaración del concurso, el peligro por la mora procesal ha disminuido teóricamente. Ahora bien, una cosa es la teoría y otra bien distinta es la práctica. En ocasiones pueden transcurrir meses desde que se solicita la declaración de un concurso hasta que se dicta el correspondiente auto de declaración. Por dicho motivo el peligro de la mora procesal sigue existiendo y se hace necesaria la adopción de medidas cautelares para que en el transcurso del tiempo media entre la solicitud y la declaración, el deudor no pueda llevar a cabo actos que frustren la tutela judicial que el concurso otorga a los acreedores.

El artículo 528 de la LEC exige que se acredite la situación de peligro mientras que la LC no exige tal requisito para la adopción de medidas cautelares. Se hace necesario adecuar tal previsión general a la materia concursal y en este sentido ARIZA COLMENAREJO⁴²³ señala que la propia naturaleza del concurso de acreedores lleva implícita la necesidad de rebajar el grado de justificación de la necesidad de adoptar la medida cautelar.

En cierta medida, la propia necesidad de instar un concurso de acreedores por la concurrencia de determinados supuestos como pueden ser la venta ruinosa del patrimonio del deudor o por la existencia de embargos generalizados revelan *per se*, de forma evidente, riesgos por la mora procesal que pueden privar de eficacia a la tutela judicial que otorga el concurso a los acreedores.

⁴²³ ARIZA COLMENAREJO, M.J.: “Medidas cautelares en el proceso de declaración” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, pág. 379.

Además deberá existir una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que, tal y como expone TORRES ROSELL,⁴²⁴ consistente en la necesidad de que el solicitante de la medida cautelar justifique que existe una expectativa razonable de obtener un pronunciamiento favorable sobre el fondo de la controversia.

La apariencia de buen derecho queda vinculada de forma directa, tratándose de las medidas cautelares relativas a la declaración del concurso, al fundamento de la solicitud de concurso que supone un auténtico principio de prueba que permite verificar que concurre una causa de las legalmente previstas para declarar el concurso lo que implica que, la acción ejercitada, en apariencia, podrá razonablemente ser estimada.

En relación con la exigencia de la LEC de prestar caución, contenida en su artículo 728.3, hemos de precisar que la LC no excluye de forma expresa la necesidad de prestar caución. El artículo 17.2 de la LC, por el contrario, establece que el Juez estará facultado para exigir al solicitante de la medida que preste fianza. La regulación que hace la LC no resulta incompatible a la LEC sino que, como norma especial, introduce un criterio específico en el ámbito del concurso de acreedores en el que la fijación de una cautela queda al arbitrio del juez. Será éste último quien podrá o no exigirla atendiendo al tipo de circunstancia que concurran, entre las cuales se encontrarían el peligro en la mora procesal, la apariencia de buen derecho así como al tipo de medida que se haya solicitado.

Para ARIZA COLMENAREJO⁴²⁵ el juez no debe basar su decisión en la concurrencia estricta de los requisitos del artículo 728 de la LEC, debido a que tiene una mayor flexibilidad en su decisión. En nuestra opinión, el hecho de que el Juez del concurso, a la hora de exigir la prestación de caución, no quede vinculado a la existencia de un peligro en la mora procesal y la existencia de una apariencia de buen derecho, no es óbice para que tales circunstancias sean valoradas por el mismo a la hora de decidir sobre la exigencia de la necesidad de prestar caución.

La caución procederá cuando el juez del concurso, examinadas las circunstancias concurrentes, entienda que existe un riesgo excepcional derivado de la adopción de las medidas cautelares que vayan a adoptarse y que procede acordarse la misma. En este

⁴²⁴ TORRES ROSELL, N.: *Las medidas cautelares*, Madrid, 2001, pág.51.

⁴²⁵ ARIZA COLMENAREJO, M.J.: “Medidas cautelares en el proceso de declaración” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008, pág. 381.

sentido la mencionada autora concluye que la prestación de caución en el concurso constituye la excepción a la norma general que debe de ser la no exigencia de tal garantía.

La adopción de las medidas cautelares será a instancia de parte en los supuestos contemplados en los artículos 17, 87.4, 97 ter y 226, todos ellos de la LC. Por el contrario, en los supuestos contemplados en los artículos 21, 96.4, 129, 156 y 157 se podrán acordar de oficio por el juez del concurso.

La Ley concursal guarda silencio acerca de una cuestión procedimental de gran trascendencia como es el hecho de si una vez solicitada una medida cautelar por cualquier legitimado para ello el juez puede acordarla *inaudita parte* o bien debe de permitir a la parte que va a soportar la medida alegar lo que a su derecho convenga previa su adopción acordarla. Para resolver la anterior cuestión hemos de acudir a las normas generales de la LEC donde la regla general es que sean adoptadas previa audiencia del que ha de soportar la medida. BONET NAVARRO⁴²⁶ señala hay quienes pretendían un régimen especial en el que las medidas cautelares se acordaran *inaudita parte* pero que dicha enmienda fracasó y, en consecuencia, la regla imperante es la excepcionalidad de la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*.

Como adelantábamos, tratándose de medidas cautelares solicitadas previamente a la declaración de concurso de acreedores previstas en el artículo 17 de la LC, pueden ser adoptadas *inaudita parte*. Tal posibilidad deriva de la previsión legal contenida en el artículo 733 de la LEC.⁴²⁷ Si consideramos que el fundamento de tales medidas es el riesgo derivado de la espera que media entre la solicitud y la declaración, el hecho de dar audiencia al deudor no hace sino aumentar los plazos y podría privar a la medida solicitada de su eficacia. En el sentido expuesto se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil

⁴²⁶ BONET NAVARRO, A., “Título Primero – Capítulo II” en AAVV, *Comentarios a la ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág. 180.

⁴²⁷ Artículo 733 de la LEC: 1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas.

Número 1 de Bilbao en un supuesto en el que la parte deudora había dilatado el plazo para oponerse al concurso al solicitar la justicia gratuita.⁴²⁸

ARIZA COLMENAREJO postula que solicitada la adopción de medidas cautelares con fundamento en el artículo 17 de la LC sólo se puede cumplir con su finalidad asegurativa de la integridad del patrimonio del deudor si se adopta de forma inmediata a su solicitud.⁴²⁹

Podemos concluir que en el concurso de acreedores, en relación con las medidas cautelares que se insten previa la declaración, resulta más conveniente que se adopten *inaudita parte* sin perjuicio de que el deudor pueda oponerse a la misma en el caso de que fuese adoptada por el juez del concurso en base a que el patrimonio corre un riesgo y la forma más adecuada para protegerlo pasa porque el deudor quede privado de la posibilidad de poder disponer del mismo en tanto que se nombran a los administradores y el deudor queda privado de la facultad de disposición.

Lo que llevamos expuesto lo hacemos extensible a las medidas contempladas en el artículo 21 de la LC habida cuenta que se incluyen en el auto de declaración del concurso sin que medie posibilidad alguna de contradicción previa su adopción puesto que la finalidad es la misma que acabamos de exponer. Lo mismo ocurre con las medidas cautelares que se deban de adoptar para garantizar un concurso de acreedores que se esté sustanciando en otro Estado de la Unión pues la fundamentación de las medidas cautelares es idéntica a la del artículo 17.

En relación al resto de supuestos que venimos examinando que se adoptan a instancia de parte, (artículos 87.4 y 97 ter de la LC) entendemos que deben adoptarse previa audiencia habida cuenta de que los presupuestos legales que posibilitan su adopción no conllevan la existencia de un riesgo que haga necesario acordarlas sin audiencia.

La sustanciación de las medidas cautelares se ventilará en pieza separada. En aquellos supuestos en los que la medida cautelar se haya adoptado sin audiencia, una

⁴²⁸ Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao: Auto de 17 de noviembre de 2009, Fundamento de Derecho Tercero: *Finalmente hay razones para adoptar la medida sin audiencia de parte, puesto que si para lo principal, oposición al concurso, se demoran ya varios meses, para lo accesorio no hay razón para añadir otro retraso más.*

⁴²⁹ ARIZA COLMENAREJO, M.J.: “Medidas cautelares en el proceso de declaración” en AAVV *Tratado de Derecho Mercantil*, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII *Derecho concursal Procesal*, Madrid, 2008, pág. 385.

vez acordada la misma mediante auto, de conformidad con lo prevenido en el artículo 739 de la LEC, el perjudicado por la adopción de la misma podrá formular escrito de oposición en el plazo de 20 días contados desde la notificación del auto que la acuerde. Formulada la oposición se dará traslado de la misma al solicitante, previamente a citar a las partes a la vista.

Cuando la medida se vaya a acordar previa audiencia de la parte afectada, se dará traslado de la solicitud a la parte frente a la que se ha instado la misma y se citará a ambas partes a la comparecencia.

En la vista ambas partes expondrán lo que a su derecho convenga tal y como dispone el artículo 734.2 de la LEC⁴³⁰ y el Juez decidirá por medio de auto la adopción de la medida y de conformidad con las previsiones específicas de la LC decidirá acerca de la necesidad o no de prestar caución.

b) Medios de impugnación de las medidas cautelares adoptadas en el concurso de acreedores.

De especial relevancia resulta la posibilidad de que las partes puedan impugnar los pronunciamientos relativos a las medidas cautelares. La cuestión va a tener cierta complejidad en relación con las medidas cautelares adoptadas en el auto que declara el concurso de acreedores.

Como venimos exponiendo, la LC se remite a la LEC en relación con la adopción de las medidas cautelares. Por el anterior motivo, entendemos que necesariamente hemos de examinar cuáles son los medios de impugnación contenidos en la LEC frente al auto que acuerda las medidas cautelares.

El artículo 735 de la LEC establece que frente al auto que acuerde la medida cautelar podrá interponerse el recurso de apelación que carecerá de efectos suspensivos. Lógicamente, acreditado el peligro en la mora procesal sobre el que descansa la adopción de la medida cautelar, si el recurso tuviera efecto suspensivo frustraría

⁴³⁰ Artículo 734.2 de la LEC: *En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial, que, si se considerare pertinente y no pudiese practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días.*

Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución. Y quien debiere sufrir la medida cautelar podrá pedir al tribunal que, en sustitución de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria, conforme a lo previsto en el artículo 746 de esta Ley.

totalmente la finalidad de la medida acordada. Es por ello que, con toda razón, la LEC no le conceda el efecto suspensivo a la interposición del recurso de apelación.

Cuando la medida cautelar haya sido desestimada, la parte que haya visto desestimada su pretensión también tendrá la oportunidad de interponer el correspondiente recurso de apelación, de conformidad con el artículo 736 de la LEC, al que le otorga una preferencia en su tramitación habida cuenta de que el retraso en la tramitación del mismo podría frustrar el fin pretendido por la parte que ha solicitado la adopción de la medida cautelar.

Mayor problemática plantean las medidas cautelares acordadas en el auto que declara el concurso de acreedores y que sean adoptadas de oficio por el juez de conformidad con el artículo 21.1.4º de la LC. Y ello porque puestas en conexión con el artículo 20 de la LC entendemos que no procede frente a las mismas la interposición de un recurso de apelación sino que lo procedente es la interposición del recurso de reposición. Tal régimen de impugnación es resultante de la dicción literal del artículo 20 de la LC cuando establece que cuando se trate de recurrir otro pronunciamiento que no sea la declaración del concurso y que venga contenido en el artículo 21 de la LC, el recurso procedente será el de reposición.

Por consiguiente, nos encontramos con que si la medida cautelar ha sido acordada a instancia de parte previa la declaración del concurso, frente a la misma, la parte frente a la que se haya adoptado la anterior podrá interponer el recurso de apelación en el plazo de 20 días que es el plazo general establecido en el artículo 458 de la LEC. Por el contrario, tratándose de las medidas cautelares adoptadas por el juez de lo mercantil de oficio en el auto que declara el concurso de acreedores serán recurribles mediante el recurso de reposición cuyo plazo de interposición es ostensiblemente inferior, 5 días, tal y como dispone el artículo 452 de la LEC. El anterior recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos de conformidad con lo prevenido en el artículo 451.3 de la LEC.⁴³¹

En nuestra opinión el medio de impugnación de las medidas cautelares adoptadas de oficio entendemos que no resulta el más idóneo. Si las medidas que se adoptan a instancia de parte las va a resolver un superior jerárquico, entendemos que debería darse el mismo tratamiento a aquellas que han sido adoptadas de oficio por el propio juez,

⁴³¹ Artículo 451.3 de la LEC: *La interposición del recurso de reposición no tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida.*

pues resulta cuando menos difícil pensar que si las ha adoptado el propio juez pueda variar su criterio con la interposición del recurso.

Una posible solución es que el auto resolutorio del recurso de reposición fuera apelable en relación a las medidas cautelares y sin efecto suspensivo, solución que entendemos está actualmente vedada pues de conformidad con el artículo 197.3 de la LC⁴³², solo son apelables aquellas resoluciones del juez que la Ley prevea de forma expresa.

c) Eficacia y remoción de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares requieren de una plena eficacia para lograr los fines para las que han sido acordadas. De nada sirve que se acuerde la adopción de la medida cautelar si la misma no se lleva a efecto de forma inmediata tras su adopción. Baste recordar que el mero transcurso del tiempo puede determinar que la medida pierda su eficacia.

La LC no se refiere de modo expreso a la eficacia de la medida cautelar por lo que resulta necesario acudir a las previsiones generales contenidas en el artículo 738 de la LEC el cual dispone que la medida, una vez acordada y prestada la caución, será llevada a efecto de oficio por el tribunal. En el supuesto de que se adopten de oficio las medidas cautelares la efectividad de las mismas es inmediata pues se acuerdan por el juez y se llevan a efecto sin más trámite.

En buena lógica la eficacia de la medida cautelar queda vinculada a la temporalidad que caracteriza a las medidas cautelares tal y como hemos expuesto en apartados anteriores. La medida cautelar tiene una naturaleza temporal y dicha temporalidad está estrechamente vinculada con la duración del proceso. Una vez más la singular naturaleza del proceso concursal nos causa cierta dificultad a la hora de examinar la duración de las medidas cautelares. En este sentido hemos de tener en cuenta que las medidas cautelares del artículo 17 de la LC garantizan la efectividad de un pronunciamiento futuro, la declaración de concurso. Por su parte, las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 21 de la LC, tratan de asegurar la integridad del patrimonio del deudor para la satisfacción de los acreedores en la fase del convenio o de la liquidación.

⁴³² Artículo 197.3 de la LC: Contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto

No obstante a lo dicho, no es tanta la diferencia si consideramos que la efectividad de la declaración de concurso de acreedores no se agota en la propia declaración sino que va más allá y queda vinculada con el efecto de la *pars conditio creditorum*. Y por consiguiente en la necesidad de que todos los acreedores concurren frente al patrimonio del deudor común, finalidad ésta que, obviamente, requiere que se preserven los bienes que integran el patrimonio del deudor.

Por dicho motivo, el artículo 17.3 de la LC establece que una vez declarado el concurso o desestimada la solicitud el juez deberá pronunciarse sobre la eficacia de las medidas cautelares. En el supuesto de la solicitud de concurso haya sido desestimada existen dos posibles actuaciones por parte del juez del concurso: alzar la medida cautelar adoptada en ese instante o bien esperar hasta que transcurra el plazo para la presentación del recurso de apelación y resolver a la vista de la presentación o no del recurso de apelación.

Para GIMÉNEZ RAMÓN y MARCO COS,⁴³³ en caso de ser desestimada la solicitud, la medida deberá en principio ser alzada. A nuestro modo de ver, resulta más adecuado proceder, por analogía, del modo que prevé el artículo 744 de la LEC, esto es, posponer el momento del levantamiento de la medida cautelar hasta el momento en el que se interponga el correspondiente recurso de apelación frente al auto desestimatorio del concurso de acreedores. Caso de solicitarse el mantenimiento por el recurrente, se decidirá lo procedente previa audiencia de la parte cuya declaración de concurso haya sido instada. Entendemos que es una fórmula que garantiza la totalidad de intereses en juego habida cuenta de que si en su momento se adoptó la medida cautelar por quedar acreditado un riesgo ese riesgo, dicho existiendo mientras se tramita la apelación. Si bien esta solución resulta muy pragmática y acorde con la regulación general de la LEC, tiene un punto débil que es precisamente el que señalan los autores señalados anteriormente: la pérdida de la apariencia de buen derecho debido al pronunciamiento desestimatorio de su solicitud. Este escollo puede salvarse mediante la prestación de una mayor caución y de esta manera a menor apariencia de buen derecho mayor caución, de modo que la caución actuaría de forma disuasoria de solicitudes de medidas cautelares infundadas.

⁴³³ MARCO COS, J.M y GIMÉNEZ RAMÓN, R.: “Medidas cautelares” en AAVV *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012, pág. 147.

En síntesis, en el caso de desestimarse la declaración de concurso de acreedores, aquellas medidas adoptadas previamente podrán ser mantenidas en los casos que se solicite por la parte que instó la solicitud y el juez entienda que son procedentes previa audiencia del deudor. En caso de que no se presente el recurso o que, escuchadas las partes, el juez entienda que no concurren los requisitos para el mantenimiento de las medidas cautelares ordenará el inmediato alzamiento de las mismas.

Cuando la parte declarada en concurso sea la que interpone el recurso de apelación frente al auto que declare el concurso de acreedores, establece el artículo 20 de la LC que el juez deberá pronunciarse sobre el mantenimiento de las medidas cautelares que hubieran sido adoptadas. En este supuesto entendemos que se habrá de proceder de un modo semejante al que acabamos de exponer, si bien, ahora la apariencia de buen derecho se ve reforzada, por lo que debería ser la parte apelante que inste la remoción de la medida quien preste una contra cautela para que el juez pueda levantar la medida.

En el supuesto de que se adoptaran medidas cautelares previa la declaración del concurso y se dicte auto declarando el mismo, el juez deberá pronunciarse sobre el mantenimiento o el alzamiento de dichas medidas. Como decíamos anteriormente, en muchas ocasiones, y dada la especial naturaleza jurídica del concurso de acreedores, la tutela jurisdiccional no se limita al pronunciamiento de carácter constitutivo sino que se extiende a una serie de efectos posteriores sobre el deudor y sobre su patrimonio.

Es posible que sea adecuado mantener alguna o todas las medidas cautelares adoptadas en tanto que los administradores acceden al cargo. Esta idea vendría reforzada por la previsión legal contenida en el artículo 21.4 de la LC que se refiere a la adopción de medidas cautelares de oficio para el aseguramiento de los bienes del deudor en tanto que los administradores concursales son nombrados y comienzan a desempeñar sus cargos. Por dicho motivo, si se adoptó alguna o algunas medidas cautelares cuya finalidad era asegurar el pronunciamiento en sí mismo, una vez producido éste, deberán ser alzadas de forma inmediata. No ocurre lo mismo con aquellas medidas que se hubieran adoptado para la salvaguarda de los efectos del pronunciamiento, que podrán ser mantenidas cuando sea necesario para el buen fin del concurso.

La conclusión que podemos extraer es que las medidas cautelares que se adopten en el concurso de acreedores no van a ser levantadas sin más una vez producida la declaración, sino que el juez del concurso, considerando las mismas y las situaciones

que concurren, podrá mantenerlas en lugar de adoptar nuevas medidas cautelares en tanto que son nombrados los administradores. Una vez nombrados los administradores, sí que procederá el levantamiento de las medidas cautelares adoptadas pues en ese preciso instante van a desaparecer, con carácter general, los riesgos derivados de la conducta del deudor que quedan asegurados mediante las facultades atribuidas a la administración concursal.

CAPITULO III: EFECTOS PROCESALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES

La situación del concurso de acreedores, es una creación genuina que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Concursal. El concurso de acreedores es un estado jurídico diferente a la quiebra, o a la suspensión de pagos. Se trata de una nueva institución jurídica que descansa sobre una piedra angular que hemos examinado anteriormente, el proceso de declaración.

El Legislador ha creado una nueva institución, pero como argumenta CORTÉS DOMÍNGUEZ,⁴³⁴ no parece ser consciente de la importancia que tiene dicha declaración. Del mismo modo que sí ha sido consciente de la importancia que adquiere el órgano jurisdiccional tal y como recoge en la exposición de motivos cuando dice que *“sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento”* o cuando dice que *“la Ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el Derecho anterior”*. Llama poderosamente nuestra atención que en toda la exposición de motivos la única referencia que se haga a la declaración del concurso de acreedores sea la contenida en el final de párrafo II de la mencionada exposición cuando dice que *“la fase común se abre con la declaración de concurso”*.

Parece que el Legislador obvia por completo referirse al proceso de declaración en la exposición de motivos de la LC. Pues pese a que en algunos supuestos exista cierta complejidad a la hora de identificarlo como un verdadero proceso al no existir dos partes contrapuestas -nos referimos al concurso de acreedores voluntario y al concurso declarado *inaudita parte debitoris*- lo cierto es que se trata de un verdadero proceso en el que como hemos tenido ocasión de examinar se está ejercitando una determinada pretensión, ante un órgano jurisdiccional para obtener de este un pronunciamiento en un determinado sentido. El pronunciamiento del órgano, que como ya tuvimos ocasión de exponer resulta genuinamente procesal, es una resolución constitutiva y la misma es la base de todo el proceso concursal.

⁴³⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Op. Cit., pg. 24 y ss.

El que la declaración de concurso sea la piedra angular es harto sencillo. Todo lo que hay antes de ella está encaminado a su producción y todo lo que hay después es efecto de ella misma. Por tanto, la ley se puede dividir *grosso modo* en dos bloques muy bien definidos. De una parte, un proceso para lograr la declaración que se regula en los artículos 1 a 20 de la LC -que es el que hemos examinado hasta ahora- y los efectos derivados del auto de declaración de concurso que se recogen desde el artículo 21 de la mencionada norma hacia adelante.

La singular naturaleza del concurso de acreedores hace que sus efectos necesariamente deban de extenderse a múltiples personas y situaciones. Dado que nuestra investigación está enfocada desde una perspectiva estrictamente procesal, no vamos a examinar todos los efectos que produce la declaración de concurso de acreedores sino únicamente los efectos procesales.

I. LOS EFECTOS PROCESALES DEL AUTO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

De los múltiples efectos que provoca la declaración del concurso de acreedores, los efectos procesales que produce son de una gran relevancia para el concurso. Los efectos no son la finalidad de la declaración, pero sí que son, en gran medida, el instrumento tendente a lograr la satisfacción de los acreedores y esto los convierte en un mecanismo fundamental del concurso de acreedores. De esta forma los efectos procesales de la declaración de concurso van a asegurar el patrimonio del deudor común y garantizar de este modo que el resto de las secciones del concurso puedan lograr su finalidad.

Ahora bien, que los efectos procesales de la declaración posean un carácter instrumental en relación con el concurso de acreedores no nos debe confundir con las medidas cautelares que se pueden adoptar en esta fase y que ya hemos tenido ocasión de examinar anteriormente.

1. La *vis attractiva*.

El artículo 49 de la LC consagra la universalidad del concurso de acreedores como un efecto material a través del cual todos los acreedores del concursado se integran en la

masa pasiva del concurso.⁴³⁵ De este modo se materializa el principio de la *pars conditio creditorum* que es uno de los pilares sobre los que se ha venido cimentando el sistema de insolvencias al quedar todos los acreedores integrados en una misma masa pasiva sin perjuicio de que existan diferencias en la clasificación de los créditos.

Pero para que el concurso alcance sus fines no basta con un efecto material como la universalidad de la masa pasiva del concurso de acreedores, sino que es necesario que esa universalidad se proyecte al plano procesal. De nada sirve declarar que todos los acreedores forman parte de la masa pasiva del concurso si procesalmente pueden mantenerse al margen del concurso de acreedores y satisfacer sus derechos de crédito frente al concursado al margen del concurso. La una universalidad procesal es requisito *sine qua non* para poder garantizar la *pars conditio creditorum*. Es aquí donde surge el efecto procesal de la *vis attractiva* como medio para que, con carácter general, aquellos procesos que guardan relación con los créditos que forman parte de la masa pasiva del concurso sean atraídos al proceso concursal.

El efecto de atracción es ciertamente complejo y, al contrario de lo que sucede con el principio de universalidad de la masa pasiva, no se regula de forma expresa en la Ley Concursal, sino que hemos de inferirlo de los distintos efectos procesales que despliega la declaración de concurso sobre los procedimientos singulares que guardan relación con el concurso de acreedores dando lugar a diferentes grados de intensidad en la atracción. Previamente a examinar los distintos efectos de la *vis attractiva* procede que nos detengamos a examinar su naturaleza jurídica y su fundamento.

A. Concepto y naturaleza jurídica de la *vis attractiva concursal*.

Podríamos definir la *vis attractiva* como aquella consecuencia jurídica de carácter procesal que tiene lugar con la declaración de concurso, y a través de la cual, todos los procesos en los que el concursado sea parte, actora o demandada, van a formar parte del concurso. Es decir, que el concurso atrae todos aquellos procesos en los que el concursado sea parte para que los mismos sean resueltos por el juez que está conociendo del concurso.

⁴³⁵ Artículo 49.1 de la Ley Concursal: “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.”

Con bastante frecuencia se alude a este efecto asemejándolo con la acumulación. La propia Ley Concursal contiene dicha terminología su artículo 51 cuando se refiere a la acumulación de juicios declarativos al concurso.⁴³⁶ Así mismo la Ley de Enjuiciamiento Civil emplea el término acumulación en su artículo 98 al referirse a la acumulación de los procesos singulares a los procesos universales.⁴³⁷

Dada la terminología empleada por el legislador resulta obligado que nos preguntemos acerca de si la atracción a la que hemos hecho referencia equivale a una acumulación. Si examinamos las normas generales sobre dicha materia, contenidas en los artículos 74 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no podemos concluir en otro sentido que no sea la imposibilidad de que exista tal acumulación de procesos y ello por cuanto que el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en la acumulación existe un único proceso que concluye con una sola sentencia, lo cual, en modo alguno tiene lugar en el proceso concursal en el que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 183.4º de la LC que determina la tramitación de los juicios acumulados al concurso mediante pieza separada.⁴³⁸

La doctrina se postula abiertamente en contra de que se trate de una acumulación de procesos, en este sentido se manifiestan ALONSO-CUEVILLAS SAYROL⁴³⁹ quien señala que la *vis attractiva* no tiene cabida en la categoría de la acumulación de

⁴³⁶ Artículo 51 de la LC: “*Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.*

1. *Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso 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.”

⁴³⁷ Artículo 98 de la LEC: “*Casos en que corresponde la acumulación de procesos singulares a un proceso universal.*

1. *La acumulación de procesos también se decretará:*

1.º *Cuando esté pendiente un proceso concursal al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda. En estos casos, se procederá conforme a lo previsto en la legislación concursal.”*

⁴³⁸ Artículo 183.4º de la LC: “*La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado.”*

⁴³⁹ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La vis attractiva del proceso concursal*, Navarra, 2007, pág.48

procesos y PEREZ DEL BLANCO G.⁴⁴⁰ quien postula que antes que una acumulación ha de hablarse de una absorción.

En nuestra opinión y por los razonamientos anteriormente expuestos no se puede equiparar la atracción al concurso con una acumulación, si bien existen ciertas semejanzas, como es el hecho de que un órgano jurisdiccional atraiga para sí la competencia objetiva que, en un principio, quedó determinada en favor de otro órgano jurisdiccional y que venía ejerciendo la misma, no tiene lugar la principal característica de la acumulación de procesal tal es la existencia de un único pronunciamiento sobre el fondo que evite pronunciamientos contradictorios y permita un ahorro de costes procesales.

Lo anteriormente expuesto enlaza de forma directa con la siguiente cuestión que debemos plantearnos en relación a la institución objeto de estudio en el presente epígrafe: ¿Cuál es el fundamento de la atracción?

B. Fundamento de las *vis attractiva*.

Tal y como adelantábamos, el fundamento de la atracción al concurso no podemos encontrarlo en la prevención de resoluciones contradictorias y ello porque el concurso tiene una finalidad bien distinta de los distintos procedimientos declarativos. El concurso tiene por objeto la constitución de un determinado estado (el concurso) así como la satisfacción de los créditos de los acreedores mientras que los distintos procesos que se dirijan frente al concursado tendrán por objeto la satisfacción de una pretensión particular por lo que deviene materialmente imposible que se produzcan resoluciones que puedan contradecirse en algo.

Como anunciábamos en la introducción de esta cuestión, para conseguir la universalidad material sobre el patrimonio del deudor, es necesario lograr la universalidad procesal que pasa por la creación de un proceso universal que atraiga los distintos procesos singulares que se dirijan frente al patrimonio del deudor. Una de las principales ideas que sirven de fundamento a la *vis attractiva* es el principio enunciado en el artículo 49 de la LC, de la *par conditio creditorum*, o de igualdad entre los acreedores, en el que se aprecia explícitamente el efecto de atracción material del

⁴⁴⁰ PEREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis attractiva concursal*, Madrid, 2007, pág. 8.

concurso, pues todos los acreedores del deudor son integrados *ex lege*, en la masa pasiva excepto en los casos contemplados legalmente y del él se infiere el efecto de atracción procesal.

El principio de la *par conditio creditorum*, es una de las bases sobre las que descansa nuestro sistema concursal, garantizando un grado de igualdad aceptable entre los acreedores, frente al sistema de ejecución tradicional. Para alcanzar dicha igualdad resulta necesario evitar que se puedan producir ejecuciones singulares en el patrimonio del concursado siendo necesario, en consecuencia, que las ejecuciones pendientes sean reconducidas hacia un único proceso de ejecución sobre el patrimonio del deudor dentro del concurso de acreedores, esto es, la liquidación.

Ahora bien, si bien es cierto que la igualdad entre los acreedores sirve de justificación para la acumulación de las ejecuciones singulares en una única ejecución general, no puede justificar que sean traídos al concurso otros procesos en fase declarativa. Y ello es así porque los créditos que se discuten en esos procesos, en el estado procesal en el que se encuentran, no pueden afectar aún a la configuración de la masa pasiva. Por consiguiente, vemos que no resulta de la *par conditio creditorum* una fundamentación suficiente de la *vis attractiva*.

Existe la posibilidad de justificar la concentración de los procedimientos en uno solo en aras de una mejor determinación de la masa del concurso. En la medida de que si se trata de un único juez quien conoce de todos los procesos, ello facilitará la realización del inventario y el reconocimiento de los créditos. Ahora bien, la realización del inventario no le corresponde al juez que conoce del concurso sino a la administración concursal, y dado el grado de profesionalidad que se requiere al administrador o administradores, no parece lógico que la existencia de procesos dispersos pueda ocasionar la formación de un inventario defectuoso.

Podríamos sostener como motivo que justifique la atracción de nuevos juicios declarativos el hecho de que al ser el juez del concurso quien resuelva los mismos redundaría en una mayor celeridad, en la medida de que evita la existencia de pronunciamientos pendientes que puedan afectar a la determinación de la masa. Si junto al concurso existen una pluralidad de procedimientos ordinarios, la determinación de la masa se vería afectada cada vez que se declarase la existencia de un crédito, lo cual redundaría en una mayor complejidad y en una menor celeridad del concurso. La mayor complejidad deviene por el hecho de que se deberían tratar como créditos contingentes

de conformidad con el artículo 87.3 de la LC lo que implica que queden reconocidos sin cuantía y sus titulares privados de derecho de voto y de cobro hasta la firmeza la resolución o su posibilidad de ejecución provisional, momento en el que pasarían a ser créditos reconocidos. Tal complejidad es un problema insalvable por medio del efecto de *vis attractiva* pues, aunque de tales créditos conozca el juez del concurso por vía del incidente concursal, en tanto que no dicte sentencia y la misma sea firme o ejecutable dichos créditos tienen la condición de contingentes.

Por consiguiente, si no es posible que el proceso concursal sea menos complejo solo podrá ser más rápido. La celeridad impregna la totalidad de la Ley Concursal y se puede inferir sin dificultad alguna de los breves plazos que se conceden para la realización de las actuaciones procesales en comparación con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de forma muy evidente en el procedimiento elegido para tramitar las cuestiones de las que deba conocer el juez del concurso con fundamento en la *vis attractiva*, el incidente concursal.

Si examinamos someramente el artículo 194 de la LC nos damos cuenta de que regula el incidente concursal como un procedimiento especial con unas normas de tramitación diferentes al juicio ordinario o al antiguo juicio verbal contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se inicia mediante demanda de la cual, una vez admitida a trámite por el propio juez mediante providencia, se le dará traslado a la parte demandada para que conteste por escrito en el plazo de 10 días y solo se citará a las partes a la vista si las partes han solicitado medios de prueba que hayan de ser practicados en el acto de la vista. Actualmente esta regulación no supone una gran diferencia respecto de las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a los juicios verbales. Sin embargo, previamente a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, la diferencia era ostensible.

La principal especialidad que podemos destacar a los fines de nuestra investigación es que el incidente concursal se aplica con independencia del tipo de cuantía del objeto que ha sido atraído al concurso de acreedores. En consecuencia, una demanda que en principio debiera de ventilarse por los cauces del juicio declarativo ordinario, si va a conocer de ella el juez del concurso por efecto de la *vis attractiva* pasará a tramitarse mediante el incidente concursal lo que reduce el tiempo de tramitación de forma ostensible, pues ni hay audiencia previa, el plazo para contestar a la demanda se reduce

a la mitad y, si no se ha propuesta más prueba que la documental, se dictará sentencia sin necesidad de celebrar la vista. Aunque esto último también ocurre en el ordinario tras la audiencia previa.

De cuanto llevamos expuesto podemos concluir en el sentido de que la *vis attractiva* en relación con la atracción al concurso de los nuevos juicios declarativos ordinarios tiene como fundamento dotar a la tramitación de los mencionados procesos y al propio concurso una mayor celeridad. Más lejos que nosotros llega ALONSO-CUEVILLAS SAYROL quien sostiene que el único fundamento válido de la institución de la *vis attractiva* es acelerar la tramitación del proceso concursal evitando las dilaciones en su conclusión.⁴⁴¹ PÉREZ DEL BLANCO precisa que más que una mayor celeridad del concurso se consigue una uniformidad temporal que abarca la resolución y tratamiento de las relaciones jurídicas de las que forma parte el concursado.⁴⁴²

Podríamos tratar de fundamentar la competencia del juez del concurso atendiendo a la especialidad del juez del concurso. Si bien es cierto que en cuestiones mercantiles es posible que tenga un mejor conocimiento que un juez de primera instancia, no es menos cierto que algunas materias de las que va a conocer, nada tienen que ver con la materia mercantil cuyo conocimiento le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial. Podemos citar, por ejemplo, una reclamación por los salarios de los trabajadores, en cuyo caso el principio de especialidad obligaría a que tuviese que conocer el juez de lo social. Sin necesidad de buscar un ejemplo tan obvio como el anterior, dentro del mismo orden jurisdiccional civil, si se trata de una acción de responsabilidad civil por daños frente al concursado la especialidad del juez de lo mercantil resulta absolutamente irrelevante. Por consiguiente, la especialidad de dicho órgano jurisdiccional no es motivo suficiente para justificar la atracción. A mayor abundamiento, la actual novedad a la que ya nos hemos referido sobre la competencia del juez de primera instancia para conocer del concurso de deudores personas físicas no empresarios viene a corroborar nuestra tesis, pues si un juez de primera instancia puede conocer de un concurso es evidente que perfectamente puede retener su competencia natural en perjuicio del juez de lo mercantil atendiendo a un criterio de especialidad.

⁴⁴¹ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: *La vis attractiva del proceso concursal*, Navarra, 2007, pág. 81 y 82.

⁴⁴² PEREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis attractiva concursal*, Madrid, 2007, pág. 50

Podríamos preguntarnos acerca de si existe una motivación implícita y que el Legislador no muestra abiertamente como sería un cierto recelo a los jueces de primera instancia. En opinión de PEREZ DEL BLANCO⁴⁴³, el motivo que subyace en esta regulación no es otro que una desconfianza, por un lado, hacia el concursado que puede cometer fraudes en los procesos en los que sea parte y, de otra parte, también existe cierta desconfianza hacia el resto de órganos jurisdiccionales, al detraer de su conocimiento asuntos que les son propios.

Para evitar los posibles fraudes, existen mecanismos tales como la limitación de la capacidad procesal del deudor y las acciones de reintegro. Ahora bien, mediante el empleo de esta fórmula, se consiguen unas mayores garantías, pues no va a ser necesario acudir a mecanismos reparadores como son las acciones de reintegración.

A modo de conclusión, podemos concluir que, del mismo modo que no existe un único efecto de la *vis attractiva* tampoco existe un único fundamento de la misma. Cada una de sus vertientes queda, en mayor o en menor medida, fundamentada en un motivo. Así la atracción de las ejecuciones puede fundarse en el principio de la *pars conditio creditorum*, mientras que la atracción de las nuevas acciones declarativas se fundamenta en una mayor celeridad al proceso y en facilitar su labor a la administración concursal, así como en una disminución de las posibilidades de fraude del deudor.

Examinados los fundamentos debemos preguntarnos hasta qué punto es recomendable que un único juez conozca de todas las causas en las que el concursado sea parte, pues ello podría afectar gravemente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española de la tutela judicial efectiva, concretamente, al derecho a un juez ordinario determinado por la ley.

Inmediatamente deberemos descartar tales dudas, pues la competencia del juez del concurso viene determinada en la ley, tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en la Ley Concursal. Cabría preguntarse acerca del carácter ordinario del juez del concurso en relación con el juez de primera instancia. En este sentido no cabe confundir la especialización del juez del concurso con la especialidad del órgano. El juez del concurso es un juez ordinario en la medida que ha obtenido su plaza de acuerdo con las

⁴⁴³PEREZ DEL BLANCO, G., *Op. Cit*, Madrid, 2007, pág. 53.

previsiones legales existentes al respecto mediante un concurso oposición y ha obtenido su plaza de conformidad con las normas reguladoras del acceso a la carrera judicial.

Por lo expuesto se dan todos los requisitos que ha de reunir según la doctrina del Tribunal Constitucional acuñada en su Sentencia de 31 de mayo de 1987 y reiterada en otras muchas resoluciones posteriores sobre el carácter ordinario del juez.⁴⁴⁴ Por lo expuesto, podemos concluir que el juez de lo mercantil es un órgano jurisdiccional ordinario dado que su creación así como la atribución de sus funciones y el nombramiento de su titular vienen establecidos por la ley, lo que disipa cualquier duda acerca de su adecuación al principio del juez ordinario predeterminado por ley enunciado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Cuestión diferente es que la atribución de competencias que recibe en detrimento de otros órganos jurisdiccionales quede plenamente justificada. Creemos que, una vez examinados los disintos fundamentos de la *vis attractiva*, no están del todo justificadas las alteraciones de la competencia, por lo que, en nuestra opinión, tal efecto debería quedar limitado a las ejecuciones pendientes, que son el núcleo duro del concurso y en donde ha de regir plenamente la *par conditio creditorum*. En nuestra opinión las acciones que se interpongan una vez declarado el concurso deberían tramitarse ante el órgano jurisdiccional al cual le vengán atribuidas en las normas sobre competencia objetiva, quedando los derechos de las partes debidamente salvaguardados en el concurso mediante el reconocimiento de los créditos litigiosos.

⁴⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de mayo de 1983, Fundamento Jurídico Segundo: *“Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta -y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Vínculo a legislación y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Vínculo a legislación-, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.*

Es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas <<necesidades del servicio>>-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado.”

A nuestro juicio existe una razón imperiosa de tipo práctico. Los plazos establecidos en la Ley Concursal raramente se cumplen dada la enorme saturación existente en los juzgados de lo mercantil y la sobrecarga de trabajo que conlleva el conocimiento de las acciones declarativas atraídas al concurso por el efecto de *vis attractiva* lejos de hacer más rápido el concurso, lo van a ralentizar más, mientras que, si se tramitan ante el juez de primera instancia, por lo general, van a ser resueltas en un menor tiempo.

En segundo lugar y desde un punto de vista estrictamente procesal, no nos parece lo más adecuado que determinadas demandas que han de ventilarse por los cauces del juicio declarativo ordinario sean tramitadas mediante el incidente concursal que bien podría equipararse con un juicio verbal. Todas estas razones nos llevan a concluir que, lo más adecuado sería limitar el efecto de la *vis attractiva* a los procesos de ejecución.

C. Efectos procesales de la declaración del concurso sobre los procedimientos declarativos.

La trascendencia patrimonial de la declaración de concurso es de tal magnitud que alcanza a un gran número de procedimientos declarativos en los que el concursado es o va a ser parte, más concretamente afecta a las acciones declarativas con contenido patrimonial. Los artículos 50 a 52 de la LC se encargan de regular el efecto de *vis attractiva* en los procedimientos declarativos tanto jurisdiccionales como arbitrales.

De la regulación se extrae un momento clave, la declaración del concurso. A grandes rasgos el legislador ha querido que aquellos procesos declarativos dirigidos frente al concursado que pueden tener consecuencias en la determinación de la masa concursal, sean alcanzados de lleno por el efecto de atracción del concurso. Por el contrario, aquellos procedimientos que, aun pudiendo afectar a la determinación de la masa, ya se encontraran pendientes en el momento de la declaración del concurso, van a continuar tramitándose ante el órgano jurisdiccional que ya venía conociendo de los mismos con alguna excepción. Por ello, litispendencia y declaración de concurso son determinantes en el tratamiento normativo y en el grado de atracción del concurso.

a) El efecto de atracción del concurso en los nuevos juicios declarativos.

El artículo 50 de la LC es el encargado de regular cómo opera el efecto de atracción sobre los nuevos juicios declarativos, estableciendo que los jueces de primera instancia y de lo social no admitirán demandas de las que deba conocer el juez del concurso, remitiéndose al artículo 8 de la propia LC.

Cuando analizábamos la competencia del juez del concurso tuvimos ocasión de examinar que existía una competencia general para conocer del concurso y una competencia derivada de la *vis attractiva*. A fin de no reiterarnos en lo ya expuesto nos remitimos a lo dicho en relación con la competencia del juez del concurso derivada de la *vis attractiva*.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 86 ter contiene una norma de competencia objetiva. Dentro del orden jurisdiccional Civil, la competencia objetiva debe de repartirse en primera instancia entre dos órganos jurisdiccionales: de una parte, nos encontramos con el juzgado de lo mercantil y de otra con el juzgado de primera instancia. La fórmula empleada en el reparto competencial es sencilla: el legislador opta por realizar una enumeración competencial en favor del juzgado de lo mercantil, y establece una *vis attractiva* residual en favor del juzgado de primera instancia. De este modo todas aquellas materias que no se encuentren atribuidas al juzgado de lo mercantil, quedan bajo la competencia objetiva del juzgado de primera instancia.

El artículo 50 de la LC en puridad no es, ni mucho menos, una norma que determine competencia alguna que como ya hemos dicho quedan reguladas en el artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 8 de la LC, sino que, en sentido estricto, regula el efecto que produce el incumplimiento de las normas de competencia.

Examinando el tenor literal de dicho precepto lo que regula es el modo en que ha de proceder el órgano jurisdiccional al que le llegue una demanda que adolezca de una falta de competencia objetiva.

Establece el mencionado precepto que, cuando se admitan indebidamente dichas demandas, se ordenará el archivo y lo actuado carecerá de validez. El artículo 50 de la Ley Concursal establece en consecuencia el tratamiento procesal de la falta de competencia por lo que debemos criticar su tratamiento sistemático. El contenido del mencionado precepto determina que debiera de haber sido recogido junto con el resto de normas relativas a la jurisdicción y a la competencia del juez del concurso.

En relación con la sanción de nulidad prevista en el artículo 50 de la LC entendemos que la misma resulta irrelevante habida cuenta de que las normas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen en el artículo 255 que son nulos de pleno derecho los actos procesales realizados ante órganos jurisdiccionales que

carezcan de competencia objetiva. Resulta obvio que las normas relativas a la competencia derivada de la *vis attractiva* son normas que determinan la competencia objetiva y que por tanto la vulneración de las mismas es motivo para que se declare la nulidad de actuaciones.

Cuestión distinta tiene lugar cuando se trata de la competencia objetiva de órganos jurisdiccionales que pertenecen a distintos órdenes jurisdiccionales. En estos casos, y a diferencia de lo que sucede con el juzgado de primera instancia, dichos órganos tienen atribuida la competencia objetiva de la que va a conocer el juzgado de lo mercantil por lo que si resulta necesario una norma que establezca la prevalencia del juzgado de lo mercantil.

La norma que provoca el efecto de atracción es el propio artículo 86 ter a establecer que la competencia del juzgado de lo mercantil es excluyente. La exclusión priva de efecto a las normas de competencia objetiva que atribuyesen el conocimiento de las materias enumeradas en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Podemos concluir que, en puridad, el artículo 50 de la LC no provoca la atracción al proceso concursal de las nuevas acciones patrimoniales de las que debe de conocer el juez del concurso, sino que el efecto de *vis attractiva* deriva de las previsiones sobre la competencia objetiva del juzgado de lo mercantil cuyo presupuesto objetivo es que se haya declarado el concurso. El mencionado precepto regula el tratamiento procesal de la *vis attractiva*, el cual, no supone ninguna novedad en relación con la regulación general de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentado lo anterior, el artículo 50 de la LC tiene una importante aplicación práctica para la denuncia de la falta de competencia, que bien merece la justificación de su existencia. Como es bien sabido, la parte solamente puede denunciar la falta de competencia mediante la declinatoria sin perjuicio de que sean controladas de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso tal y como disponen los artículos 48 y 49 de la LEC. El mandato contenido en el artículo 50 de la LC dirigido a los órganos jurisdiccionales ordenando que se abstengan de conocer sobre aquellas materias de las que ha de conocer el juez del concurso por el efecto de atracción, permite a la parte que pretenda alegarla dicha infracción procesal no tener que acudir a la declinatoria, sino que podrá recurrir el decreto de admisión por vía del recurso de reposición, fundamentando el mismo, no ya en las normas sobre competencia objetiva, sino en la infracción del artículo 50 de la LC.

b) El efecto de atracción del concurso sobre los procedimientos declarativos litispendientes.

La Ley concursal en su artículo 51 regula en qué medida afecta la declaración de concurso a los procedimientos declarativos pendientes en los que sea parte el concursado en el momento de la declaración. Toda vez que hemos analizado el efecto de atracción sobre los nuevos juicios declarativos, resulta examinar regular el efecto de *vis attractiva* sobre los procedimientos pendientes.

La vigente Ley Concursal parte de la premisa de que el efecto de atracción no puede ser de la misma intensidad que cuando la acción no ha sido ejercitada. Podríamos afirmar que dado que el concurso no ha sido declarado todavía, es obvio que el órgano jurisdiccional que tenga atribuido su conocimiento comience a conocer. Ahora bien, declarado el concurso, podría sostenerse que dicho procedimiento debería ser atraído al concurso operando sobre el mismo la *vis attractiva* y ello en base a que los efectos que dicho juicio declarativo va a tener sobre el concurso son exactamente los mismos que cualquier juicio declarativo ordinario en el que el concursado sea parte una vez declarado el concurso, es decir, atendiendo a un criterio de coherencia. En este sentido se pronuncia PÉREZ DEL BLANCO al sostener que, por coherencia, lo más sencillo hubiera sido suspender y reenviar al concurso los procedimientos pendientes.⁴⁴⁵

De hecho, este era el sentido del Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 al disponer su artículo 19 que una vez declarado el concurso, los acreedores no podrán continuar acciones individuales contra el deudor común, sin perjuicio del derecho que tienen de insinuar sus créditos en el concurso en la forma establecida en la Ley.

En nuestra opinión, la fórmula empleada por el artículo 51 de la LC debió haber sido empleada, con carácter general, para todos los juicios declarativos en los que el concursado fuera parte con independencia de si eran previos o posteriores a la declaración del concurso, pues como tendremos ocasión de ver el mencionado precepto respeta la competencia objetiva del resto de órganos jurisdiccionales y únicamente afecta determinadas competencias funcionales. Ello redundaría en una alteración mínima del presupuesto procesal de la competencia objetiva, aunque se aleje del fin perseguido

⁴⁴⁵ PÉREZ DEL BLANCO, G.: *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis attractiva concursal*, Madrid, 2007, pág. 189.

por el legislador concursal de agilizar el proceso concursal y daría lugar a una *vis attractiva* atenuada.

No obstante, la realidad es que el legislador ha optado por establecer un régimen de atracción diferente según se traten de procedimientos pendientes o nuevos procedimientos, por lo que vamos a examinar el régimen establecido en el artículo 51 de la LC.

Dispone el artículo 51 de la LC que, como norma general, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. Tal previsión se fundamenta, tal y como señala GONZÁLEZ MONTES⁴⁴⁶, en la necesidad de que lo primordial es evitar la fase de ejecución de los procesos litispendentes que es la que verdaderamente puede afectar al proceso concursal.

A renglón seguido, el artículo 51 de la LC establece una excepción a la anterior regla al prevenir que 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. Lo primero que debemos abordar es el ámbito de aplicación del mencionado precepto del que, a simple vista, nos encontramos con tres elementos uno objetivo, otro subjetivo y un tercero, temporal.

- **Ámbito de aplicación del artículo 51 de la Ley Concursal.**

Comenzaremos analizando el elemento objetivo: los juicios declarativos. El artículo 51 va a entrar en juego únicamente cuando nos encontremos ante un juicio declarativo. En principio, si acudimos al artículo 248.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone el mencionado precepto que son juicios declarativos el juicio ordinario y el juicio verbal. Nos encontramos ahora con la siguiente pregunta, ¿el proceso monitorio y el cambiario, son procedimientos declarativos?

⁴⁴⁶ GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Acumulación en el concurso: Acciones declarativas y ejecutivas” en AAVV *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, pág. 270.

En relación al procedimiento monitorio CALAMANDREI ya en el año 1929 señalaba que se trataba de un proceso declarativo especial.⁴⁴⁷ En este sentido CORDÓN MORENO señala que tanto la ubicación como el hecho de que los documentos que acompañan a la solicitud no sean títulos ejecutivos hacen que deba de descartarse el carácter ejecutivo en favor de la naturaleza declarativa del proceso monitorio.⁴⁴⁸

En relación al juicio cambiario, señala CORDÓN MORENO, que con la reforma operada con la promulgación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil el juicio cambiario perdió su naturaleza jurídica de procedimiento especial de ejecución para convertirse en un procedimiento declarativo especial.⁴⁴⁹

Tanto el primero como el segundo dan lugar a una concreta resolución judicial que va a ser el título ejecutivo. Por lo tanto, la tutela jurisdiccional solicitada no puede ser en modo alguno ejecutiva, sino que es declarativa: se declare el derecho al cobro de una determinada cantidad cuyo reconocimiento en la correspondiente resolución judicial es precisamente el título ejecutivo que permitirá a la parte beneficiada por la misma instar el correspondiente proceso de ejecución.

Si la naturaleza jurídica es una cuestión que no preocupa demasiado cuando se interpone uno de ambos procesos especiales, cuando el deudor sea parte del proceso sí que tiene una importante relevancia práctica y ello en base a que si la naturaleza jurídica fuera diferente a la declarativa, esto es, se considerasen procesos ejecutivos, los mismos saldrían del ámbito de aplicación del artículo 51 de la LC y entrarían dentro de la órbita del artículo 55 de la precitada Ley siendo irremediabilmente atraídos al concurso por el efecto de la *vis attractiva* en lugar de seguir sustanciándose de forma separada al concurso.

Menores dudas plantean los procedimientos especiales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil pues en los mismos, se observa sin dificultad alguna que se pretende del tribunal una tutela idéntica a la que puede pretenderse en cualquier proceso declarativo, sin embargo, al tener por objeto determinadas materias que afectan al orden

⁴⁴⁷ CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, págs. 24 y ss.

⁴⁴⁸ CORDÓN MORENO, F., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: *Comentarios a la Ley Concursal*, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, págs. 592 y ss.

⁴⁴⁹ CORDÓN MORENO, F., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: *Comentarios a la Ley Concursal*, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, pág. 590.

público la Ley de Enjuiciamiento Civil los regula de forma separada para establecer determinadas reglas especiales en su tramitación en atención a la especialidad de su objeto. Por ello podemos concluir que los mismos son procedimientos declarativos, eso sí, especiales y que por consiguiente a los mismos les resulta de aplicación el artículo 51 de la LC.

Hemos de advertir que si en los anteriores procesos declarativos se pretenden adoptar medidas cautelares habrá que tener muy en cuenta el momento en el que se haya declarado el concurso. En este sentido, si el concurso no ha sido declarado aún es evidente que las medidas cautelares serán adoptadas por el órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso declarativo en primera instancia, en segunda instancia o en casación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, cuando se haya declarado el concurso, la *vis attractiva* opera plenamente sobre las medidas cautelares pues como ya hemos tenido ocasión de examinar, el artículo 8 de la LC en su apartado 4º establece la competencia del juez del concurso para conocer de las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado. Ahora bien, debemos de hacer una importante matización llegados a este punto. Establece el mencionado precepto que se trate de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, lo que implica necesariamente que la medida cautelar se dirija frente al patrimonio del concursado.

Tal y como veremos más adelante, el artículo 51 de la LC no se circunscribe a las acciones en las que el concursado sea parte demandada, sino que también se extiende a las que sea parte actora. Luego en los casos en los que el concursado sea parte actora y se aplique el artículo 51 de la LC, si el concursado solicita la adopción de una medida cautelar de la misma conocerá el juez que esté conociendo del proceso principal según las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil anteriormente expuestas. Por el contrario, si la medida cautelar se dirige frente al deudor caben diferenciar dos supuestos: que se solicite con anterioridad a la declaración del concurso, en cuyo caso conocerá el órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso donde se vaya a adoptar o, si el proceso aún no se ha iniciado, conocerá el órgano jurisdiccional que tenga atribuido su conocimiento; el segundo de los supuestos es que, con anterioridad a la solicitud de adoptar medidas cautelares, se haya declarado el concurso y en este caso de la adopción de dicha medida conocerá el juez del concurso.

Hemos de plantearnos también el problema de qué ha de hacerse en relación con las medidas de aseguramiento de bienes que hayan podido acordarse por la adopción de las medidas cautelares, en particular, si las mismas deben suspenderse o deben de mantenerse. CORDON MORENO sostiene que tratándose de embargos de bienes debe mantenerse el criterio de que los mismos sean suspendidos quedando los bienes afectos al concurso tal y como disponía el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos.⁴⁵⁰ Por su parte MARÍN LÓPEZ coincide con el mencionado autor en que la suspensión de las medidas cautelares adoptadas garantiza que no quede afectada la masa activa del concurso.

Entre la escasa jurisprudencia que se pronuncia sobre las medidas cautelares en este caso concreto podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona que establece que la declaración de concurso no es óbice para el mantenimiento del embargo preventivo acordado previamente a la declaración del concurso sin perjuicio de las limitaciones ejecutivas que el concurso provoca sobre la medida cautelar.⁴⁵¹

En nuestra opinión la suspensión de embargos y administraciones judiciales constituidas sobre el patrimonio del concursado permite compatibilizar la tutela cautelar existente previamente a la declaración del concurso con la necesaria protección del patrimonio del deudor frente a ejecuciones singulares. No debemos olvidar que la medida cautelar tiene por objeto asegurar un futuro pronunciamiento el cual, mientras que dure el concurso, no podrá llevarse a cabo al quedar suspendidas las ejecuciones y apremios frente al patrimonio del concursado, determinando de este modo que la suspensión de los embargos y de las administraciones judiciales que se hubieran

⁴⁵⁰ CORDÓN MORENO, F., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: Comentarios a la Ley Concursal, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, págs. 601 y 602.

⁴⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 16 de octubre de 2008, Fundamento Jurídico Segundo: *Las alegaciones del recurso sobre la solicitud de concurso voluntario, como garantía de protección de los acreedores frente a una situación de insolvencia, no son impedimento para mantener este embargo preventivo decretado antes de la declaración de concurso.*

No es aplicable al supuesto enjuiciado la jurisprudencia invocada relativa a medidas cautelares solicitadas antes de la declaración de concurso, que fueron adoptadas con carácter previo habiendo sido interpuesta la demanda con posterioridad a la declaración de concurso y no como ocurre en este caso en el que ha sido planteada la demanda y decidida la adopción de la medida cautelar con anterioridad a la declaración judicial del concurso.

Si bien está limitada la eficacia ejecutiva de la medida cautelar que afecta al patrimonio del concursado tras la declaración del concurso, ello no significa que no pueda ser adoptado el embargo preventivo en el presente proceso civil, sin perjuicio de las consecuencias que la declaración del Concurso pueda tener respecto a la acumulación, lo que es una cuestión ajena a la procedencia de la medida cautelar decretada anteriormente de conformidad con los arts. 8.4º y 51 LC, en relación con el art. 86 ter, 4º LOPJ.

acordado frente al patrimonio del concursado deba quedar igualmente en suspenso. Así mismo con la declaración del concurso los derechos singulares que ostente el acreedor que hubiera instado el embargo quedarían garantizados por el propio concurso.

Una vez examinado el elemento material procede examinar el elemento temporal. El artículo 51 de la LC se aplicará a aquellos procedimientos que se encuentren pendientes en el momento de la declaración del concurso. Por procedimientos pendientes hemos de entender aquellos en los que haya comenzado el efecto de la litispendencia por lo que hemos de acudir a las reglas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispone el artículo 410 de la citada norma que la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda una vez que sea admitida.

En la práctica pueden plantearse dudas sobre el elemento temporal, el cual tiene mucha importancia puesto que del mismo dependerá que nos encontremos dentro del ámbito del artículo 50 de la Ley concursal o del artículo 51 de la citada disposición.

Pueden aparecer dudas cuando en el procedimiento monitorio hay oposición y durante la tramitación del monitorio se declara el concurso antes de que tenga lugar la apertura del juicio verbal o del juicio declarativo ordinario. Más concretamente, el juicio verbal que se inicia de forma directa tras la oposición, ¿es un nuevo proceso declarativo o es continuación de la petición inicial? El procedimiento monitorio termina cuando el deudor se opone tal y como dispone el apartado primero del artículo 818 de la LEC⁴⁵², abriéndose en ese momento un nuevo proceso declarativo atendiendo a la cuantía.

El problema es que cuando la solicitud es superior a los seis mil euros, el solicitante del monitorio, tras la oposición, deberá interponer una demanda a la que le serán de aplicación las previsiones legales contenidas en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mientras que, cuando se ventila por los trámites del juicio verbal, no se interpone demanda alguna, sino que la petición inicial hace las veces de demanda, por lo que surge la duda de cuándo se ha admitido a trámite la misma: si cuando se admitió el monitorio o cuando se emplaza a la parte demanda.

En nuestra opinión, y partiendo de la base de que la petición inicial de procedimiento nos es una auténtica demanda que pueda desplegar plenos efectos de

⁴⁵² Artículo 818.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada.*

cosa juzgada tal y como señala la Audiencia Provincial de Sevilla en su Sentencia de 13 de junio de 2014⁴⁵³, hemos de considerar que la preclusión tiene lugar con la demanda del juicio verbal y, como la misma no tiene lugar, ante la imposibilidad de dotar de a la petición inicial del efecto de litispendencia, necesariamente deberá venir determinada por el decreto que dicta el Secretario dando por terminado el proceso monitorio y citando las partes a la vista.

Podemos concluir que cuando exista un procedimiento monitorio pendiente en el momento de la declaración del concurso y medie oposición, el nuevo juicio declarativo quedará dentro del ámbito del artículo 50 de la LC si el decreto del Secretario dando por terminado el monitorio y citando a las partes para la vista es posterior a la declaración del concurso. Si fuese anterior a la declaración del concurso quedará dentro del ámbito temporal del artículo 51 de la LC.

A la vista de lo expuesto hemos de concluir en el sentido de que el elemento temporal es clave para determinar la competencia para conocer del juicio declarativo. Con carácter general las acciones que sean anteriores a la declaración del concurso quedarán dentro del ámbito del artículo 51 de la LC y se tramitarán de forma separada al concurso. Por el contrario, aquellas demandas que sean posteriores a la declaración del concurso serán atraídas al concurso por el efecto de la *vis attractiva* del artículo 50 de la LC.

En último lugar solo nos resta referirnos al elemento subjetivo. El artículo 51 de la LC se aplicará a aquellos a aquellos procesos en los que el deudor sea parte. No aclara el mencionado precepto qué posición procesal ha de mantener el deudor, esto es, si se aplica a los procesos en los que el deudor sea parte actora, demandada o a ambas. En este supuesto entendemos que rige el principio *ubi lex non distinguit, nec nos*

⁴⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de junio de 2014, Fundamento de Derecho Segundo: “*Un proceso monitorio no comienza por demanda ni necesariamente termina por sentencia que produzca los efectos de cosa juzgada. Para ello es preciso, cuando la cuantía es la que corresponde a un juicio ordinario, para que se inicie la litispendencia que el deudor se oponga y que el solicitante presente demanda en el plazo establecido en el artículo 818.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, aun cuando el proceso monitorio debe considerarse como un único procedimiento, según ha dicho esta misma Sección en otras ocasiones, los efectos de la litispendencia cuando haya de seguirse el trámite del juicio ordinario no se producen sino desde que el solicitante presenta demanda conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes de la citada Ley. Al respecto el citado artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro cuando establece que los efectos de la litispendencia se producen desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En el caso de autos la demanda en el proceso monitorio se presentó con posterioridad a la que dio origen al presente litigio, por lo que la misma no puede producir el efecto de litispendencia en este proceso que pretende la apelante.*”

*distinguere debemus.*⁴⁵⁴ En base a dicho principio podemos afirmar que el elemento subjetivo del artículo 51 de la LC, salvo en lo atinente a la excepción que más adelante examinaremos, se extiende a cualquier proceso en el que el concursado sea parte.

La cuestión se complica cuando existen pluralidad de partes junto con el demandado. Es posible que el concursado no intervenga en el proceso desde el principio, sino que se incorpore en un momento posterior a la admisión de la demanda. Nos encontramos en el supuesto de una intervención voluntaria contemplado en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta intervención implica que desde el momento en el que el deudor es parte del proceso declarativo entran en juego las previsiones de los artículos 50 y 51 de la LC. De forma que si la intervención tiene lugar antes de que se declare el concurso el procedimiento declarativo seguirá tramitándose de forma separada al concurso con fundamento en el artículo 51 de la LC. Por el contrario, cuando la intervención tenga lugar una vez declarado el concurso la competencia para conocer del proceso declarativo ordinario será del juez del concurso.

▪ **La continuación separada de los juicios declarativos pendientes.**

Una vez que hemos examinado el ámbito de aplicación del artículo 51 de la LC hemos de abordar la concreta previsión normativa. El mencionado precepto contiene una norma general y otra especial. La norma general prevé que los juicios declarativos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación van a continuar tramitándose ante el órgano jurisdiccional que estuviera conociendo de ellos hasta que recaiga sentencia firme. Si bien el legislador ha empleado el término sentencia firme hubiera sido más correcto el empleo del término resolución pues es posible que en lugar de proceder el dictado de una sentencia tenga lugar el dictado de un auto. Sin embargo, hemos de centrar nuestro interés no tanto en la clase de resolución procesal sino en la firmeza de la misma.

El artículo 51 de la LC, como norma general, permite que las acciones iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso se sustancien totalmente al margen del concurso con la salvedad de las medidas cautelares y la ejecución. Por ello el criterio seguido atiende a la firmeza de la resolución que ponga fin procedimiento declarativo bien porque se han agotado los recursos frente a la misma o porque no caben los

⁴⁵⁴ Donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

mismos. La referida firmeza de la sentencia es el paso inmediatamente anterior a solicitar el despacho de ejecución y por ello es el último trámite procesal al que el legislador le ha permitido escapar del efecto de la *vis attractiva*.

En relación con la firmeza hemos de traer necesariamente a colación la ejecución provisional de sentencias. Como es bien sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula en sus artículos 524 y siguientes la ejecución provisional que, con carácter general, es aquella que se solicita cuando se obtiene un determinado pronunciamiento favorable en primera instancia que aún no es firme y frente al que se interpone recurso. La ausencia de firmeza podría llevarnos a pensar de forma errónea que dicha ejecución provisional podría llevarse a cabo al margen del concurso con fundamento en el artículo 51 de la LC. Ello supondría una quiebra absoluta de los principios sobre los que descansa nuestro sistema de insolvencias porque estaríamos permitiendo una ejecución singular frente al patrimonio del concursado. Es por ello que la ejecución provisional, por mucho que implique la ausencia de firmeza excede de la órbita de los procedimientos declarativos y entra en la esfera de los procedimientos de ejecución y es alcanzada de lleno por la *vis attractiva* del artículo 55 de la LC que determina la paralización de las ejecuciones y apremios sobre el patrimonio del concursado. CORDON MORENO⁴⁵⁵ señala que la ejecución provisional debe de quedar excluida del ámbito de aplicación del artículo 51 de la LC.

En síntesis, la norma general contenida en el artículo 51 de la LC permite que las acciones declarativas que se han iniciado con anterioridad a la declaración del concurso se puedan seguir tramitando sin ser alcanzadas por la *vis attractiva* concursal hasta que ganen firmeza.

- **La acumulación al concurso de determinadas demandas.**

Por excepción, a la anterior prevención legal, el párrafo segundo del artículo 51 de la LC contempla un supuesto concreto en el que pese a quedar dentro del ámbito de aplicación del mencionado artículo, se va a producir la atracción al concurso. Dispone el mencionado precepto que: 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

⁴⁵⁵ CORDÓN MORENO, F., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: *Comentarios a la Ley Concursal*, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, pág. 601.

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.

Si analizamos con detenimiento la anterior previsión normativa nos encontramos en primer lugar con la delimitación del ámbito de aplicación, la cual atiende a un criterio *rationae materiae*. El ámbito de aplicación material es plenamente coincidente con la atribución de competencia al juez del concurso enunciada en el apartado séptimo del artículo 8 de la LC.⁴⁵⁶ Si ponemos en relación ambos preceptos resulta que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 8 de la LC, el único órgano jurisdiccional competente para conocer de dicha materia es el juez del concurso. Ahora bien, es posible que previamente a la declaración del concurso se venga tramitando una acción de reclamación de responsabilidad a un administrador de hecho o de derecho de la sociedad que posteriormente ha sido declarada en concurso. Aplicando las normas generales contenidas en el artículo 51 de LC resultaría que dicha demanda, pese a ser competencia exclusiva del juez del concurso se seguiría tramitando ante un juez distinto. Para evitar tal contrasentido el legislador ha previsto la acumulación al concurso.

En nuestra opinión, no resulta del todo punto acertado el empleo del término acumulación que hace el legislador pues tal y como ya tuvimos ocasión de exponer anteriormente al referirnos a la naturaleza jurídica de la *vis attractiva* no se dan los requisitos generales de la institución procesal de la acumulación. En este caso concreto lo único que opera es un cambio en el órgano jurisdiccional que va a conocer del proceso el cual se mantiene absolutamente inalterado y como excepción, en lugar de tramitarse por los cauces del incidente concursal tal y como preceptúa el artículo 192 de la LC⁴⁵⁷, se va a ventilar por la clase de juicio que se viniera tramitando.

⁴⁵⁶ Artículo 8.7º de la LC: “Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.”

⁴⁵⁷ Artículo 192 de la LC: “1. 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. 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 artículo 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51.”

Por consiguiente la excepción contenida en el artículo 51 de la LC permite resolver el problema que se plantea en relación a un tipo de procesos declarativos que siempre son competencia del juez del concurso (los relativos a la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho y de los auditores). con independencia de cuando se haya declarado el concurso. De este modo, encontrándose pendiente un proceso de este tipo y declarado el concurso, la previsión contenida en la regla específica permite modular el efecto de la *vis attractiva* que opera sobre los anteriores procedimientos que ya se encontraban en tramitación.

Hemos de precisar que el alcance de la *vis attractiva* sobre las anteriores acciones declarativas tiene una limitación recogida en la propia norma y es la siguiente: deben encontrarse en primera instancia y no haber finalizado el acto de la vista. Los anteriores límites resultan del todo punto pertinentes, al menos a nuestro modo de entender. En relación con la limitación a la primera instancia resulta obvio que si se encuentra en segunda instancia el juez de lo mercantil ha perdido su competencia objetiva al entrar en juego las normas sobre la competencia funcional para el conocimiento del recurso de apelación. La competencia del juez del concurso para conocer de estas demandas es una competencia objetiva que por definición le atribuye el conocimiento de un determinado asunto en primera instancia. En relación al límite del acto de la vista está directamente relacionado con el principio de inmediación por el cual el juez que ha de resolver debe de ser el mismo juez que ante el que se ha practicado la prueba tal y como preceptúa el artículo 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁴⁵⁸ Sobre el principio de inmediación el Tribunal Constitucional ha declarado que se extiende más allá del proceso penal y que en el ámbito civil puede ocasionar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se respeta.⁴⁵⁹ Por los anteriores motivos nos parece del todo punto acertada la

En este último caso, el juez del concurso dispondrá lo necesario para que se continúe el juicio sin repetir actuaciones y permitiendo la intervención, desde ese momento, de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado.”

⁴⁵⁸ Artículo 194 de la LEC: *“En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.”*

⁴⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de diciembre de 2014, Fundamento Jurídico Quinto: *“Cabe decir que, sólo cuando la aportación verbal no presenciada exija un contacto directo para adquirir conocimiento de causa sobre los elementos fácticos a debate y en ella concernidos y se constituya en la única que fundamenta la resolución impugnada, o se constate, a partir de su propia motivación, que es esencial para llegar a la conclusión de hecho de la que se parte, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) impondrá (también extramuros del proceso penal) la*

redacción del artículo 51 de la LC en lo atinente al momento en el que puede producirse la *vis attractiva* de las demandas reclamando la responsabilidad de administradores y de auditores anteriores a la declaración de concurso de acreedores.

▪ **Regla especial de suspensión del artículo 51 bis de la Ley Concursal.**

El artículo 51 bis de la LC fue introducido en la reforma concursal operada por la Ley 38/2011 y contempla una regla especial que por la que se establece la suspensión de determinadas acciones declarativas pendientes. Frente a la continuación separada y la acumulación de las acciones de relativas a la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho y de los auditores, el mencionado precepto establece que se suspenderán las acciones declarativas siguientes: 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 y la acción que se reconoce a los que pongan su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la misma con fundamento en el artículo 1.597 del Código Civil.

La acción de responsabilidad social está prevista para determinados incumplimientos de los administradores societarios. Los motivos en los que puede fundarse dicha acción vienen recogidos en el artículo 236 de la precitada disposición.⁴⁶⁰ El ámbito de la responsabilidad social de los administradores es bastante amplio tal y como puede adverarse a simple vista puesto que se extiende a cualquier actuación dolosa o negligente de la que se derive un daño y que implique una contravención de las normas legales o estatutarias que rigen el funcionamiento de la sociedad. Sin embargo, el legislador concursal ha previsto que la *vis attractiva* alcance únicamente un tipo concreto de acción de responsabilidad: la que se fundamenta en la infracción del deber de disolver la sociedad cuando medie causa legalmente prevista para ello. El artículo

inmediación judicial de quien dicte el pronunciamiento. De suerte que, de ser el caso, será inexcusable o bien la repetición de la vista o de la diligencia de prueba correspondiente ante el Juez sentenciador, o cuando menos la reproducción del soporte audiovisual (si existiera) o la lectura del acta que documente la práctica de la prueba en presencia de los declarantes y ante el nuevo juzgador que se dispone a su valoración, pues así podrá apreciarla directamente ante ellos e intervenir en relación con la misma — con los límites que exige su neutralidad y con el designio de comprobar la certeza de elementos de hecho—, percibiendo la reacción de aquellos acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a llevarla a cabo.”

⁴⁶⁰ Artículo 236 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.”

363 de la Ley de Sociedades de Capital contempla una serie de supuestos que, en caso de concurrir, llevan aparejada la obligación legal de disolver la sociedad.⁴⁶¹ Así mismo el artículo 365 establece que los administradores deberán convocar la junta general para disolver la sociedad en el plazo de dos meses y, en caso de que la sociedad sea insolvente solicitar la declaración del concurso.

Cuando la anterior obligación sea incumplida y se ejercite la correspondiente acción frente a los administradores, en caso de que sea declarado el concurso tras la admisión a trámite de la demanda, entrará en juego la previsión del artículo 51 bis de la LC y quedarán en suspenso.

En nuestra opinión, la suspensión de una acción que van dirigida frente al patrimonio de los administradores sociales no tienen mucho sentido dado que esta acción ejercitada por la sociedad puede redundar en un beneficio para la masa activa. La suspensión hasta la terminación del concurso no hace sino perjudicar a los acreedores. De idéntico parecer al nuestro se postula GARCÍA CRUCES al sostener que no se ve en qué puede perjudicarse el interés del concurso como consecuencia de que el acreedor ejercite la pertinente acción requiriendo la responsabilidad por las obligaciones sociales que recae, en su caso, sobre los administradores de la sociedad concursada.⁴⁶² Como acertadamente señala el mencionado autor no podemos fundamentar la previsión legal del artículo 51 bis de la LC en una vulneración del principio de la *pars condictio creditorum* y ello por cuanto que la reclamación que se le hace al administrador no va dirigida frente al concursado. Sucede algo similar al afianzamiento de créditos de la

⁴⁶¹ Artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital:

“1. La sociedad de capital deberá disolverse:

- a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.*
- b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.*
- c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*
- d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.*
- e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*
- f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.*
- g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.*
- h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.”*

⁴⁶² GARCÍA CRUCES, J.A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada” en *Anuario de Derecho Concursal*, número 28 de 2013, consultado en www.westlaw.com el día 21/07/2016 referencia: BIB 2012\3148.

concurada en la que mientras que a la concursada no se le pueden ejecutar los créditos sí que se podrán ejecutar frente a los garantes tal y como veremos cuando analicemos la paralización de las ejecuciones y apremios frente al patrimonio del concursado.

Tal y como señala GARCÍA CRUCES⁴⁶³ la justificación de la suspensión vendría dada para garantizar el patrimonio del administrador para responder de una eventual responsabilidad concursal, opinión que compartimos plenamente. Por lo expuesto, podemos concluir que el artículo 51 bis apartado primero de la LC ha tratado de preservar el patrimonio del administrador para que el mismo estuviera disponible ante una eventual responsabilidad concursal.

En nuestra opinión, tal previsión resulta exagerada. Nada obstaría que se tramitase la anterior acción e incluso se adoptasen medidas cautelares y que la ejecución de la acción quedara en suspenso hasta en tanto no existiera un pronunciamiento sobre la responsabilidad concursal del administrador.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 51 bis de la LC regula otro supuesto distinto que es la suspensión de los procesos pendientes en los que se hubiera ejercitado la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil. El mencionado precepto establece que la persona que ha puesto su trabajo y los materiales para la realización de una obra tiene acción directa, no solo contra el contratista de la obra, sino que puede reclamar directamente al dueño de la obra las cantidades que le adeude el contratista. Aunque el precepto no haga mención expresa a tal circunstancia, está previsto para evitar que, en caso del concurso del contratista, los créditos del que ha puesto su trabajo y sus materiales se conviertan en créditos privilegiados.

Tal privilegio derivaría de la acción directa que ostentan frente al dueño. Quien ha puesto su trabajo y los materiales es, en principio, acreedor del contratista. Ahora bien, el artículo 1.597 del Código Civil le permite, en lugar de reclamar la deuda al contratista, hacerlo directamente al dueño. Tal circunstancia provocaría un privilegio en relación al resto de acreedores motivo por el cual el legislador ha previsto que, una vez declarado el concurso la anterior acción quede en suspenso hasta la conclusión del concurso. De este modo, las cantidades que dueño de la obra adeude al contratista formarán parte de la masa activa del concurso y se repartirán entre todos los acreedores, incluido el que puso su mano de obra y los materiales quien cobrará la parte del crédito

⁴⁶³ GARCÍA CRUCES, J.A.: Ibidem.

que le corresponda, pero dentro de la *pars conditio creditorum*. Si no mediara tal suspensión quedaría al margen del concurso y vería satisfecho íntegramente su crédito en una manifiesta ventaja sobre el resto de acreedores, lo que no parece que sea respetuoso en modo alguno con el principio de igualdad en las pérdidas.

En este sentido apunta la Audiencia Provincial de Navarra con cita de la Audiencia Provincial de Barcelona cuando señala que cuando se declara el concurso del contratista y está pendiente una demanda frente al dueño de la obra con fundamento en el artículo 1.597 del Código Civil, “alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1.597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la *pars conditio creditorum*.”⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 18 de octubre de 2013, Fundamento Jurídico Tercero: *“Hechas las consideraciones precedentes conviene señalar que el 1.597 del Código civil establece: “ Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”. Y, como es sabido, aunque quien ha realizado la obra puede reclamar el pago correspondiente al contratista que se obligó a ello, actuando contra el otro contratante y respetando así el principio de relatividad de los contratos, el Código Civil permite el ejercicio de la acción directa contra el dueño de la obra, entendiéndose que ambas obligaciones son solidarias, de manera que el subcontratista puede dirigirse indistintamente contra uno u otro, aunque el comitente o dueño de la obra solamente responderá hasta el límite que el precepto señala, así sentencias del TS de 6 de junio y de 27 de julio de 2000 , entre otras muchas. Tal acción, con arreglo a doctrina jurisprudencial reiterada, tiende a proteger los derechos de los verdaderos artífices de la obra que son quienes ponen en ella su trabajo y materiales; así se ha dicho que la razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que supone ha de buscarse en la aplicación criterios de equidad, “en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho a manera de refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que “el deudor de mi deudor es también deudor mío”.*

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en su sentencia núm. 102/2006 de 2 marzo, dictada autos de incidente concursal, al afrontar una cuestión con cierta similitud a la que se nos plantea aludía, en referencia a los problemas que la acción directa plantea en caso de concurso, del contratista, a que en tal caso se produce “...el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del Código Civil contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la Ley Concursal), que han de integrar, bajo un claro principio de

Podemos concluir que las reglas especiales contenidas en el artículo 51 bis de la LC han conseguido de una parte, armonizar el régimen de responsabilidad de los administradores previsto en la Ley de Sociedades de Capital con el previsto en la propia Ley Concursal y, de otra, adecuar la acción del artículo 1.597 del código civil al principio de la *pars conditio creditorum*. En ambos casos mediante la mera suspensión de las acciones ejercitadas en tanto dura la tramitación del concurso.

D. La *vis attractiva* y el arbitraje.

Los efectos procesales de la declaración del concurso exceden del ámbito del proceso y alcanzan de lleno a los procedimientos arbitrales. Examinaremos en el presente epígrafe cómo afecta la declaración de concurso a dichos procedimientos. *Prima facie*, resulta evidente que si una de las finalidades que se pretende con la *vis attractiva* es garantizar la universalidad del concurso, aquellos procedimientos

universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la par conditio creditorum". Más adelante decía, en relación con los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra, "que si bien el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil) no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor". Pero tal planteamiento no es ya posible desde la entrada en vigor de la Ley Concursal en cuanto que, como dice la resolución citada el "...propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.

extrajudiciales de resolución de controversias que puedan incidir en el patrimonio del deudor deberán ser alcanzados también por el efecto de la *vis attractiva*.

En este sentido, tal y como señala GONZÁLEZ MONTES⁴⁶⁵, cuando el artículo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el principio general de acumulación al concurso del resto de procesos que afecten al patrimonio del concursado hemos de interpretar el término proceso en un sentido amplio de forma que comprenda también los arbitrajes.

Cuando nos referimos al procedimiento arbitral hemos de tener en cuenta que la facultad del árbitro para dirimir un conflicto se agota en el momento en el que pronuncia el laudo, pues la potestad de ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva a la jurisdicción que es la única que tiene el *imperium* otorgado directamente por la soberanía popular.

La ejecución de los laudos firmes se lleva a cabo por los órganos jurisdiccionales mediante el proceso de ejecución de título judiciales de conformidad con las prevenciones legales de los artículos 517.2. 2º y 524 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia con lo que venimos exponiendo, la LC únicamente va a tener que examinar de forma específica qué ocurre con los procedimientos arbitrales que se encuentren en curso o que se pretendan iniciar una vez declarado el concurso.

La Ley Concursal se refiere de forma específica al arbitraje en su artículo 52 el cual contiene dos normas distintas: la primera de ellas se refiere al mantenimiento de la competencia del órgano arbitral en relación al juez del concurso para el conocimiento de nuevos procedimientos instados con posterioridad a la declaración del concurso y la segunda, determina en qué momento procesal y en qué grado se produce el efecto procesal de *vis attractiva* sobre los procedimientos arbitrales en curso.

En relación a la primera de las normas, la Ley Concursal ha sido objeto de una importante modificación operada por la Ley 11/2011 de Reforma de la Ley de Arbitraje. Hasta la mencionada reforma, declarado el concurso, los convenios de sumisión al arbitraje quedaban sin efecto en aplicación del artículo 52.1 de la LC en su redacción

⁴⁶⁵ GONZÁLEZ MONTES, J.L.: “Arbitraje y Concurso de Acreedores” en AAVV, *Estudios sobre el arbitraje, los temas clave*, Madrid, 2008, pág. 378.

vigente hasta la anterior modificación.⁴⁶⁶ En la referida reforma del artículo 52.1 de la LC se cambió su redacción por la siguiente: La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

De esta forma, con carácter general, el convenio de sumisión al arbitraje queda al margen del concurso de acreedores. Ahora bien, la Ley Concursal, si bien ha atenuado el efecto de atracción del concurso, no lo ha eliminado completamente al prever la posibilidad de que, cuando el juez del concurso entienda que el arbitraje puede afectar y causar un perjuicio al concurso, podrá acordar la suspensión de los efectos del convenio arbitral. La suspensión de los efectos del convenio arbitral tiene como consecuencia la pérdida de la competencia del órgano arbitral pues la misma depende del convenio arbitral con fundamento en el artículo 9.1⁴⁶⁷ en relación con el artículo 11⁴⁶⁸ ambos de la Ley de Arbitraje. De este modo el artículo 52 de la LC está dotando de competencia de forma indirecta al juez del concurso para conocer de asuntos que han sido sometidos al arbitraje pues, al quedar sin efecto la sumisión al arbitraje, deberán ser enjuiciados por los órganos jurisdiccionales.

Cuando surja la necesidad de acudir a un órgano arbitral por las vicisitudes propias de las relaciones patrimoniales, no podrá acudir al mismo por haber quedado sin efecto el convenio de sumisión al arbitraje siendo necesario recabar la tutela ante los órganos jurisdiccionales. Dada la situación de concurso será el juez del concurso quien deberá de conocer de las nuevas acciones arbitrales en virtud de la *vis attractiva* derivada prevista en el artículo 8 de la LC. CORDÓN MORENO postula que, en caso de suspensión del efecto del convenio arbitral, debe de abrirse la vía jurisdiccional pues

⁴⁶⁶ Artículo 52 de la Ley Concursal, redacción vigente hasta el 10 de junio de 2011: “*Los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales*”

⁴⁶⁷ Artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje: “*El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*”

⁴⁶⁸ Artículo 11 de la Ley de Arbitraje: “*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda.*”

lo contrario podría suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.⁴⁶⁹

En relación a la suspensión del convenio arbitral ésta requerirá de una declaración expresa del juez del concurso habida cuenta de que, según el tenor literal de la norma, tal decisión se adoptará en los casos en los que el juez del concurso estime que se puede ocasionar un perjuicio para el concurso. Tal declaración deberá ser necesariamente motivada se adoptará mediante providencia del juez del concurso en aplicación del artículo 206.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En relación al momento procesal oportuno entendemos que deberá producirse a instancia de la administración concursal cuando tenga conocimiento de la solicitud de arbitraje frente al concursado.

En relación a los procedimientos arbitrales que se encuentren en curso en el momento de la declaración del concurso, el artículo 52.2 de la LC les dispensa el mismo tratamiento que a las demandas que se encontrasen pendientes en el momento de la declaración del concurso, esto es, se seguirán tramitando de forma separada al concurso hasta la obtención de un laudo que sea firme.

La Ley Concursal ha mejorado de forma ostensible la posición del arbitraje al mantener la competencia de los árbitros para conocer de los asuntos respecto de los cuales exista una cláusula de sumisión al arbitraje dejándolos al margen de la *vis attractiva* con carácter general. Ello supone una clara ventaja en relación con las nuevas acciones jurisdiccionales que son atraídas al concurso y se sustancian ante el juez del concurso. No obstante a la diferencia de trato existente, las previsiones de la Ley Concursal son más respetuosas con la sumisión al arbitraje y garantizan plenamente que el concurso no se vea afectado por la competencia de los órganos arbitrales gracias a la previsión que permite al juez del concurso suspender los efectos del convenio arbitral.

Hemos de concluir por tanto que el tratamiento de los efectos procesales que produce el concurso sobre el arbitraje son merecedores de un elogio al legislador concursal.

⁴⁶⁹ CORDÓN MORENO, F., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: Comentarios a la Ley Concursal, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, pág. 612.

E. Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre las sentencias y los laudos firmes.

La eficacia de las resoluciones judiciales y arbitrales firmes es alcanzada de lleno por la declaración del concurso de acreedores. De la lectura conjunta de los artículos 53 y 54 de la LC podemos extraer una consecuencia vital en relación a la eficacia de las sentencias y laudos firmes: la pérdida de carácter de título de ejecución. De conformidad con el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁷⁰ las sentencias firmes y los laudos arbitrales firmes son títulos ejecutivos, por lo que permiten abrir el procedimiento de ejecución de títulos judiciales. Sin embargo, como tendremos ocasión de examinar más adelante, el principio de la *pars conditio creditorum* exige que no puedan existir ejecuciones singulares sobre el patrimonio del concursado y para ello, el artículo 54 de la LC, veda la posibilidad de que se despache ejecución frente al patrimonio del concursado y el artículo 53, establece el tratamiento que debe de dispensarse a las sentencias y laudos firmes en el concurso de acreedores.

El ámbito de aplicación no se circunscribe únicamente a las resoluciones del orden jurisdiccional civil, sino que se extiende al resto de órdenes jurisdiccionales habida cuenta de que la Ley Concursal no ha realizado distinción alguna. Por sentencias y laudos firmes hemos de entender que son aquellos frente a los que no cabe recurso alguno, bien porque no están legalmente previstos o porque estándolo no han sido ejercitados por las partes y la sentencia o el laudo han devenido firmes.

La Ley Concursal en el apartado primero del artículo 53.1 se limita a establecer que el juez del concurso deberá dispensar a las mismas el tratamiento que corresponda sin decir en qué consiste dicho tratamiento. Por pura y elemental lógica y dada la imposibilidad de poder ejecutar la resolución de que se trate, cuando de la misma se desprenda la existencia de un crédito, el juez del concurso habrá de asegurarse que el mismo forme parte del pasivo y de que la parte beneficiada por la condena sea debidamente incluida en la lista de acreedores, sentido en el que se postula MARÍN

⁴⁷⁰ Artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

1º La sentencia de condena firme.

2º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.” ...

LÓPEZ.⁴⁷¹ Previamente a que la sentencia o laudo ganen firmeza es conveniente que se comunique la existencia del proceso a la administración concursal a fin de que el crédito litigioso pueda ser incluido como crédito contingente, pues de otra forma si la firmeza de dicho crédito es posterior al cierre de la lista definitiva podría privar a su acreedor de cobro alguno.

El apartado segundo del artículo 53 de la LC establece la facultad de la administración concursal para impugnar los convenios y laudos en caso de que exista fraude. Tal previsión resulta necesario completarla con la regulación contenida en el artículo 86.2 de la citada ley.⁴⁷² La acción a la que se refieren ambos preceptos no queda clara y la doctrina se ha preguntado si podría tratarse de una de las acciones previstas en la Ley de Arbitraje con ciertas especialidades o una acción distinta. En este sentido MARÍN LÓPEZ señala que la acción prevista en la Ley Concursal tiene una finalidad distinta a la acción de nulidad del laudo arbitral.⁴⁷³ La acción de nulidad del laudo arbitral viene contemplada en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje. Examinando el contenido del artículo 41 de la citada disposición observamos que se trata de un remedio procesal para infracciones procedimentales que tengan lugar en el procedimiento de arbitraje.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, págs. 529 y ss.

⁴⁷² Artículo 86.2 de la Ley Concursal: “*Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos.*”

⁴⁷³ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, págs. 529 y ss.

⁴⁷⁴ Artículo 41 de la Ley de Arbitraje: “*1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*

- a) *Que el convenio arbitral no existe o no es válido.*
- b) *Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*
- c) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.*
- d) *Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.*
- e) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.*
- f) *Que el laudo es contrario al orden público.*”

Por su parte el artículo 86.2 de la LC tiene por finalidad que la administración concursal pueda anular aquellos laudos o convenios de arbitraje que se hagan en fraude del concurso. Ello se infiere sin dificultad puesto que la acción de nulidad prevista en la Ley Concursal permite impugnar, además de los laudos arbitrales, la validez de créditos consignados en títulos ejecutivos y garantizados por hipoteca. Se aprecia claramente que es una acción dirigida no a corregir defectos procesales sino verdaderos fraudes en perjuicio del concurso que se instrumenten mediante el arbitraje.

Por consiguiente, hemos de concluir necesariamente en el sentido de que la acción de anulación del laudo a la que se refiere el artículo 53 de la LC es distinta a la contemplada en el artículo 40 de la Ley de Arbitraje que es la acción a la que se refiere en el artículo 86 de la LC.

En cuanto al proceso que ha de seguir la referida acción el artículo 68.2 de la LC es bastante parca. Lo único que se limita a especificar es que se tramitará por el juicio ordinario y que el plazo para su ejercicio será el mismo plazo de que dispone la administración concursal para realizar su informe. En principio, el referido plazo será de dos meses en virtud de lo dispuesto en el artículo 74.1 de la LC pudiendo ser ampliado el mismo por el juez. Por consiguiente, hemos de concluir que una vez presentado el informe de la administración concursal precluye el plazo para poder ejercitar la acción por fraude del convenio o del laudo. En relación al órgano jurisdiccional competente para conocer de dicha acción la Ley Concursal guarda silencio por lo que necesariamente hemos de cuestionarnos si es competente el juez del concurso o la competencia es del juzgado de primera instancia en virtud de su *vis attractiva* residual.

Dado que la Ley Concursal no atribuye al juez del concurso competencia objetiva para conocer de esta acción hemos de concluir que habrá de conocer el juzgado de primera instancia en virtud de su *vis attractiva* residual que opera en virtud del artículo 85.1 de la LOPJ. En este sentido apunta MARÍN LÓPEZ quien entiende que la propia redacción del artículo 86.2 haciendo alusión al juicio ordinario lleva implícita la aplicación de las normas generales de competencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En nuestra opinión quizás hubiera sido deseable que el juez del concurso fuera el encargado de conocer sobre las acciones de nulidad por fraude reconocidas a la administración concursal y ello en base a que el conocimiento de las vicisitudes del concurso le permite enjuiciar con un mejor conocimiento de causa si ha existido un fraude al concurso.

2. Los efectos del concurso sobre los procesos de ejecución y los apremios.

Sin ningún género de dudas, de todos los efectos procesales que lleva aparejada la declaración de concurso, el principal efecto es la paralización de las ejecuciones y apremios singulares sobre el patrimonio del deudor y la suspensión de los que se encontrasen en trámite. La universalidad del concurso y la *vis attractiva* se materializan en toda su amplitud mediante la prohibición de iniciar nuevas ejecuciones sobre el patrimonio del concursado y la suspensión de las ya iniciadas. Ambas quedan absolutamente paralizadas y son atraídas al concurso de acreedores, proceso éste que es el único donde la pluralidad de acreedores podrá ver satisfechos sus créditos por medio de un procedimiento universal.

La importancia de la prohibición de iniciar ejecuciones y apremios y la suspensión de las que se encontraran en curso en el momento de la declaración viene dada porque mientras que las acciones de las que conoce el juez del concurso en virtud del efecto de atracción tienen como finalidad facilitar y acelerar la tramitación del concurso de acreedores, la prohibición y suspensión de los apremios y ejecuciones sobre el patrimonio del deudor está garantizando la *pars conditio creditorum* por medio de la atracción de los procesos de ejecución singulares a un único procedimiento universal y la propia existencia de una masa activa frente a la que dirigir la ejecución universal del patrimonio del deudor pues, si no se garantiza el patrimonio frente a las acciones ejecutivas individuales, el concurso no tendría sentido ante la más que presumible insuficiencia de la masa activa.

Las anteriores ideas ya son suficientes para que podamos hacernos una idea de la importancia que tiene la suspensión de las ejecuciones y apremios para el buen fin del concurso. La universalidad del proceso concursal, a la que hemos aludido anteriormente, resulta ser un elemento fundamental a considerar, ello porque permite al Legislador concursal situar al interés colectivo por encima del interés particular y de esta forma frustrar, en cierta medida, el derecho individual de los acreedores y reconducirlo a un proceso universal en pos de un interés colectivo.

Hemos de tener en cuenta que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 18 que las sentencias han de cumplirse en sus estrictos términos. Resulta indudable que la imposibilidad de acudir a ejecuciones individuales supone la afeción del derecho a la tutela judicial efectiva en el que se integra el derecho a la ejecución de

la sentencia. Ahora bien, dicha afección queda justificada al tratarse el concurso de un proceso universal, no siendo aceptable que los intereses individuales puedan situarse por encima de los intereses colectivos que el concurso y más concretamente, su masa activa, representa.

Podemos concluir que el efecto de *vis attractiva* es de tal magnitud en relación a la prohibición de iniciar ejecuciones y apremios frente al concursado que llega a afectar a la tutela ejecutiva de los acreedores individuales en beneficio de la colectividad. Hemos de añadir que el aludido efecto de atracción, al igual que ocurre en otros tantos supuestos ya estudiados, no tiene una intensidad homogénea ni es absoluto. El legislador concursal ha sido plenamente consciente de la necesidad de modular el efecto de la *vis attractiva* en lo atinente a los procedimientos de ejecución con garantía real. Tal preocupación se refleja en la propia Exposición de Motivos cuando señala como una de las más importantes novedades de la vigente Ley Concursal es la de conseguir garantizar la ejecución separada de los bienes con garantía real sin que el concurso se vea gravemente afectado por el privilegio de la ejecución separada. Así mismo es de destacar que se han contemplado también ciertos privilegios de ejecución separada que escapan a la *vis attractiva* del concurso de acreedores en determinados supuestos.

Estudiaremos la regulación contenida en los artículos 55 a 57 de la LC que regulan las cuestiones relativas a la paralización de las ejecuciones frente al patrimonio del deudor en dos grandes bloques, uno general relativos a las ejecuciones con carácter general y otro relativo a las ejecuciones con privilegio real.

A. La *vis attractiva* concursal y la paralización de las ejecuciones sobre el patrimonio del concursado.

Previamente al análisis hemos de hacer una importante matización en el sentido al que apunta GONZÁLEZ MONTES ⁴⁷⁵ al señalar que existe una contradicción entre la Ley Orgánica para la Reforma Concursal y la propia Ley Concursal. En este sentido señala el artículo 86 ter de la LOPJ en la redacción dada por la antedicha norma, señala que el juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente sobre “Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”. La anterior norma se transcribe

⁴⁷⁵ GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Acumulación en el concurso: acciones declarativas y ejecutivas” en AAVV, *Las claves de la Ley Concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, págs. 281 y ss.

tal cual al artículo 8.3º de la LC y sin embargo, existe supuestos regulados en los artículos 55 y 56 de la LC que escapan a la *vis attractiva* y se ejecutan al margen del concurso. A fin de evitar esta contradicción bastaría con haber añadido en el artículo 86 ter de la LOPJ una excepción en el sentido siguiente: salvo aquellas ejecuciones o apremios que la Ley Concursal deje al margen del efecto de atracción del concurso de forma expresa. De esta forma se consigue dotar de coherencia a las excepciones contenidas en los artículos 55 y 56 de la LC evitando que contravengan el tenor literal de la LOPJ y del propio artículo 8.3º de la LC.

Una vez realizada la anterior precisión podemos continuar con el análisis del efecto de atracción del concurso. El artículo 55 de la LC, contiene una norma general relativa a la paralización de las ejecuciones singulares que se dirijan frente al patrimonio del concursado con independencia de la clase que sean. El mencionado precepto contempla varias reglas. *Grosso modo*, distingue la norma entre los supuestos en los que la ejecución se encuentra pendiente en el momento de la declaración del concurso de aquellos otros supuestos en los que la misma aún no se ha iniciado. Así mismo, contempla excepciones a la anterior norma general.

Declarado el concurso rige en toda su amplitud la *vis attractiva* y dispone el artículo 55 de la LC en su apartado primero que no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Por su parte el apartado segundo del mencionado precepto dispone que las ejecuciones que se encontrasen en curso en el momento de la declaración se suspenderán.

Las anteriores previsiones entrarán en juego dependiendo de dos momentos temporales determinados: de una parte el momento de la declaración del concurso, de manera que la fecha del auto declarando el concurso resulta de vital importancia pues de conformidad con el artículo 21 de la LC el auto que declare el concurso va a desplegar sus efectos de inmediato. El otro momento clave es el “inicio de la ejecución singular” o el “apremio administrativo o tributario”.

Si bien la consecuencia jurídica anudada al presupuesto hecho es sencilla, prohibición de instar ejecuciones en el supuesto contemplado en el artículo 55.1 de la LC y la suspensión de las que se encontrasen en tramitación, en el supuesto previsto en el artículo 55.2 de la citada norma, presenta mayores dificultades para determinar cuándo se inicia la ejecución frente al patrimonio del deudor o el apremio. Este

elemento temporal resulta clave pues dependiendo de cuándo se tenga por iniciado el procedimiento de ejecución o el apremio va a determinar que se haya producido con anterioridad o posterioridad a la declaración y, en consecuencia, determinará un distinto régimen jurídico.

Aunque podría pensarse que el efecto último es el mismo, la paralización de la ejecución o el apremio, sí hay diferencias puesto que no es lo mismo que haya comenzado la ejecución o el apremio o que no se haya abierto el procedimiento de ejecución por estar ya declarado el concurso.

El procedimiento de ejecución comienza mediante demanda de ejecución. Cuando se trata de un título extrajudicial deberá revestir la forma de demanda, cuando se trata de la ejecución de un título judicial bastará con una mera solicitud de que se despache ejecución tal y como previene el artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, a los efectos de la litispendencia del proceso de ejecución, ante la falta de norma específica que prevea algo diferente a la norma general contenida en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que dicha litispendencia se produce en el momento de la interposición de la demanda si es admitida.

Si la demanda es anterior y el concurso es declarado antes del despacho de ejecución cabe preguntarse si se debe inadmitir a trámite la demanda ejecutiva o no. El tenor literal del artículo 55.1 de la LC dispone que declarado el concurso no podrán iniciarse procedimientos de ejecución o apremios, lo que puesto en conexión con el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos permite concluir en el sentido de que, aunque se haya declarado el concurso con anterioridad al auto por el que se despacha ejecución, no deberá inadmitirse la solicitud sino que entrarían en juego las previsiones del apartado segundo del artículo 55 y, en consecuencia debe de dejarse en suspenso el procedimiento.

Entendemos que no procede la inadmisión al haberse iniciado con anterioridad a la declaración y lo procedente es dictar auto despachando ejecución y dejando en suspenso las actuaciones. De esta forma, al dictarse el auto despachando ejecución y acordando en el mismo la suspensión, se da perfecto cumplimiento a las previsiones legales contenidas en el artículo 55 de la LC y así mismo se garantiza que el patrimonio del deudor no se vea afectado por el despacho de la ejecución habida cuenta de que al quedar las actuaciones suspendidas el Letrado de la Administración de Justicia no habrá dictado el correspondiente decreto con las medidas ejecutivas concretas.

Esta solución permite garantizar que el patrimonio del deudor no se vea afectado en modo alguno por la declaración y a su vez garantizar al acreedor ejecutante que, en caso de que el concurso no llegue a buen puerto, pueda continuar su ejecución en el punto en el que se encontraba y no tener que iniciarla de nuevo lo que sin duda puede suponer una ventaja por el privilegio del primero en el tiempo que rige en las ejecuciones singulares.

En sentido abiertamente contrario a nuestra hipótesis nos encontramos con MARÍN LÓPEZ quien sostiene que el procedimiento de ejecución se inicia no con la presentación de la demanda de ejecución sino con el auto que despacha la ejecución.⁴⁷⁶ Nosotros disentimos de tal postulado al entender que, como anteriormente dejamos dicho, el proceso de ejecución se inicia con la interposición de la demanda de ejecución. En apoyo de nuestra tesis podemos citar la jurisprudencia menor de la Audiencia Provincial de León contenida en su Auto de 1 de octubre de 2009⁴⁷⁷ en la que se refiere a la litispendencia en el procedimiento de ejecución y toma como momento procesal a los efectos de la litispendencia el de la interposición de la demanda de ejecución y no el del auto por el que se despacha la ejecución.

Por cuanto llevamos expuesto podemos concluir en el sentido de que cuando se interponga la demanda de ejecución y, antes de que sea admitida a trámite, se declare el concurso de acreedores, el órgano jurisdiccional deberá dictar auto despachando ejecución e inmediatamente suspender el curso de la ejecución. Esta solución además de encajar en las previsiones del artículo 55 de la LC es más respetuosa con el principio

⁴⁷⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.569.

⁴⁷⁷ Auto de 1 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de León, Fundamento Jurídico Segundo: *“Como expone correctamente la Juez de Instancia la multiplicidad de ejecuciones va, en primer lugar, en contra del principio de economía procesal porque implicaría una reiteración de actuaciones ya practicadas y, en segundo lugar, contra el principio de tutela judicial efectiva del ejecutado por una agravación pecuniaria innecesaria. No se debe bifurcar la ejecución en dos o más puesto que sólo hay un título a ejecutar y, por tanto, la ejecución debe ser sólo una. Es en la ejecución ya instada en la que han de hacer valer la pretensión que pretenden como parte del mismo título ejecutivo.”*

En realidad nos encontramos ante un supuesto de litispendencia. La litispendencia es una institución que tradicionalmente ha sido aplicada al proceso declarativo. En la medida en que, como señala reiteradamente el TS, la litispendencia es una institución cautelar de la cosa juzgada (hay litispendencia hoy donde habrá o podrá haber mañana cosa juzgada) la terminación por resolución firme del proceso declarativo pone fin a la litispendencia. Pero la litispendencia es una institución aplicable también a los procesos ejecutivos. Así, en la medida en que el proceso de ejecución se inicia mediante demanda, la demanda ejecutiva de la que habla el art. 549 LEC, resulta aplicable la litispendencia a la que alude los arts. 410 y siguientes LEC. En nuestro caso se trata de dos ejecuciones que se sustentan en un mismo título ejecutivo, sólo debe haber una ejecución. Por estos motivos consideramos rechazable el recurso de apelación y confirmamos el auto recurrido.”

pro actione en la medida que, toda vez que se ha interpuesto la demanda de ejecución, la acción ejecutiva no podrá caducar, cuestión esta que trataremos con más detalle en apartados posteriores.

Cuando de lo que se trata es de apremios administrativos, el momento que ha de tenerse en cuenta para aplicar el apartado primero o segundo del artículo 55 de la LC es el inicio del procedimiento de apremio. Por todos es de sobra conocido que el procedimiento de apremio se inicia con la providencia de apremio, si bien, hemos de precisar que el artículo 167 de la Ley General Tributaria⁴⁷⁸ dispone que se iniciará por la providencia de apremio notificada al obligado tributario por lo que la fecha que habrá de considerarse a los efectos del artículo 55 de la LC será la de la notificación al obligado tributario, pues antes de que éste último no tenga conocimiento formal de la misma no se tendrá por comenzado el procedimiento de apremio.

Hay que distinguir el periodo ejecutivo de apremio. El primero de ellos se inicia de forma automática por el mero lapso del tiempo contemplado en la ley y no requiere de ningún acto de la administración tal y como precisa el artículo 161 de la Ley General Tributaria.⁴⁷⁹ Por el contrario, el procedimiento de apremio requiere que la providencia de apremio sea notificada de forma fehaciente al deudor. Por consiguiente, iniciado el periodo ejecutivo, el deudor puede pagar de forma espontánea la deuda abonando únicamente los intereses de demora, sin el recargo de apremio, incluso si se ha dictado la providencia de apremio y aún no le ha sido notificada.

Por los expuesto, hemos de concluir en el sentido de que una vez dictada la providencia de apremio y habiendo sido notificada la misma al deudor, si se dicta el auto de declaración del concurso de acreedores procederá, como norma general, la suspensión del procedimiento de apremio. Si se hubiera dictado la providencia de apremio y antes de que sea notificada al deudor se dicta auto declarando el concurso el procedimiento de apremio no puede continuar.

⁴⁷⁸ Artículo 167 de la Ley General Tributaria: “*El procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada al obligado tributario en la que se identificará la deuda pendiente, se liquidarán los recargos a los que se refiere el artículo 28 de esta ley y se le requerirá para que efectúe el pago.*”

⁴⁷⁹ Artículo 161.1 de la Ley General Tributaria: “*1. El período ejecutivo se inicia:*

a) En el caso de deudas liquidadas por la Administración tributaria, el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para su ingreso en el artículo 62 de esta ley.

b) En el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si éste ya hubiere concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación.”

a) El efecto negativo del artículo 55.1 de la Ley Concursal: prohibición de iniciar ejecuciones y apremios.

Tal y como adelantábamos, el artículo 55 apartado primero de la LC contiene la prohibición de iniciar ejecuciones y apremios frente al patrimonio del deudor declarado en concurso cuando se haya declarado el concurso con anterioridad al inicio de la ejecución o del procedimiento de apremio en los términos examinados en el epígrafe anterior.

La consecuencia jurídica es manifiesta, el órgano jurisdiccional al que se le dirija la demanda de ejecución deberá denegar el despacho de ejecución solicitado con fundamento en el artículo 552.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁸⁰ en relación con el artículo 55.1 de la LC. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional desconociera la existencia del concurso y despachara indebidamente la ejecución frente al patrimonio del concursado, éste último, podrá formular oposición a la ejecución despachada por motivos procesales al amparo del artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando la nulidad radical del despacho de ejecución por contravenir los requisitos legales necesarios para llevar a cabo la ejecución. Téngase en cuenta que el auto que despacha ejecución es irrecurrible en virtud de lo dispuesto en el artículo 551.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tratándose de la Administración Tributaria, deberá abstenerse de dictar la providencia de apremio so pena de incurrir en una causa de nulidad de pleno derecho con fundamento en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015⁴⁸¹ en relación con el artículo 55.1 de la LC al tratarse de un acto en evidente contravención del mencionado precepto de la citada norma.

Hemos de poner de manifiesto nuestro rechazo a la modificación operada por la Ley 38/2011 del apartado 3 del artículo 55 de la LC. El citado precepto era del tenor literal siguiente: *“Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho”*.

⁴⁸⁰ Artículo 552.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1. *“Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.”*

⁴⁸¹ Artículo 47.2 de la Ley 39/2015: *“También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”*

El legislador, en la citada reforma da al apartado tercero una nueva redacción que es la siguiente: *“cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos”*

Pues bien, pese a lo necesaria de una regulación relativa a la posibilidad de levantar embargos a la que haremos una mención específica en apartados posteriores, nos parece del todo punto desacertado suprimir la anterior redacción porque establecía la sanción de nulidad de forma expresa, lo que permitía una mayor facilidad para el control de la adecuación a derecho y la impugnación de las resoluciones judiciales o administrativas que contraviniesen la prohibición de iniciar ejecuciones.

Ello no obsta para postular la nulidad de la ejecución indebidamente despachada o del apremio iniciado, aunque requiere fundamentarlo en las normas que regulan la nulidad de los actos de la ejecución y del procedimiento administrativo que hemos mencionado anteriormente, mientras que anteriormente bastaba con alegar la nulidad con fundamento en el apartado 3 del artículo 55 de la LC.

Tratándose de actos nulos, también podrá instarse la declaración de la nulidad de oficio por el propio órgano jurisdiccional acudiendo a las previsiones del artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ⁴⁸² y tratándose de la Administración también podrá ésta instar la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho en los supuestos contemplados en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015 tal y como dispone el artículo 106.1 de la mencionada disposición. ⁴⁸³

⁴⁸² Artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.”*

⁴⁸³ Artículo 106.1 de la Ley 39/2015: *“Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”*

La declaración de nulidad en sede administrativa presente una dificultad añadida en relación a la jurisdiccional y no es otra que necesita el previo dictamen favorable del Consejo Consultivo del Estado o del de la respectiva Comunidad Autónoma en caso de que se trate de una administración distinta a la estatal.

b) El efecto suspensivo del artículo 55.2 de la Ley Concursal.

La Ley Concursal prevé en el apartado 2 del artículo 55 que las ejecuciones y apremios en curso en el momento en el que se dicta el auto declarando el concurso quedarán suspendidas.

Tratándose de una ejecución, dispone el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en los procesos de ejecución la suspensión únicamente se decretará en los casos en los que la Ley lo ordene de modo expreso, lo que anudado a la previsión contenida en el artículo 55.2 de la LC permite al Secretario que conoce de la ejecución decretar la suspensión tan pronto como tenga conocimiento de la existencia del concurso de acreedores.

En relación con el procedimiento de apremio éste presenta mayores dificultades en relación a la suspensión del mismo. Si bien es cierto que la Ley Concursal establece la suspensión del mismo, tal previsión legal es abiertamente contradictoria con las disposiciones normativas relativas a la suspensión del procedimiento de ejecución administrativo regulado en la Ley General Tributaria. En este sentido el artículo 163.3 de la citada norma dispone que una vez iniciado, sólo se suspenderá en los casos y en la forma prevista en la normativa tributaria. Idea sobre la que redundan el artículo 165 de la citada Ley General Tributaria el cual determina en qué supuestos de hecho deberá suspenderse el procedimiento de apremio y entre los cuales no figura la declaración de concurso.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Artículo 165 de la Ley General Tributaria: “1. *El procedimiento de apremio se suspenderá en la forma y con los requisitos previstos en las disposiciones reguladoras de los recursos y reclamaciones económico-administrativas, y en los restantes supuestos previstos en la normativa tributaria.*

2. *El procedimiento de apremio se suspenderá de forma automática por los órganos de recaudación, sin necesidad de prestar garantía, cuando el interesado demuestre que se ha producido en su perjuicio error material, aritmético o de hecho en la determinación de la deuda, que la misma ha sido ingresada, condonada, compensada, aplazada o suspendida o que ha prescrito el derecho a exigir el pago.*

3. *Cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad de los bienes o derechos embargados o cuando considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a la Hacienda Pública, formulará reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente.*

En este concreto caso de confrontación de normas deberemos aplicar el principio general de *lex specialis derogat generali* de forma que las previsiones contenidas en el artículo 55 de la LC deberán primar sobre las previsiones relativas a la suspensión contenidas en el artículo 165 de la Ley General Tributaria. No obstante y aunque pudiera parecer reiterativo, nos parecería aconsejable, dada la grave contradicción existente entre ambas normas incluir en el artículo 165 de la Ley General Tributaria un apartado en el que se incluyera la suspensión en los casos de declaración de concurso pues aportaría una mayor seguridad jurídica y una mayor facilidad a la hora de impugnar la contravención del artículo 55 de la LC pues no es lo mismo fundar el recurso en la infracción de una disposición legal que en la infracción de una norma sobre la base de un principio general del derecho.

En relación con el incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 55.2 de la LC se produciría una nulidad del proceso judicial o del procedimiento administrativo, por lo que a fin de evitar reiteraciones innecesarias nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe anterior sobre el la denuncia de parte o el control de oficio de la nulidad producida.

c) La relatividad del efecto de vis atractiva ejecutiva.

El artículo 55 consigue evitar las ejecuciones singulares frente al patrimonio del concursado y de alguna manera conmina a los ejecutantes a instar en el concurso su derecho de crédito frente al deudor. En relación con la suspensión de los procesos ejecutivos o los apremios iniciados el artículo 55 de la LC hace mención expresa a que la suspensión del procedimiento de ejecución singular no afectará al tratamiento de dichos créditos en sede concursal. No así en relación a los créditos cuya ejecución se haya podido instar y no haya comenzado respecto a los cuales la Ley guarda absoluto silencio.

La Ley Concursal obliga de esta forma, tanto a los acreedores que tengan un título ejecutivo como a aquellos que lo hayan ejercitado, a acudir al concurso junto con

4. *Si se interpone tercería de dominio se suspenderá el procedimiento de apremio en lo que se refiere a los bienes y derechos controvertidos, una vez que se hayan adoptado las medidas de aseguramiento que procedan.*

5. *Si la tercería fuera de mejor derecho proseguirá el procedimiento hasta la realización de los bienes y el producto obtenido se consignará en depósito a resultas de la resolución de la tercería.”*

el resto de acreedores debiendo solicitar el reconocimiento de sus créditos a la administración concursal.

Sin embargo, el efecto de atracción al concurso de los procedimientos ejecutivos no es absoluto y existen límites. Los límites a este efecto de *vis attractiva* básicamente son dos: la excepción contemplada en el artículo 55 relativa a determinados apremios administrativos y determinadas ejecuciones laborales y el límite temporal general regulado en el artículo 178.2 de la LC ⁴⁸⁵ que establece que, en caso de conclusión del concurso los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares frente al patrimonio del deudor y, por ende y aunque el artículo omita hacer referencia a ello, podrán continuarse las ejecuciones que se encontraran en curso.

En este sentido no podemos pasar por alto las previsiones de la Ley Concursal sobre la ejecutividad del crédito que sea incluido en la lista de acreedores que hace el mencionado precepto, al equipar el crédito incluido en la lista de acreedores con una sentencia firme, adquiriendo la categoría de título ejecutivo de conformidad con el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento el cual, en su apartado 9º, dispone que llevan aparejada ejecución, aquellas resoluciones procesales que la Ley de Enjuiciamiento Civil u otra ley así lo prevean de forma expresa, como sería el supuesto del artículo 178.2 de la LC.

Realizada la anterior precisión y retomando el argumento expositivo, podemos concluir que, con carácter general, el efecto de *vis attractiva* ejecutiva va a surtir efecto desde el momento en que se declara el concurso de acreedores hasta la conclusión del mismo, por lo que se trata de un efecto procesal netamente concursal que despliega sus efectos durante la pendencia del proceso concursal extinguiéndose con éste al ser un instrumento del concurso para alcanzar una de sus finalidades principales como es la *par conditio creditorum*.

Pero tal y como adelantábamos anteriormente, la norma general de la *vis attractiva* tiene excepciones que escapan a su efecto de atracción al concurso. El artículo 55 de la LC contiene una excepción relativa a determinados apremios

⁴⁸⁵ Artículo 178 de la Ley Concursal: “En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.”

administrativos y a determinadas ejecuciones laborales. La excepción tiene los mismos requisitos tanto en uno y en otro supuesto por lo que resulta apropiado abordarlos de forma conjunta.

Dispone el artículo 55.1 párrafo segundo de la LC que las ejecuciones laborales y los apremios administrativos en los que ya se hubieran embargado bienes del concursado en el momento de la declaración del concurso van a escapar al efecto de *vis attractiva* siempre y cuando los bienes que hayan sido embargados al concursado no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Sin ahondar en la dificultad práctica que resulta encontrar bienes de un deudor declarado en concurso que no sean necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, existía un importante problema práctico con anterioridad a la reforma de la Ley Concursal operada en el año 2011: determinar a quién correspondía resolver si los bienes que habían sido embargados eran necesarios o no para determinar la continuidad de la actividad del concursado.

Se trataba ésta de una atribución no jurisdiccional habida cuenta de que no existe una contradicción de partes que requiera la intervención del órgano jurisdiccional para zanjar la controversia resolviendo conforme a derecho. Se trataría más bien de emitir un juicio valorativo fundado en la apreciación de una realidad. La inexistencia de actividad jurisdiccional complicaba la resolución de tal cuestión pues podría resolverla la propia administración o incluso el órgano jurisdiccional que conociese del proceso de ejecución laboral.

CORDÓN MORENO ⁴⁸⁶ recoge las dos posturas jurisprudenciales existentes al respecto: la primera de ellas señala que es una competencia del juez de lo mercantil mientras que otra corriente jurisprudencia aboga por que es una cuestión que ha de ser evaluada por el órgano que ha trabado el embargo. En nuestra opinión, con la reforma operada en el artículo 56 de la LC tras la promulgación de la Ley 38/2011 la cuestión ha quedado zanjada. No obstante, a nuestro parecer, el legislador no ha sido lo suficientemente cuidadosos en la redacción del texto de la norma. La crítica que hacemos viene dada por el hecho de que la regulación no guarde una sistemática adecuada: el

⁴⁸⁶ CORDÓN MORENO, F., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: *Comentarios a la Ley Concursal*, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, pág. 641.

artículo 55 de la LC regula un procedimiento para poder cancelar embargos trabados sobre el patrimonio del deudor y deja la atribución de la competencia para introducirla en el artículo 56.5 de la citada ley ⁴⁸⁷ el cual que se refiere a los acreedores con privilegio real y deja sin regular el procedimiento que se ha de seguir.

Lo más adecuado, en nuestra opinión, sería hacer una regulación común en un artículo independiente en el que se tratase de forma conjunta la competencia y el procedimiento para la resolución de los incidentes que tengan por objeto resolver la afección de bienes del concursado a su actividad en los supuestos que medie el privilegio de ejecución separada y en los supuestos de suspensión.

Dispone el apartado 3 del artículo 55 de la LC que *“cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos”* En relación a las normas de procedimiento establecidas en el artículo 55 de la LC podemos hacer las siguientes críticas sobre el fondo:

En primer lugar, no encontramos razón alguna para que el legislador limite este procedimiento a los casos de suspensión y menos aún atisbamos a comprender el motivo por el cual ha excluido la posibilidad de que el juez del concurso pueda levantar los embargos acordados por cualquier otro órgano jurisdiccional pero no los acordados por la administración. Entendemos que supone una prerrogativa que coloca a la Administración en una posición de gran privilegio sobre el resto de los acreedores.

En segundo lugar, este mecanismo debería haberse hecho extensivo a las ejecuciones laborales que escapan a la *vis attractiva* como un medio de control a posteriori del cumplimiento del requisito establecido en el artículo 55.1 párrafo segundo de la LC, pues si el órgano jurisdiccional laboral no consulta al juez del concurso sobre la necesidad de los bienes para el desarrollo de la actividad del concursado tal y como establece el artículo 56.3 sería un mecanismo de lo más eficaz para dejar sin efecto los

⁴⁸⁷ Artículo 56.5 de la Ley Concursal: *“A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”*

embargos trabados sobre el patrimonio del concursado, sin necesidad de acudir a otros remedios procesales tales como recursos o incidentes de nulidad de actuaciones.

En nuestra opinión, la referencia que hace el artículo 55.3 de la LC a los apartados anteriores permitiría hacer una interpretación amplia del mismo que hiciera posible su aplicación no solo al supuesto de suspensión sino hacerlo extensivo al privilegio de ejecución separada previsto en el artículo 55.1 de la citada disposición. Y ello porque el legislador se refiere de forma expresa a los apartados anteriores, esto es, el primero y el segundo. En virtud de lo expuesto, cuando en un supuesto de ejecución separada de los contemplados en el artículo 55.1 párrafo segundo de la LC la administración concursal entienda que el embargo de un determinado bien afecta a la actividad empresarial o profesional del concursado entendemos que debería acudir a este procedimiento salvo cuando se trate de un embargo trabado por la administración que no sería posible por quedar excluido de forma expresa por el propio artículo 55.3 de la LC.

Hemos de señalar que no compartimos la opción elegida por el legislador de privilegiar de esta forma a la Administración impidiendo el control de los embargos trabados pese a que pudiesen afectar al concurso. El privilegio de ejecución separada, unido a la falta una previsión legal que permita dejar sin efecto los embargos trabados por la misma tal (con la salvedad de la nulidad antes expuesta) entendemos que supone una quiebra flagrante del principio de comunidad de pérdidas que es una de las bases de nuestro sistema actual de insolvencias toda vez que la Ley Concursal contempla los créditos de estos acreedores como créditos privilegiados, por lo que nos parece excesivo que se haya contemplado también esta excepción en relación a la *vis attractiva* ejecutiva.

En relación a la crítica que venimos poniendo de manifiesto entendemos que, en lo atinente a los aspectos formales, el Legislador, en la última reforma ha dejado pasar una buena ocasión para poner orden y sistematizar esta cuestión de gran relevancia práctica puesto que habría sido sencillo regular en un único precepto la competencia (regulada en el artículo 56.5 de la LC) y el procedimiento (regulado en el artículo 55.3 de la LC).

El artículo podría tener la siguiente redacción: corresponderá al juez del concurso, a instancia de la parte ejecutante y previa audiencia de la administración concursal, autorizar el embargo de bienes del concursado en relación a ejecuciones

laborales o apremios administrativos amparadas en el apartado 1 párrafo segundo del artículo 55 de la LC, correspondiendo igualmente la decisión del alzamiento de los embargos ya trabados, también a instancia de la administración concursal, previa audiencia de la parte ejecutante en aquellos casos en los que dichos embargos puedan afectar a bienes necesarios para la continuación de la actividad del concursado.

Así mismo corresponderá al juez del concurso, a instancia de la administración concursal y con audiencia del ejecutante, la cancelación de los embargos trabados en ejecuciones que hayan quedado en suspenso de conformidad con las previsiones del artículo 55 de la LC.

El procedimiento se iniciaría mediante escrito dirigido al juez del concurso quien daría traslado a la otra parte para que pudiese formular alegaciones en el plazo de cinco días y una resolviendo el juez del concurso mediante auto que será irrecurrible.

De esta forma conseguiríamos dotar de una mejor sistemática tanto a la competencia para resolver sobre la necesidad de los bienes embargados para la continuación de la actividad del concursado a la par que dotar a la administración concursal de una vía eficaz para poder levantar los embargos ya trabados con anterioridad a la declaración del concurso y aquellos con privilegio de ejecución separada. De esta forma se consigue garantizar el privilegio de ejecución separada que consagra el párrafo segundo del artículo 55.1 de la LC a la vez que prever un mecanismo sencillo y bien regulado que garantice la integridad de los bienes del concursado necesarios para el mantenimiento de su actividad.

d) El efecto de atracción del concurso sobre los embargos trabados sobre el patrimonio del deudor.

Una cuestión cercana en la materia a la que acabamos de examinar en el epígrafe anterior y con una eminente incidencia en la práctica es la de determinar qué sucede con los embargos que han sido trabados frente al patrimonio de concursado en procedimientos de apremio que han quedado suspendidos. La LC, en su redacción originaria no regulaba en modo alguno esta cuestión que era, sin lugar a dudas, de una relevancia práctica capital y fueron necesarios 8 años de aplicación práctica de la Ley para regular dicha cuestión.

A ningún operador jurídico se le escapa que, en la práctica procesal, en los procesos de ejecución, el embargo de los bienes es la piedra angular sobre la que

descansa toda la ejecución y es el objetivo a lograr por la parte ejecutante. La satisfacción del acreedor dependerá de los bienes embargados a la parte deudora para su posterior realización. En las anotaciones de embargo rige la regla de la prioridad del primero en el tiempo en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con las previsiones legales del artículo 1.923.4º del Código Civil ⁴⁸⁸ por lo que el hecho de trabar embargo sobre un bien y hacerlo el primero van a marcar la diferencia entre ver satisfecho su crédito o no.

La redacción originaria del artículo 55 de la LC guardaba silencio en relación al mantenimiento de los embargos que se hubieran trabado y cuyos procedimientos hubieran sido alcanzados por la *vis attractiva* ejecutiva y se encontrasen suspendidos. Ello daba lugar a que se produjese un debate acerca de si las medidas de embargo acordadas en las ejecuciones singulares, declarado el concurso, se debían de mantener o debían de ser removidas.

La cuestión, pese a su gran relevancia práctica, no ha sido objeto de muchos pronunciamientos. Podemos destacar el Auto de 4 de mayo de 2016 dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve la cuestión con unos argumentos impecables tanto desde el punto de vista procesal como desde la perspectiva del concurso, argumentos que suscribimos íntegramente.⁴⁸⁹ En Síntesis, sostiene la Sala que

⁴⁸⁸ Artículo 1.923 del Código Civil: “*Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:*

1.º *Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.*

2.º *Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.*

3.º *Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.*

4.º *Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.”*

5.º *Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.*

⁴⁸⁹ Auto de 4 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Fundamento Jurídico Segundo: “*El art. 568 de la LEC se incardina en el Capítulo V del Título III de la LEC, dedicado a la ejecución, y recoge, junto a otros supuestos específicos, la suspensión en caso de situaciones concursales; por tanto, necesariamente debe ser puesto en relación con el art. 565 de la misma Ley, que tras establecer el principio general de que la ejecución no puede suspenderse más que en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso o lo acuerden todas las partes personadas en la ejecutoria, añade: «Decretada la suspensión, podrán, no obstante, adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados». Siendo la LEC de aplicación supletoria en el concurso (disposición final 5.ª de la LC: «En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación*

considerando que la Ley Concursal no hace previsión alguna al respecto se deberá aplicar como norma supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil y ésta última dispone que en relación a la suspensión de la ejecución que podrán adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados *ex* artículo 565.2 de la citada disposición.

A idéntica conclusión llega PÉREZ DEL BLANCO ⁴⁹⁰ quien sostiene que pese a que se trata de una cuestión controvertida en la práctica ha de resolverse aplicando el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por consiguiente, toda vez suspendida la ejecución, los embargos trabados deberán mantenerse hasta la fase de liquidación, momento en el cual, de enajenarse los bienes del concursado, estos deberán quedar libres de cargas para su transmisión a los terceros adquirentes, siendo este el momento oportuno para el levantamiento de los mismos.

La finalidad del mantenimiento de los embargos tras la declaración y hasta la enajenación de los mismos no es otra que la de evitar que si se declara la conclusión del concurso sin llegar a la fase de liquidación o se alcanza un convenio, las anotaciones realizadas en los procedimientos de ejecución singular iniciados con anterioridad al concurso no se vean perjudicadas una vez se levante la suspensión de los mismos. No obstante, en el supuesto de que finalmente se llegue a la fase de liquidación, los

formal y material del proceso»), y no estableciendo nada específico la LC sobre la concepción de la suspensión que decreta el art. 55, no existe razón alguna para entenderla de forma diferente a la que marca la ley ritual civil.

Desde el punto de vista meramente gramatical, es claro que «suspender» una ejecución ya iniciada, con embargos decretados y llevados a cabo, no es compatible con cancelar la traba y dejarla sin efecto, retrotrayendo al ejecutante al momento anterior a la ejecución despachada, algo que ni la LEC ni el mismo Juzgado de lo Mercantil exhortante pretenden.

Concursalmente hablando, no solo no existe norma expresa que ordene que los embargos preexistentes deban ser alzados por mor del concurso, sino que, decretando el art. 55 de la LC que serán radicalmente nulas las actuaciones que pretendieran realizarse tras la suspensión, y contando el acreedor ejecutante con un título perfectamente hábil para ser incluido en la lista de acreedores del concurso, sin que por ello disponga de preferencia alguna que altere la par conditio, el alzamiento de la traba resulta innecesario. Piénsese, por ejemplo, en que, concebida así la suspensión, y la cancelación del embargo como una consecuencia natural de la misma, la suspensión especial que recoge el art. 56.2 para las ejecuciones de garantías reales carecería de toda eficacia y sentido.

De alzarse los embargos, el ejecutante quedaría en peor condición que antes de la suspensión, pues si el auto de declaración del concurso se dejara sin efecto por cualquier razón o el concurso terminara sin pago de las deudas, por ejemplo, por inexistencia de bienes y derechos del deudor (art. 176.1.3.º LC), quedaría expuesto a una pérdida de prioridad si no se recupera la traba con premura. Este es un riesgo que el ejecutante, que inició el proceso ejecutivo con anterioridad a la declaración del concurso, debe arrostrar cuando se haya aprobado un convenio concursal que así lo dispusiera o de otra forma vea satisfecho su derecho de crédito, pero no cuando el concurso acaba de declararse e inicia su fase común.”

⁴⁹⁰ PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, Madrid, 2007, pág. 285.

embargos serán cancelados para que esos bienes puedan enajenarse libres de cargas como el resto de bienes integrantes de la masa activa.

Por consiguiente, la falta de regulación en la Ley Concursal sobre la cancelación o el mantenimiento de los embargos decretados con anterioridad a la suspensión no plantea problema alguno porque la laguna queda colmada aplicando las previsiones del artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como norma supletoria.

En sintonía con lo anteriormente expuesto, en lo atinente a los bienes del concursado que se encuentren embargados, resulta importante conocer el momento en el cual ha de producirse la cancelación del embargo. La cancelación del embargo va a ser necesaria justo antes de que el bien salga del patrimonio del deudor para su enajenación y por ello la Ley Concursal se encarga de regular esta cuestión en la fase de liquidación. Más concretamente, el artículo 149.5 de la LC es el encargado de regular el momento exacto en el que se produce la cancelación de los embargos y otras cargas que recaigan sobre los bienes del concursado estableciendo el mencionado precepto que el auto de aprobación del remate o de la transmisión deberá ordenarse la cancelación de las cargas existentes.

Así mismo, puede suceder que sin llegar a la fase de liquidación los embargos puedan resultar perjudiciales para el ejercicio de la actividad del concursado, pensemos por un ejemplo en un concesionario en el que los coches en stock han resultado embargados y no pueden transmitirse libres de cargas. En estos casos entraría en juego la previsión legal establecida en el artículo 55.3 de la LC que tal y como tuvimos ocasión de examinar permitía a la administración concursal solicitar al juez del concurso la cancelación de dichos embargos.

Tal y como hemos podido observar con el estudio sobre el efecto que la *vis attractiva* tiene sobre los embargos trabados con anterioridad a la declaración del concurso, se trata de una cuestión de gran relevancia práctica pero que no ha recibido la debida atención por parte del Legislador puesto que la regulación hay que encontrarla dispersa a lo largo de la Ley Concursal y la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que no hace sino complicar aún más la aplicación práctica de la norma.

Entendemos que hubiera sido mucho más sencillo un artículo específico en el cual se hubiesen dispuesto los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre los embargos en el que se hubiera regulado de forma autónoma los embargos que quedan

sujetos al efecto de atracción del concurso, y estableciendo con claridad en qué instante quedan efectos al concurso y en qué momento deban ser cancelados. De este modo se facilitaría bastante la aplicación práctica de la norma y se evitarían interpretaciones de la norma en un sentido distinto al que hemos expuesto, disminuyendo los incidentes y el número de recursos. Si bien, hemos de romper una lanza también en favor del Legislador en el sentido de que el hecho de que no existan muchos pronunciamientos sobre el mantenimiento o la cancelación de embargos es síntoma evidente que la cuestión no suscita mucha controversia en la aplicación práctica o, cuando menos, que las cuestiones suelen quedar resueltas en la instancia.

e) La prohibición de iniciar ejecuciones y la caducidad de la acción ejecutiva.

Una cuestión que a nuestro modo de parecer es también muy relevante es la incidencia que produce la *vis attractiva* ejecutiva del artículo 55 de la LC sobre la caducidad de la acción ejecutiva. Se trata ésta de una cuestión en la que, al parecer, el Legislador concursal no ha reparado pero que tiene unas consecuencias prácticas de un gran calado.

Una vez desplegado el efecto de *vis attractiva* en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.1 de la LC, tal y como hemos expuesto anteriormente, no podrán iniciarse ejecuciones frente al patrimonio del deudor. Esta prohibición hemos de ponerla en relación con la caducidad de la acción ejecutiva regulada en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispone el mencionado precepto que la acción ejecutiva basada en títulos judiciales caducará en el plazo de cinco años a contar desde la firmeza de la resolución.

Si se declara el concurso de acreedores y con posterioridad a su declaración un determinado acreedor obtiene una resolución firme que sirve de título ejecutivo, en principio, si el concurso termina pasado más de cinco años desde la firmeza, de una interpretación literal de los artículos a los que nos acabamos de referir, la acción ejecutiva del acreedor habría caducado.

Si bien es cierto que esta hipótesis, resulta un tanto inverosímil, dados los plazos tan breves que contempla la Ley Concursal hemos de contemplarla si quiera como una posibilidad poco plausible. Es de sobra conocido por cualquiera que tome parte activa en el ejercicio del Derecho que los plazos de resolución rara es la vez que se cumplen y,

más concretamente, en el ámbito de los juzgados de lo mercantil, donde el grave problema de saturación que han experimentado estos órganos jurisdiccionales ha motivado que incluso se haya reformado su competencia para que dejen de conocer de demandas relativas a condiciones generales de la contratación formuladas por los consumidores y usuarios. La crisis disparó el número de concursos lo que unido a las demandas sobre condiciones generales de la contratación terminó por colapsar el funcionamiento de los juzgados de lo mercantil y presentar el escenario perfecto para que pudieran darse procesos concursales que se dilatasen en el tiempo más allá de los cinco años.

Este escenario era desconocido tanto para la Ley de Enjuiciamiento Civil como para la Ley Concursal, ésta última con una vocación claramente encaminada hacia la celeridad más absoluta y al acortamiento de los plazos, precisamente para evitar este tipo de situaciones. Sin embargo, el Legislador concursal olvidó regular esta cuestión como pasaremos a exponer.

El artículo 60 de la LC, en sede de los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre los créditos, regula los efectos que produce el concurso de acreedores sobre la prescripción de las acciones, disponiendo el mencionado precepto que desde la declaración del concurso de acreedores hasta la conclusión del mismo quedarán interrumpidos los plazos de prescripción de las acciones que tengan frente al deudor y de aquellas acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de la aplicación de la presente Ley.

El legislador concursal, al regular los efectos de la declaración de concurso de acreedores ha tenido en cuenta, como no podía ser de otro modo, que la imposibilidad de poder exigir el cobro del crédito al margen del concurso debe llevar aparejada la interrupción de la prescripción de dicho derecho de crédito. Así mismo, el legislador ha aprovechado que estaba tratando la prescripción de los créditos para introducir una norma sobre la prescripción de las acciones en general en el párrafo segundo del artículo 60.3 de la LC.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Artículo 60.3 de la Ley Concursal: *“Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.*

También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.”

Por consiguiente, el anterior precepto ha instaurado una interrupción de la prescripción de toda clase de acciones que quedasen suspendidas alcanzando dicha regulación a la acción ejecutiva de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Hemos de aclarar que la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene norma alguna que se refiera a la prescripción de la acción ejecutiva de los títulos extrajudiciales.

El artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla un plazo de caducidad específico en relación exclusivamente a los títulos ejecutivos de carácter judicial. El legislador ha optado por un plazo de caducidad que no de prescripción lo cual nos parece razonable pues dichas resoluciones se han obtenido en el seno de un proceso jurisdiccional que ha implicado el empleo de recursos públicos y, en consecuencia, la parte que se ha visto favorecida, en caso de que no se produzca el cumplimiento voluntario de quien resulte condenado, deberá adoptar una actitud activa y formular la correspondiente demanda ejecutiva, máxime cuando la ley le exime incluso de formular una demanda de ejecución bastando un mero escrito en el que mencione la resolución procesal y solicite el despacho de ejecución tal y como dispone el artículo 549.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todas estas facilidades tienen su contrapunto en la existencia de un plazo de caducidad, el establecido en el artículo 518 del antedicho cuerpo legal que, aunque amplio, una vez transcurrido determina la extinción de la acción ejecutiva basada en un título judicial.

Por el contrario, nada dice la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prescripción de la acción ejecutiva fundada en títulos extrajudiciales, la cual, al no tener plazo específico de prescripción se regirá por las disposiciones generales en materia de prescripciones contenidas en el artículo 1.964 del Código Civil ⁴⁹², el cual, en su reciente redacción operada mediante la reforma de la Ley 42/2015 de 5 de octubre, ha pasado de los 15 años a los cinco años actuales. De este modo coinciden en el tiempo la caducidad del título judicial con la prescripción del título extrajudicial. El problema es que, tal y como hemos expuesto, mientras que la Ley Concursal ha previsto la interrupción sobre la prescripción de cualquier tipo de acciones no ha hecho tal previsión sobre la caducidad de las acciones.

⁴⁹² Artículo 1964.2 del Código Civil: *“Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.”*

Sobre esta cuestión MARÍN LÓPEZ plantea la existencia de opiniones divergentes en la doctrina procesalista en relación a la naturaleza jurídica del artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señalando que algunas de ellas sostienen que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad.⁴⁹³ En nuestra opinión ha de descartarse tal posibilidad en primer lugar porque el tenor literal de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite una interpretación en tal sentido al referirse de forma expresa a que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción. La jurisprudencia se muestra unánime al considerar que la acción ejecutiva pasó de no tener un plazo específico de prescripción en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 a un plazo de caducidad tras la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento de 2000. Por este motivo, vigente la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la acción ejecutiva se encontraba sujeta a las disposiciones del artículo 1.964 del Código Civil que determinaba un plazo de prescripción de quince años mientras que en la actualidad se rige por un plazo de caducidad, el establecido en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido se pronuncia al respecto la Audiencia Provincial de Granada en su Auto de 24 de noviembre de 2009.⁴⁹⁴

A tenor de lo que llevamos expuesto hemos de descartar la posibilidad de que podamos aplicar las previsiones contenidas en el artículo 60 de la LC a la caducidad de la acción ejecutiva que se encuentren pendientes de ejercicio. El autor anteriormente mencionado entiende que el plazo de ejercicio de la acción ejecutiva debe de quedar igualmente en suspenso, aunque no justifica los motivos por los que llega a tal conclusión.⁴⁹⁵

En nuestra opinión, cabría la posibilidad de hacer una aplicación extensiva del artículo 238 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁹⁶ en las situaciones de concurso de

⁴⁹³ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.572.

⁴⁹⁴ Auto de 24 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Granada, Fundamento Jurídico Tercero: “antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, el plazo de prescripción para solicitar la ejecución de la Sentencia que nos ocupa, era de quince años, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1971 y 1.964 del C. Civil, ante la laguna legal existente al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881. Vigente la Ley 1/2000, el plazo de caducidad establecido por la misma, para el ejercicio de la acción ejecutiva derivada de títulos jurisdiccionales es de cinco años, según dispone en su art. 518.”

⁴⁹⁵ MARÍN LÓPEZ, M.J., “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.572.

⁴⁹⁶ Artículo 238 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “No se producirá caducidad de la instancia o del recurso si el procedimiento hubiere quedado paralizado por fuerza mayor o por cualquiera otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados.”

acreedores. Tal aplicación no estaría exenta en modo alguno de cierta problemática habida cuenta de que los artículos 236 a 240 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan la caducidad en la instancia y el 239 del mencionado cuerpo legal⁴⁹⁷ establece de modo expreso que las disposiciones anteriores no serán de aplicación en la ejecución en la que no se producirá la caducidad de la instancia.

Ahora bien, si examinamos de forma detenida la letra y el espíritu del artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podemos ver que el mismo, lo que pretende, es que una vez iniciado un procedimiento de ejecución a éste no le afecte una posible caducidad de la instancia por encontrarse paralizado por causa no imputable a la parte ejecutante. En definitiva, la voluntad del legislador es que la caducidad de la instancia no impida el desarrollo normal de la acción ejecutiva teniendo en cuenta que, en un proceso de ejecución suele suceder que, si no se encuentran bienes sobre los que trabar embargo, el ejecutante tardará años antes de conseguir trabar embargo sobre algún bien.

Examinando el contenido del artículo 238 de la Ley de Enjuiciamiento Civil observamos que el mismo tiene por objeto evitar que el instituto de la caducidad pueda perjudicar las acciones de quien actúa de buena fe y no puede ejercitar su acción por causa legal o de fuerza mayor que se lo impida. Recoge el mencionado precepto la tradición jurídica en la que doctrina y jurisprudencia exigían para apreciar la caducidad una conducta negligente de la parte a quien habrá de perjudicar.

Entendemos que la finalidad de la norma que acabamos de exponer, e incluso su tenor literal, encajan a la perfección con el supuesto regulado en el artículo 55 de la LC. En consecuencia, si existe una norma que prohíbe de forma temporal el ejercicio de la acción ejecutiva, tal es el artículo 55 de la LC, y ante la falta de una norma específica contenida en dicha ley, entendemos que deben de entrar en juego las previsiones del artículo 238 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma que no pueda apreciarse la caducidad de una acción por un sujeto que no ha tenido ocasión de ejercitar la misma en lo que constituiría una clara vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna.

⁴⁹⁷ Artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Las disposiciones de los artículos que preceden no serán aplicables en las actuaciones para la ejecución forzosa.*

Estas actuaciones se podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en este Título.”

En apoyo de nuestra tesis podemos traer a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de diciembre de 2007 el cual trata de una forma impecable la necesidad de que concurra un abandono o inactividad voluntaria de la parte para apreciar la caducidad.⁴⁹⁸ Si bien es cierto que la fundamentación jurídica de la

⁴⁹⁸ Auto de 19 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Fundamento Jurídico Segundo: *“Así las cosas, en cuanto a sus presupuestos, la doctrina, en coincidencia sustancial con reiterada jurisprudencia señala, precisa la concurrencia de los dos requisitos o condiciones que constituyen su esencia:*

- a) La paralización del proceso durante los plazos que señala el art. 411.*
- b) Que este abandono o inactividad sea imputable a la parte (art. 412).*

Por otra parte, el instituto de la caducidad, en cuanto afecta al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, debe ser interpretado de forma restrictiva, de suerte que sólo cuando la paralización del proceso se debe a la exclusiva negligencia o aquietamiento de la parte, y no al incumplimiento de deberes de impulso procesal de oficio atribuido al órgano judicial, podrá decretarse la caducidad de la instancia (STC 364/93 de 13 diciembre), teniendo en cuenta lo dispuesto en los referidos art. 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Igualmente la AP Ciudad Real, sec. 2ª, A 30-12-2004, “...SEGUNDO.- En resumen se plantea el presente recurso al entender la parte recurrente que el juzgador de instancia ha aplicado incorrectamente la institución de la caducidad de la instancia. La caducidad de la instancia, que regulan los artículos 411 a 420 de la L.E.C anterior y aplicable al juicio analizado, es la terminación de un proceso, que se halla en estado de paralización, por el transcurso de unos plazos legalmente establecidos y por la falta de realización, durante los mismos, de un acto de parte necesario para la reanudación del proceso, instituto que, como dice la STS de 29 Jun. 1993, «tiene como fundamento subjetivo la presunción de abandono de la pretensión hecha por la partes litigantes y un fundamento objetivo como es la necesidad de evitar la excesiva prolongación de los procesos, y que para que produzca los oportunos efectos, como sienta la STS de 21 Abr. 1986, «se hace precisa la concurrencia de los dos requisitos o condiciones que constituyen su esencia:

- a) La paralización del proceso durante los plazos que señala el citado artículo 411.*

b) Que este abandono o inactividad sea imputable a la parte (artículo 412). En consecuencia, quedan fuera del ámbito de dicha “caducidad” las paralizaciones debidas a fuerza mayor o a causas ajenas a la voluntad de los litigantes», debiendo añadirse que el «dies a quo» de los plazos señalados es, según el artículo 411, el de la última notificación efectuada a las partes.

En este sentido, la STS. de 14 Feb. 2000, es clara cuando, refiriéndose a una alegación de caducidad en la segunda instancia, con expresa referencia al art. 412 citado, añade que concurre la segunda de las excepciones citadas en el mismo, «pues la demora denunciada en el motivo, fácticamente cierta, es únicamente atribuible al Tribunal sin que ninguna pasividad o inactividad quepa imputar a las actoras recurrentes en apelación. Por lo tanto, aunque concurre el requisito objetivo de la paralización del proceso, falta el subjetivo de imputabilidad a la parte (Sentencias 9 Nov. 1950, 21 Abr. 1986, 14 Jun. 1995)». Refiriéndose a un supuesto de paralización en la instancia, por más de cuatro años, precisamente en el trámite de las diligencias para mejor proveer, la STS. de 1 Feb. 2000, citada por la parte apelada en su escrito de impugnación del recurso, es categórica cuando, dejando a salvo el derecho a un proceso sin dilaciones, indebidas, afirma: «No cabe, pues, apreciar la caducidad ni entender que se han infringido los arts. 411 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni estimar el motivo del recurso, ya que la caducidad no es solo una paralización objetiva del proceso, sino que es preciso también una imputación subjetiva a los litigantes y esto último no se ha producido en el presente caso.»

La caducidad de la instancia es la extinción o conclusión del proceso como consecuencia de la inactividad de las partes durante el período de tiempo legalmente dispuesto (art. 411 de la LEC) y tiene su razón de ser en el principio de seguridad jurídica persiguiendo evitar que los procesos se prolonguen durante tiempo indefinido asentándose en los principios de impulso de oficio, preclusión e improrrogabilidad de los plazos siendo de recordar al respecto que si bien en el proceso civil rige el principio dispositivo no es menos cierto que en cuanto a su tramitación el impulso de oficio establecido en los art. 307 de la LEC y 237 de la LOPJ obliga a los jueces y tribunales a dar al proceso el curso que corresponda siendo reglado por normas de ius cogens no susceptibles de disposición por las partes. Así la STC 364/1993 ya afirmaba que tras la entrada en vigor de la Constitución el derecho a la tutela

mencionada sentencia se funda en el contenido del artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no es menos cierto que el contenido del mencionado precepto ha sido recogido en el vigente artículo 238 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuanto llevamos expuesto nos lleva a concluir en el sentido de que toda vez que opere el efecto de *vis attractiva* ejecutiva contemplado en el artículo 55.1 de la LC, la caducidad de la instancia contemplada en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedará suspendida en tanto que dure la tramitación del concurso de acreedores reanudándose el plazo en el caso de que el concurso no llegue a la fase de convenio o de liquidación. Lo expuesto no es óbice para señalar que lo más acertado hubiera sido que el legislador concursal en el artículo 55 de la LC hubiera establecido una norma específica sobre la suspensión del plazo de caducidad previsto en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de no tener que acudir a una integración compleja y fácilmente cuestionable sobre la base de la dicción literal del artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil examinado anteriormente.

Podemos concluir en que la Ley Concursal da un tratamiento disperso y en ocasiones insuficiente a una cuestión que resulta de una gran relevancia práctica habida cuenta de que solo en Andalucía se han declarado en el año 2015 un total de 615 concursos que han terminado en la fase común lo que implica que no se ha abierto la fase de liquidación o convenio.⁴⁹⁹

B. La vis attractiva y las ejecuciones con garantía real.

En el seno del concurso de acreedores existe una cuestión que es de una gran importancia como es la de determinar en qué medida el efecto de atracción del concurso se proyecta sobre las ejecuciones en ejercicio de un derecho real de garantía. De una lectura somera de los artículos 56, 57 y del artículo 8.3º todos ellos de la LC podemos aventurar que la *vis attractiva* concursal se proyecta las ejecuciones sobre bienes del concursado que traigan causa de obligaciones garantizadas mediante un derecho real

judicial efectiva de su art. 24 obliga a una interpretación de las disposiciones procesales restrictivas de la inactividad de la parte de suerte que solo cuando la paralización del proceso se deba a la exclusiva negligencia o aquietamiento de la parte, y no al incumplimiento de deberes de impulso procesal de oficio atribuirse al órgano judicial podrá decretarse la caducidad de la instancia. Sus requisitos, por tanto, viene a ser que la paralización obedezca a inactividad de la parte, y no al incumplimiento por el órgano judicial de su deber de impulsar de oficio el proceso, falta de justificación de la paralización y transcurso de los plazos del art. 411 de la LEC".

⁴⁹⁹ Datos según la Estadística Judicial publicada por el Consejo General del Poder Judicial y disponible en la página web siguiente: <http://www6.poderjudicial.es/>, consultada el 20 de agosto de 2016.

como es el caso de la hipoteca y la prenda, pero también de otro tipo de contratos atípicos propios del tráfico mercantil en los que existe una garantía real. Se trata esta de una cuestión de gran importancia práctica porque en la gran mayoría de concursos, suelen existir un número importante de créditos garantizados con un derecho real, de ahí la importancia de examinar cómo la regulación contenida en la Ley Concursal satisface los intereses generales del concurso, así como los intereses singulares de los acreedores con este tipo de créditos que tradicionalmente han venido y siguen siendo privilegiados.

a) La relación entre el concurso de acreedores y los acreedores con garantía real

Si bien todo proceso implica una confrontación de derechos, al menos todo proceso contencioso, el concurso de acreedores tiene la particularidad de que además de la existencia de dos partes bien definidas, acreedores y concursado, en bastantes ocasiones, dentro de la parte acreedora, existe una situación de confrontación entre los acreedores en razón al tipo de créditos y a la prevalencia de unos sobre otros.

En el ámbito de los créditos con garantía real es de donde esa confrontación puede darse con más intensidad pues el crédito con garantía real es un crédito al que nuestra legislación ha dotado de los mayores privilegios de forma que unos bienes quedan sujetos al cumplimiento de una obligación y, en caso de incumplimiento, puede el acreedor hacer suyos dichos bienes para realizarlos y obtener así el pago de la deuda. De esta forma los intereses del acreedor cuyo crédito tenga una garantía real no va a tener interés alguno en concurrir al concurso junto con el resto de acreedores sino todo lo contrario, buscará quedar al margen del concurso y realizar su derecho de crédito frente al bien que garantiza la deuda.

La sujeción de un bien al cumplimiento de la obligación es la principal característica de este tipo de negocio jurídico. Básicamente nos encontramos en la práctica con dos modalidades, la hipoteca que es una pignoración de un bien inmueble en garantía del pago de una obligación y la prenda que es la entrega de un bien mueble también en garantía del cumplimiento de una obligación. El artículo 1.876 del Código Civil, en relación con la hipoteca, dispone que *“la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”*. En similares términos está regulada la institución de la prenda en el artículo 1.866 del Código Civil el cual determina que *“el contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa*

en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.”

Por consiguiente, en ambas instituciones existe la sujeción de un bien al pago de una deuda. Esta sujeción choca diametralmente con la norma concursal en el sentido de que todos los bienes del deudor quedan sujetos en la masa activa del concurso. El principio de universalidad del concurso alcanza de lleno a los créditos con garantía real pues el artículo 76 de la LC, precepto que recoge el principio de universalidad de la masa activa, únicamente recoge como excepción el caso de los bienes y derechos que resulten inembargables, cualidad de la que no gozan los bienes que garantizan hipotecas o prendas.

Esta situación no siempre se ha saldado en favor del principio de universalidad. La antigua regulación sobre las quiebras omitió hacer una mención expresa sobre la existencia de un privilegio de ejecución separada. En este sentido y en relación a la quiebra, el Código de Comercio de 1885, en su artículo 918 establecía que los acreedores pignoratícios tenían obligación de llevar a la masa los valores u objetos que recibieron en prenda, salvo que la representación de la quiebra los quisiera recobrar satisfaciendo íntegramente el crédito a que estuvieren afectos. Es claro que los bienes pignorados quedaban, en principio, fuera del concurso y en caso de que los mismos quisieran ser llevados al concurso, el acreedor previamente veía satisfecho su crédito por lo que quedaban al margen del concurso. En este sentido señalaba el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de abril de 1997 en relación a la prenda que: *“la preferencia del derecho real de garantía lo hace apartarse de la masa de la quiebra en principio.”*

Algo similar ocurría con la hipoteca al establecer el artículo 920 del Código de Comercio que los acreedores hipotecarios, en la parte de los créditos que no quedase cubierta con la venta del inmueble, tendrían la consideración de acreedores escriturarios, lo que implica que sus créditos solamente formarían parte del concurso en aquella parte no cubierta por el derecho real de garantía. El mencionado precepto, mantenía fuera del concurso de acreedores el bien objeto de garantía y sin embargo, aunque no lo hiciera de forma expresa, reconocía el privilegio de ejecución separada en la medida que preveía la posibilidad de poder acudir al concurso por las cantidades no cubiertas en la ejecución. En relación al concurso de acreedores el Código Civil se

limitaba a privilegiar a este tipo de crédito sin hacer mención alguna que indicase si procedía o no una ejecución de los mismos al margen del concurso.

Afortunadamente el legislador, a la hora de abordar la reforma es consciente de la grave laguna existente y decide ponerle fin. En este sentido, la Exposición de Motivos de la vigente LC recoge la piedra angular sobre la que descansará la regulación sobre las obligaciones garantizadas con privilegios reales.⁵⁰⁰ El nuevo sistema busca lograr un difícil equilibrio entre el principio de universalidad del concurso de acreedores y el privilegio de ejecución separada. El equilibrio se consigue permitiendo la ejecución separada de los acreedores con privilegio real si bien haciendo posible que dichas ejecuciones separadas no puedan tener lugar hasta que se alcance un convenio o pase un año desde que se dictó el concurso si no se ha llegado a acuerdo ni tampoco se ha abierto la fase de liquidación.

b) La regulación en la Ley Concursal de las acciones ejecutivas con garantía real.

- **Exclusión de las ejecuciones con garantía real del ámbito de aplicación del artículo 55.4 de la Ley Concursal.**

En primer lugar, el artículo 55 de la LC dispone en su apartado 4 que las normas contenidas en dicho precepto sobre la prohibición de instar nuevas ejecuciones una vez declarado el concurso, así como la suspensión de las ya iniciadas, no serán de aplicación a las ejecuciones de bienes del concursado despachadas en ejercicio de acciones con garantía real. Si bien podríamos interpretar, a *sensu contrario*, que las acciones ejecutivas con privilegio real pueden continuar y se pueden instar en el concurso una vez declarado éste, nada más lejos de la realidad, pues los artículos que siguen se

⁵⁰⁰ Exposición de Motivos de la Ley Concursal, Parágrafo III: “Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. La fórmula que combina estos propósitos es la de paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso. Salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviese anunciada la subasta, las actuaciones de ejecución iniciadas con anterioridad se suspenderán y no se reanudarán, ni podrán iniciarse otras, hasta que transcurran los plazos señalados. Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia.”

encargan de regular los efectos que provoca la declaración de concurso sobre este tipo de acciones.

Una vez más observamos cómo la redacción empleada por el legislador no ha sido demasiado cuidada pues si bien el apartado 4 del artículo 55 de la LC cumple su función de delimitar negativamente el ámbito de aplicación de dicho precepto deja entreabierto una puerta a la interpretación que hacíamos antes y es necesario ponerlo en relación con los artículos siguientes para tener una imagen completa de la regulación. El legislador podría haber incluido una simple previsión indicando que dichas acciones se regirán por lo que dispongan los artículos siguientes. Otra posibilidad hubiera sido no incluir dicho apartado, de esta forma al existir unas normas especiales relativas a las ejecuciones de créditos con garantía real en los artículos 56 y 57 de la LC se aplicarían éstas últimas. Si bien entendemos que el error en la interpretación del artículo 55.4º de la LC debe de ser prácticamente inexistente en la práctica, ello no impide que se pudiera dar una redacción más cuidada.

▪ **Artículo 56 de la Ley Concursal: paralización de las ejecuciones con garantía real.**

Una vez hemos realizado la anterior reflexión entramos de lleno en el contenido de los artículos que regulan el régimen jurídico de las ejecuciones con garantía real en el concurso de acreedores. En primer lugar, nos encontramos con una norma que determina, con carácter general, la paralización de las ejecuciones con garantía real tal es el artículo 56 de la LC.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Artículo 56 de la Ley Concursal: *“1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.*

Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo:

a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.

b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Lo primero que tenemos que abordar es el ámbito de aplicación material del precepto anteriormente transcrito. En primer lugar, el legislador se refiere a los acreedores con garantía real, que tal y como ya hemos tenido ocasión de examinar son aquellos que tienen garantizada su deuda mediante la constitución de prenda o hipoteca. Además de los anteriores, el legislador ha contemplado supuestos similares que si bien no todos entran en la categoría de créditos con garantía real se asemejan bastante. Dichas acciones son las siguientes:

- La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles contiene un tipo específico de garantía: el pacto de reserva de dominio en virtud del cual, el bien objeto de la compraventa por parte del deudor pueda garantizar la operación sin necesidad de que quede en poder del acreedor como sucede con la prenda. La solución se alcanza mediante el denominado pacto de reserva del dominio, en cuya virtud, el deudor (adquirente) no va a consolidar su dominio sobre la cosa en tanto que no haya satisfecho el precio en su integridad. La reserva del dominio puede hacerse en favor del vendedor y lo más habitual, en el caso de que un tercero financie la operación es que se constituya en favor de quien financia la operación toda vez que el vendedor ve satisfecho el precio de venta al recibirlo de quien lo financia.

En relación a la naturaleza jurídica del pacto con reserva de dominio BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO ⁵⁰² recoge los tres posicionamientos doctrinales mantenidos al respecto por la doctrina: el primero de ellos considera que el pacto con reserva de dominio es una condición suspensiva en virtud de la cual hasta que no se cumple la misma (la totalidad del pago del precio) no se

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán, si no hubiesen sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.

4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.

5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”

⁵⁰² BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R., “Compraventa de bienes muebles a plazos. La reserva de dominio” en AAVV: TRATADO DE CONTRATOS, recurso electrónico consultado el 2/2/2017 en www.tirantonline.com.

adquiere la titularidad del bien; por el contrario otra parte de la doctrina civilista vendría a sostener que el pacto con reserva de dominio es una condición resolutoria, de forma que cuando tiene lugar la condición (el impago) da lugar a la resolución de la compraventa. Por último, señala el mencionado autor que una parte de la doctrina postula que se trata de un derecho real de garantía. Continúa razonando el mencionado autor que la reserva de dominio en el ámbito de aplicación de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, se habría de considerar como un verdadero derecho real de garantía habida cuenta de que es oponible frente a terceros, se trata un crédito privilegiado que recae sobre la cosa y en la Ley Concursal recibe similar tratamiento que los créditos con garantía real, tanto en el artículo 56 que estamos examinando como en el artículo 90.1 apartado 4º ambos de la LC.⁵⁰³

Resulta necesario que en este punto nos refiramos a las acciones existentes en el ámbito de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Inmuebles. Dispone el artículo 16.1 de la citada norma que el acreedor dispondrá frente al deudor de varias acciones.

En primer lugar, podrá acudir, como no podía ser de otro modo, a los procedimientos declarativos ordinarios y al proceso monitorio. Estas acciones, en buena lógica, habrán de quedar al margen de las previsiones legales del artículo 56 de la LC habida cuenta de que no se trata de acciones ejecutivas sino declarativas.

Así mismo dispone el artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles señala que el acreedor también podrá acudir al proceso de ejecución, cuando el contrato de venta a plazos conste en póliza intervenida por con las formalidades previstas en el artículo 517.2.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁵⁰⁴ Hemos de preguntarnos si este tipo de ejecución debe de considerarse dentro del ámbito de aplicación material del artículo 56 de la LC o si por el

⁵⁰³ Artículo 90.1 apartado 4º de la Ley Concursal: *“Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.”*

⁵⁰⁴ Artículo 517.2. apartado 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.”*

contrario debe de verse afectada por la *vis attractiva* ejecutiva general del artículo 55 de la citada norma. En este sentido entendemos que la apertura del procedimiento de ejecución se hace en base no al tipo de garantía existente sino a la forma en la que se instrumenta el contrato (la póliza intervenida) por lo que postulamos que cuando se pretenda instar una ejecución empleando la póliza de mercantil como título ejecutivo nos encontraremos con una ejecución singular carente de privilegio alguno y, en consecuencia, quedaría sujeta a las prevenciones contenidas en el artículo 55 de la LC.

Una de las cuestiones más significativas de la Ley de Venta a Plazos es la de crear un proceso especial que va dirigido de forma directa frente a los bienes que garantizan la operación, el cual, viene contemplado en el artículo 16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Inmuebles.⁵⁰⁵ Este procedimiento especial tiene

⁵⁰⁵ Artículo 16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles: “En caso de incumplimiento de un contrato inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, el acreedor podrá dirigirse directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos, con arreglo al siguiente procedimiento:

a) El acreedor, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, requerirá de pago a éste, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación. Asimismo, se apercibirá al deudor de que, en el supuesto de no atender al pago de la obligación, se procederá contra los bienes adquiridos a plazos en la forma establecida en el presente artículo.

Salvo pacto en contrario, la suma líquida exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación expedida por el acreedor, siempre que se acredite, por fedatario público, haberse practicado aquella liquidación en la forma pactada por las partes en el contrato y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

b) El deudor, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al acreedor o a la persona que éste hubiera designado en el requerimiento.

c) Si el deudor no pagase, pero voluntariamente hiciera entrega de los bienes adquiridos a plazos, se procederá a su enajenación en pública subasta, con intervención de Notario o Corredor de Comercio colegiado, según sus respectivas competencias.

En la subasta se seguirán, en cuanto fuesen de aplicación, las reglas establecidas en el artículo 1872 del Código Civil y disposiciones complementarias, así como las normas reguladoras de la actividad profesional de Notarios y Corredores de Comercio. En la primera subasta servirá como tipo el valor fijado a tal efecto por las partes en el contrato.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, el acreedor podrá optar por la adjudicación de los bienes para pago de la deuda sin necesidad de acudir a la pública subasta. En tal caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra e) de este apartado.

d) Cuando el deudor no pague la cantidad exigida ni entregare los bienes para la enajenación en pública subasta a que se refiere la letra anterior, el acreedor podrá reclamar del tribunal competente la tutela sumaria de su derecho, mediante el ejercicio de las acciones previstas en los números 10º y 11º del apartado primero del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) La adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada.

dos acciones distintas, la contemplada en el artículo 250.1.10º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la contemplada en el número 11º del anterior precepto. Si bien es cierto que ambas acciones comparten ciertas características tales como el trámite por el que se van a ventilar, la carencia de eficacia de cosa juzgada de la resolución jurisdiccional que resuelve el procedimiento y la sumariedad del procedimiento hay diferencias sustanciales y que resultan absolutamente relevantes a la hora de determinar si son alcanzadas por el artículo 56 de la LC.

El apartado 10º del artículo 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una acción claramente declarativa, pues pretende que se declare el incumplimiento contractual del deudor y a los efectos de obtener un título ejecutivo con una particularidad muy significativa que es la de obtener una tutela ejecutiva que exclusivamente va a dirigirse contra el bien que garantizaba la operación y sobre el que no se había constituido la correspondiente reserva de dominio. Al no existir reserva de dominio y tratarse de un procedimiento declarativo, queda absolutamente al margen de la regulación contenida en el artículo 56 de la LC y el régimen jurídico aplicable será, en su caso, el nuevos juicios o juicios declarativos pendientes frente al patrimonio del concursado al que nos hemos referido en epígrafes anteriores.

Mayor problema plantea, sin duda alguna, la calificación de la acción prevista en el apartado 11ª del artículo 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁰⁶ La mencionada acción viene prevista dentro del ámbito del juicio verbal que es un procedimiento declarativo ordinario. Por tanto, no podemos hacer otra cosa que calificarla como una acción declarativa. Sin embargo, si atendemos a la finalidad de la acción vemos que dista bastante de la acción que hemos examinado anteriormente, concretamente la finalidad no es obtener un

En caso de no haberse pactado un procedimiento para el cálculo de la depreciación del bien, el acreedor deberá acreditarla en el correspondiente proceso declarativo.

f) La adquisición de los bienes subastados no impedirá la reclamación de las cantidades que correspondan, si el valor del bien obtenido en la subasta fuese inferior o superior a la deuda reclamada.”

⁵⁰⁶ Artículo 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartado 11º: *“Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles, o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, al arrendador o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso”*

pronunciamiento declarativo o de condena sino como resalta la propia dicción literal del precepto es la de obtener “*la inmediata posesión del bien*” que garantizaba la deuda, a través de un verdadero proceso para lograr la posesión de los bienes lo que nos induce, cuando menos, a preguntarnos si no existe un cierto carácter ejecutivo en el procedimiento previsto en el mencionado precepto pese a incluirse en los procedimientos declarativos. Dicha cuestión pese al interés que suscita desde el punto de vista procesal, no tenemos más remedio que dejar en el aire puesto que resulta ajena a los fines de nuestra investigación.

El legislador concursal, en la reforma operada en 2011 modificó el artículo 56 de la LC y se encargó de delimitar de forma expresa que las previsiones del mencionado precepto se aplicarán a aquellas acciones que tienen por objeto la recuperación del bien por existir una garantía real sobre el mismo como es la reserva de dominio que consta inscrita en el registro.

Por consiguiente debemos de concluir en el sentido de que de todas las acciones que se prevén en el artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de bienes inmuebles, las previsiones del artículo 56 de la LC únicamente resultarán de aplicación a las acciones ejercitadas al amparo del artículo 250.1.11º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tienen por objeto la restitución de la cosa. Ello es así porque tal y como señala FAJARDO FERNÁNDEZ el artículo 56 tiene por finalidad paralizar las ejecuciones que recaen sobre un determinado bien afecto a la actividad del concursado, por lo que si la ejecución se dirige contra dinero u otros bienes deberá seguir las normas generales sobre la ejecución.⁵⁰⁷

- Acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución. El arrendamiento financiero o leasing es un contrato mercantil atípico en la medida de que tal figura contractual no aparece regulada ni en el Código Civil ni en el código mercantil. Las referencias legales a esta figura vienen dadas por la normativa tributaria que es la que se ha encargado de regular la tributación de esta figura. La Disposición Adicional 3ª de la Ley de Ordenación, Supervisión y

⁵⁰⁷ FAJARDO FERNÁNDEZ, J., “Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores” en AAVV: *Comentarios a la Ley Concursal*, Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010, pág. 653.

Solvencia de Entidades de Crédito contiene la definición del arrendamiento financiero.⁵⁰⁸

La naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o leasing es discutida por la doctrina. HERBOSA MARTÍNEZ ⁵⁰⁹ recoge los posicionamientos doctrinales en relación a esta figura que se resumen en tres: una parte de la doctrina los califica como contratos de arrendamiento, posición que se fundamenta en que existe una cesión del uso de una cosa a cambio del pago de una prestación pecuniaria periódica; una segunda posición doctrinal que lo califican de venta a plazos, porque finalmente puede adquirirse un bien que se ha ido pagando en cuotas; y quienes ven en el leasing un préstamo garantizado por un bien. La incidencia del concurso de acreedores sobre este tipo de contratos es muy alta habida cuenta de que se trata de uno de los medios más empleados en el tráfico mercantil para adquirir equipamiento profesional dado lo ventajoso de su fiscalidad en relación con la compraventa y tal y como veremos más adelante la ejecución temporal se proyecta sobre los bienes necesarios para el ejercicio de la actividad del concursado.

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé una acción para que en caso de incumplimiento del deudor el acreedor pueda recuperar los bienes que le pertenecen. La mencionada acción es la del artículo 250.1.11º que ya examinamos anteriormente coincidiendo en consecuencia una misma acción para dos tipos de contratos distintos, la venta a plazos y el arrendamiento financiero. La acción es la misma pese a que el título jurídico sea diferente en base a que la tutela jurisdiccional que se solicita es idéntica, recuperar el bien, previa resolución del contrato. La LC se refiere a la anterior acción en el artículo 56.1 apartado c).

- La última de las acciones a las que se refiere el artículo 56 de la LC es la acción resolutoria de compraventa de inmuebles a plazos por falta de pago. En este

⁵⁰⁸ Disposición Adicional 3ª de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito: *“Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario.”*

⁵⁰⁹ HERBOSA MARTÍNEZ, I., “Tratamiento del leasing financiero en el concurso del arrendatario” en *Anuario de Derecho Concursal* num.26/2012, págs. 51 a 104.

sentido la acción que es alcanzada por el artículo 56.1 apartado b) de la LC es una acción resolutoria que dista bastante de las que venimos examinando habida cuenta que no tiene por finalidad poner al acreedor en poder de un bien que pertenece al concursado. Dicha acción resolutoria viene específicamente contemplada en el artículo 1.504 del Código Civil el cual dispone que, en caso de impago en la compraventa de bienes inmuebles, el acreedor podrá resolver el contrato previo requerimiento judicial o notarial. Si bien se trata de una acción de contenido declarativo, la anterior declaración lleva aparejada de forma inherente la restitución de las prestaciones. Ante la falta de una regulación específica del efecto resolutorio señalan BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y QUICIOS MOLINA ⁵¹⁰ que la jurisprudencia entiende que la resolución por incumplimiento produce, en cuanto a sus efectos restitutorios, los de las condiciones resolutorias previstos en el artículo 1.123 del Código Civil. ⁵¹¹

Por consiguiente, aunque se trata de una acción resolutoria de carácter declarativo y no tenga relación alguna con ninguna clase de garantía real, lo relevante a los efectos concursales es que el comprador pueda recuperar un inmueble que se encuentre afecto a la actividad del concursado, en definitiva se trata de una acción que implica una recuperación de un bien cuya disposición era del concursado por lo que es éste el motivo de que estas acciones declarativas reciban el mismo tratamiento concursal que las anteriores.

Una vez que hemos examinado las acciones que quedan sujetas al ámbito de aplicación del artículo 56 de la LC procede ahora examinar el segundo elemento que configura su ámbito de aplicación: la necesidad de los bienes que dichas acciones están encaminadas a recuperar para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado. Se trata esta de una cuestión fáctica que requiere de un examen del tipo de actividad a la que se dedica el concursado, así como el grado de afección de dichos bienes en la estructura productiva. Pese a que la norma está redactada en unos términos amplios e indeterminados que permiten un amplio margen discrecional al juez del concurso puede inferirse que no basta una mera afección a la producción. En este sentido, el Legislador emplea el término necesarios para la continuidad, lo que nos

⁵¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y QUICIOS MOLINA S., “La ineficacia contractual” en AAVV *Tratado de Contratos*, Valencia 2010. Consultado en www.tirantonline.com el 14/01/2017.

⁵¹¹ Artículo 1.123 del Código Civil: “*Cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido*”

permite descartar a aquellos bienes que, pese a formar parte del patrimonio empresarial o profesional del deudor no vayan a ser necesarios para la continuidad. El legislador está poniendo el acento no tanto en que sean necesarios para la empresa o profesión, sino que sean necesarios para la actividad que va a continuar. Ésta necesidad es precisamente la que justifica que no puedan ser objeto de acciones ejecutivas o asimiladas y deban de quedar temporalmente suspendidas.

En la redacción originaria de este precepto el legislador empleó el termino afección a la actividad lo que produjo distintas posiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales al respecto. Tal y como recoge CANTAVELLA TERCENIO⁵¹² la jurisprudencia existente al respecto se posicionó en torno a dos tesis: la contable y en contraposición a ésta última, la tesis económica o funcional. La primera de ellas consideraba como bienes afectos a aquellos que tenían tal consideración a tenor de las normas de contabilidad, estoses, aquellos bienes que integran el patrimonio inmovilizado por estar destinados a formar parte integrante de la unidad productiva durante un largo periodo de tiempo. Ello suponía dejar fuera a bienes que formasen parte del circulante lo que en determinadas empresas podría ocasionar problemas, pensemos en los coches de un concesionario. Quedarían al margen del concepto de bien necesario y en caso de recaer sobre ellos una garantía real podrían ser objeto de una ejecución separada con el consecuente perjuicio para el desarrollo de la actividad del concesionario que no podría continuar en modo alguno.

Es precisamente ante ese tipo de problemas donde apareció la interpretación económica o finalista, que postula que todo bien necesario para continuar con la actividad va a tener la consideración de bien afecto. Precisamente esta es la tesis que el Legislador ha adoptado al modificar el artículo 56 de la LC pasando de referirse a bienes afectos para hacerlo a bienes necesarios.

En consecuencia, no toda acción de las que nos hemos referido en el presente epígrafe que se dirija contra bienes del concursado será alcanzada por la *vis attractiva* del artículo 56 de la LC, sino únicamente aquellas acciones que se dirijan frente a bienes que sean necesarios para que el deudor pueda continuar con su actividad. El Legislador

⁵¹² CANTAVELLA TERCENIA, F., “Efectos del concurso sobre los acreedores: paralización de ejecuciones, nuevos procedimientos, competencia del concurso, el caso de los intereses” en AAVV *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* Director, MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012, pág.

consigue de esta forma alcanzar un difícil equilibrio entre los derechos de los acreedores con éste tipo de privilegios reales o asimilados y el interés general del concurso y del resto de acreedores logrando una continuidad de la actividad que pueda evitar la situación de insolvencia en aquellos casos en los que sea viable. Posibilidad, ésta última, que se vería cercenada, sin duda alguna, si estos acreedores pudieran privar a la unidad productivas de bienes necesarios.

A fin de clarificar un tanto, el Legislador concursal introdujo una presunción de no afección en el Real Decreto Ley 4/2014. Dicha matización es la siguiente: no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales a las que, estando sujeta la referida sociedad, permitan al deudor mantener la explotación del activo.

▪ **El efecto del artículo 56 de la Ley Concursal.**

Toda vez que hemos examinado el ámbito de aplicación del artículo 56 de la LC procede ahora examinar qué efectos produce la aplicación del mismo. Dispone el mencionado precepto que no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Por consiguiente, el efecto que produce el artículo 56 de la Ley Concursal es exactamente idéntico al producido por el artículo 55 de la citada ley y que hemos examinado en apartados anteriores: impedir que puedan iniciarse o continuarse ejecuciones singulares frente al patrimonio del concursado.

El principal efecto del artículo 56 de la LC es que contempla una excepción relevante que limita el efecto de *vis attractiva*. En primer lugar, quedan al margen de la *vis attractiva* del artículo 56 de la LC aquellas ejecuciones y aquellos apremios administrativos que se dirijan frente a bienes que no sean necesarios para que el deudor pueda continuar con su actividad. De esta forma, aquellos acreedores cuyos créditos tengan garantía real o asimilada por el artículo 56 de la LC podrán ejecutar la garantía al margen del concurso siempre que medie una declaración del juez del concurso en el sentido de que dichos bienes no son necesarios para la actividad del concursado.

En segundo lugar, el efecto de *vis attractiva* del artículo 56 de la Ley concursal se encuentra delimitado temporalmente de manera que el efecto de sujeción al concurso cesa de forma automática por el mero transcurso del tiempo. En concreto, dispone el mencionado precepto que la prohibición de dirigir ejecuciones y la suspensión se levantarán cuando haya transcurrido un año desde la declaración del concurso y no se haya abierto aún la fase de liquidación. En dicho supuesto podrán ejercitar su privilegio de ejecución separada respecto de dichos bienes.

Existe otra posibilidad de que pueda tener lugar una ejecución separada al amparo del artículo 56 de la LC y ésta última tiene lugar cuando los acreedores aprueben un convenio al que no afecte la existencia del derecho con garantía real o asimilado.

c) El privilegio de ejecución separada de las ejecuciones con garantía real.

El artículo 57 de la LC contempla las normas que rigen en aquellos supuestos en los que pueden dirigirse o en su caso, continuarse, ejecuciones singulares sobre bienes con garantía real o asimilados. Reconocido el privilegio de la ejecución separada en el artículo 56 de la mencionada ley, resulta necesario encajar las normas procesales generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las previsiones de la LC y el mencionado artículo 57 es precisamente el encargado de regular estas cuestiones.

Básicamente, el artículo 57 de la LC aclara la competencia y establece el procedimiento por el que se ventilarán o continuarán las ejecuciones singulares con garantía real o asimilada que de conformidad con las previsiones examinadas del artículo 56 de la LC puedan llevarse a cabo. Dispone en primer lugar el artículo 57.1 de la LC que: el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste. Se trata de una norma de atribución de competencia que no es otra cosa que una reiteración del artículo 8.3º de la citada ley.⁵¹³ Esta reiteración desde el punto de vista normativo resulta innecesaria porque es evidente que, la LC, al tratarse de una norma especial deroga las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de competencia ejecutiva sin que sea necesario dicha aclaración. Sin embargo y pese a lo innecesario de la misma, entendemos que como recordatorio para los

⁵¹³ Artículo 8.3º de la Ley Concursal: “*Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:*

3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.”

operadores jurídicos resulta muy práctica para no tener que tener presente las normas sobre la competencia del juez del concurso.

La segunda de las previsiones indica que la reanudación de la ejecución o el inicio de la misma se ventilarán por las reglas que correspondan, esto es por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante pieza separada. Los créditos con garantía real y asimilados tienen una regulación especial contenida tanto en la norma sustantiva que da origen a su especial tutela como en la Ley de Enjuiciamiento Civil. A modo de ejemplo, la hipoteca se regula en la Ley Hipotecaria y la tutela jurisdiccional de su proceso específico se regula en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El legislador concursal no pretende en modo alguno alterar la regulación existente para exigir el cobro de deudas con garantía real o asimiladas cuando se dirijan a los bienes que las garantizan sino únicamente alterar la competencia. Por el anterior motivo dispone que se tramiten en pieza separada. De esta forma la ejecución continúa de forma separada al concurso, pues en otro caso se ventilaría por los trámites del incidente concursal y las normas procesales y sustantivas que regulan este tipo de ejecuciones no se ven afectadas.

El privilegio de ejecución separada que estamos examinando no es absoluto, la norma determina un límite temporal de gran relevancia a efectos prácticos en el apartado tercero del artículo 57 de la LC, la cual es del tenor literal siguiente: *“Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada.”*

La apertura de la fase de liquidación marca el momento preclusivo para ejercitar una demanda de ejecución frente a bienes con privilegio de ejecución separada. La ejecución que haya quedado en suspenso por la declaración de concurso podrá retomarse sin límite temporal alguno, por lo que transcurrido el año de espera regulado en el artículo 56 podrán continuar su trámite ante el juez del concurso. La situación de las ejecuciones que no se hubieran iniciado es bien diferente, pues transcurrido un año de la declaración solo podrán iniciarse en el lapso de tiempo que media entre el final del año de espera y la apertura de la fase de liquidación. En el momento en el que se inicie la fase de liquidación, el acreedor con privilegio de ejecución separada perderá el

derecho a ejecutar su crédito contra el bien al margen del concurso y deberá realizar su crédito dentro del concurso junto con el resto de los acreedores.

Ello ocasiona que en aquellos supuestos en los que entre la declaración del concurso y la apertura de la fase de liquidación no haya mediado más de un año, aquellos créditos con garantía real cuya ejecución no se hubiera instado no podrán instarse ya. La razón hemos de buscarla en el hecho de que, en la fase de liquidación, todo el patrimonio del deudor queda dentro de la masa activa que va a liquidarse para satisfacer a los acreedores por lo que si no se ha iniciado la ejecución separada del bien llegado el momento de la liquidación éste último se realizará o en su caso se entregará al acreedor. La fase de liquidación tiene un marcado carácter de proceso de ejecución general que incluso se desprende del tenor literal de la propia Ley cuando se refiere a ella como el “*procedimiento de ejecución colectiva*”. Resultaría un absurdo que, existiendo un proceso de ejecución colectivo, se permitiese a un acreedor que se encuentra dentro del anterior proceso abrir un proceso de ejecución separado para la satisfacción del mismo, ello iría en contra del principio de economía procesal.

Por las razones expuestas entendemos que el límite temporal para el ejercicio del privilegio de ejecución separada es acertado y dota al sistema de la flexibilidad necesaria que permite, de una parte, garantizar el privilegio de ejecución separada y de otra, garantizar el interés colectivo dependiente de la liquidación, así como salvaguardar el principio de economía procesal.

d) Concurso de acreedores y ejecuciones hipotecarias.

Cuando tiene lugar un concurso de acreedores, en la mayoría de los casos, las entidades bancarias suelen ostentar la mayor parte del pasivo y casi siempre sus créditos vienen garantizados mediante la constitución de garantías reales como son las hipotecas. Por consiguiente, la incidencia en los concursos de acreedores de los acreedores hipotecarios es muy alta.

Las relaciones entre el concurso de acreedores y la ejecución hipotecaria no están exentas de tensión, no por la regulación legal existente que regula las cuestiones en detalle tal y como hemos tenido ocasión de ver sino porque existe una fuerte contradicción de intereses: el acreedor hipotecario pretende alejarse de un proceso largo y costoso como es el concurso y lograr una pronta enajenación o adjudicación de los bienes que garantizan la deuda y, de otro lado, nos encontramos con el interés de la

masa del concurso que en muchas ocasiones necesita de esos bienes para que la actividad pueda continuar y por ello existen las anteriores previsiones legales al respecto.

Además de las anteriores cuestiones hemos de plantear algunos casos que pueden dar lugar a confusión dado el especial régimen existente dentro de la garantía real hipotecaria. Sin ánimo de dar un concepto exhaustivo, podemos definir la hipoteca como la entrega de un bien inmueble en garantía de una deuda. En la práctica nos encontramos supuestos en que pueden intervenir múltiples sujetos en la constitución de la deuda garantizada con hipoteca. El supuesto más sencillo es que el deudor sea también quien entrega la garantía, en cuyo caso nos encontramos con un deudor e hipotecante. Pero además existen otros supuestos en los que una persona que no es deudora garantiza la deuda de un tercero mediante la constitución de una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, este es el caso del hipotecante no deudor.

En el primer caso, cuando exista un concurso de acreedores es evidente que al ser deudor e hipotecante se le aplicarán las normas que hemos examinado en el epígrafe anterior. Ahora bien, cuando exista un concurso y sea del deudor no hipotecante o del hipotecante no deudor la cosa necesariamente habrá de ser distinta.

Cuando nos encontramos con una deuda garantizada por hipoteca en la que existe un deudor no hipotecante, con el correlativo hipotecante no deudor, hemos de ver cuál de los dos ha sido declarado en concurso. Si el concurso de acreedores ha sido declarado respecto al deudor no hipotecante, la relación existente entre el deudor y el acreedor es de mero de deudor por lo que, a los efectos del concurso de acreedores, la entidad de crédito solamente ostenta frente al deudor un crédito ordinario. Lo más relevante es que el hipotecante no deudor no es alcanzado por la *vis attractiva* concursal de manera que el acreedor podrá dirigir una ejecución hipotecaria al margen del concurso.

En teoría la declaración del concurso de acreedores no afecta al ejercicio de la acción hipotecaria frente al hipotecante no deudor, sin embargo, en la práctica, la cuestión ocasiona ciertos problemas con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, si bien las normas generales sobre las partes en la ejecución contenidas en el artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen que podrán ser partes, entre otras, quien figure como titular del bien especialmente afecto aún sin ser deudor,

⁵¹⁴ cuando acudimos a las normas específicas de la ejecución hipotecaria nos encontramos la dificultad de interpretar los artículos 685 y 686 ambos de la LEC en el sentido de que se pueda dirigir una demanda de ejecución hipotecaria dejando al margen al deudor no hipotecante.⁵¹⁵

El tenor literal de ambas normas, antes bien, apunta en sentido contrario: que la presencia del deudor resulta imprescindible y deberá ser parte de la ejecución en todo caso. De hecho, ASECIO MELLADO señala que la legitimación pasiva corresponderá al deudor en todo caso y junto a él intervendrá el hipotecante no deudor en régimen de litisconsorcio pasivo necesario.⁵¹⁶ Similar postura mantiene CORDÓN MORENO al señalar que la demanda deberá dirigirse siempre frente al deudor.⁵¹⁷ Esta interpretación aboca necesariamente a que por el mero hecho de ser parte de dicha ejecución se vea alcanzada por la *vis attractiva* concursal y ello pese a que los bienes frente a los que dicha ejecución se dirige no sean titularidad del concursado y no pueda afectar negativamente la determinación de la masa. Más bien al contrario, el hecho de que el acreedor obtenga la satisfacción de la totalidad o parte de la deuda sería una clara ventaja pues dicho crédito se extinguiría disminuyendo de este modo la masa pasiva del concurso lo que favorece el interés general del concurso.

Para solucionar esta cuestión podemos optar por dos posibles soluciones. La primera de ellas pasa por demandar al concursado y acudir a una interpretación literal de los artículos 55 y 56 de la LC. En este sentido el artículo 55 de la citada disposición señala que no podrán iniciarse ejecuciones o apremios “sobre el patrimonio del deudor”.

⁵¹⁴ Artículo 538.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos.*”

⁵¹⁵ Artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.*” Artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro*”

⁵¹⁶ ASECIO MELLADO, J.M., “Comentario al artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *AAVV Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Director: ASECIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013, pág. 1913.

⁵¹⁷ CORDÓN MORENO, F., “Comentario al artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *AAVV Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, recurso electrónico disponible en www.aranzadigital.es, consultado el 8 de septiembre de 2016, referencia: BIB 2011\5166

En idéntico sentido apunta el artículo 56 de la mencionada norma cuando hace mención a la ejecución de garantías reales que recaigan sobre “bienes del concursado”.

A nuestro modo de ver sería perfectamente válido iniciar una ejecución hipotecaria frente al deudor no hipotecante declarado en concurso y frente al hipotecante no deudor toda vez que la ejecución se dirige frente a bienes que no son titularidad del concursado. Por lo que dicha ejecución y pese a que el concursado sea parte de la misma quedaría fuera del alcance de la *vis attractiva*. En apoyo de nuestro postulado podemos citar el reciente Auto de la Audiencia Provincial de Granada que revoca el auto del órgano jurisdiccional *a quo* que había inadmitido el despacho de ejecución frente a un deudor no hipotecante declarado en concurso y el hipotecante no deudor al considerar que ni era posible dejar fuera al deudor ni era posible iniciar la ejecución. La citada Audiencia entiende que al recaer la ejecución frente a bienes de un tercero y no del deudor declarado en concurso la paralización de las ejecuciones regulada en el artículo 56 y 57 de la LC no le alcanza.⁵¹⁸

⁵¹⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de diciembre de 2015, Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo:

“PRIMERO.- Que la parte ejecutante se alza contra el auto por el que se denegó el despacho de la ejecución hipotecaria dirigida contra deudora no hipotecante, en situación concursal con apertura de la fase de liquidación, así como contra las entidades hipotecantes no deudoras. Considera la Juzgadora de instancia, con apoyo en los art. 56 y 57 de la L. Concursal, que no siendo posible dirigir la acción contra la entidad deudora por su condición de concursada en fase de liquidación, tampoco puede dirigirse exclusivamente la misma contra el hipotecante no deudor, dado el carácter imperativo de la llamada de aquella al procedimiento conforme al art. 685.1 de la LEC. Concluyendo, en consecuencia, el cierre del procedimiento de ejecución real para la realización del crédito del acreedor. Por su parte la ejecutante, reproduciendo los argumentos del recurso de reposición contra el auto denegatorio inicial, y con cita de resoluciones de las Secciones 1ª, 11ª y 15ª de la A. Provincial de Barcelona, considera que la intervención de la entidad deudora no hipotecante, en situación concursal, no infringe el contenido de los art. 56 y 57 de la LEC, una vez que la prosecución de la ejecución real vincula exclusivamente a los bienes vinculados a la garantía hipotecaria, y en ningún caso afecta al interés de la masa concursal; haciendo irrelevante la posición como ejecutada de la propia concursada.

La Sala comparte los argumentos de la ejecutante apelante. Efectivamente, el criterio legal del reconocimiento de la legitimación del concursado para ser sujeto de la acción hipotecaria, conforme al art. 56 de la LC, no gira exclusivamente en torno a circunstancias de carácter formal, sino que en buena parte se hace depender de la vinculación de los bienes gravados al interés de la masa concursal, estableciendo una fase decisoria que deja a criterio valorativo del tribunal la apertura del proceso, en función de la relevancia de aquéllos para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. De este modo, y como así se recoge en la Exposición de Motivos de la propia LC, en el tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, "se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva". Lo cual deja a las claras, en primer lugar, que no estamos tanto ante un presupuesto de legitimación, como de un requisito de procedibilidad dependiente de la relevancia para el interés de la masa que, todo lo más, difiere la apertura de la vía ejecutiva especial "hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año dese la declaración del

Por consiguiente, esta primera solución nos parece de los más acertado pues es respetuosa tanto con las normas sobre las partes de la ejecución hipotecaria contenidas en el artículo 585 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como con el tenor literal, y lo que es más importante, la finalidad de las normas de la LC reguladas en sus artículos 56 y 57.

Existe otra posibilidad, que es la de dejar fuera de la ejecución hipotecaria al deudor no hipotecante. En este sentido el fundamento de tal excusión se fundamentaría en la existencia de un concurso. Esta fórmula no nos parece que sea aceptable pues si bien el deudor no hipotecante no es el titular de los bienes frente a los que se dirige la ejecución responderá con su patrimonio respecto de aquella parte que no se haya visto satisfecha y, por consiguiente, tiene un interés directo y legítimo para ser parte más allá de la legitimación pasiva atribuida por ministerio del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta posibilidad es mantenida por una corriente de la

concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación" (art. 56 de la LC); en segundo lugar, que no en todo caso de situación concursal queda cerrada la vía ejecutiva real, sino solo en función de lo que haya de decidirse con respecto a la vinculación de los bienes a la actividad del concursado; en tercer lugar, que, aún en el supuesto de vinculación, el impedimento a la vía ejecutiva real no necesariamente tiene carácter definitivo, salvo en el caso de aprobación de convenio cuyo contenido afecte al ejercicio de la acción; y, en cuarto lugar, que en caso de que los bienes contra los que se dirija la acción ejecutiva no afecten al interés de la masa en los términos del reiterado art. 56 de la LC, no existe impedimento alguno para la prosecución del procedimiento, pues entonces prima el interés del ejecutante revestido del carácter privilegiado del derecho de crédito que incorpora la garantía hipotecaria, frente a los de naturaleza personal que determinan las ejecuciones singulares de que trata el art. 55 de la reiterada ley especial.

SEGUNDO: Que, con tales premisas, hemos de atender a los diferentes criterios de Audiencias Provinciales al respecto, una vez que las resoluciones del T. Supremo citadas en el recurso de apelación, tan solo se refieren tangencialmente a la cuestión de la apertura de la ejecución real en caso de la condición de concursado del deudor no hipotecante, una vez que la materia decisoria se limita a la competencia objetiva para conocer del procedimiento; la cual no excluye la oportunidad de denegar eventualmente el despacho de la ejecución por los motivos que precisamente forman parte de la materia decisoria de la presente alzada. Aclarado lo cual, tenemos que precisar que la generalidad de Audiencias Provinciales admite el despacho de la ejecución real seguida contra bienes hipotecados no pertenecientes al deudor concursal; residiendo tan solo la discrepancia en la oportunidad de integrar a éste, o no, como parte del procedimiento, en razón a la aparente inocuidad de su posición personal con respecto a un procedimiento que tan solo puede dirigirse contra los bienes gravados, por así establecerlo expresamente los art. 682 de la LEC y 129 de la LH. Efectivamente, mientras que Audiencias Provinciales, como la de Córdoba (Secc. 1ª) en auto de 17 de junio de 2015 o la de Barcelona (Secc. 16ª) de 15 de octubre de 2013, no limita el ejercicio de la acción sin la llamada al deudor no hipotecante en situación concursal, por no ser apreciable los presupuestos del litisconsorcio pasivo necesario, otras Audiencias Provinciales, como la de Barcelona (Secc. 1ª, 11ª y 15ª), en resoluciones que se citan en el recurso de apelación, o la de Jaén (Secc. 1ª) en auto de 17 de junio de 2015, se pronuncian sobre la imperatividad de la llamada al concursado, en razón a lo ya resuelto por resoluciones de esta misma A. provincial de Granada, como el auto de la Secc. 3ª de 7 de octubre de 2010, según el cual, con cita del de 6 de febrero de 2009, de la misma Sala, "la demanda de ejecución hipotecaria para la realización del bien que garantiza la deuda sólo puede ir dirigida, según se desprende de los arts. 682, 550, 573 y 574 LEC, y como acción real que es, contra los deudores hipotecarios (prestatarios) por ser los únicos legitimados pasivamente a soportar este procedimiento de ejecución y, en su caso, de concurrir sus presupuestos o existencia, contra el hipotecante no deudor y/o el tercer poseedor". "

jurisprudencia menor tal y como se recoge en el Fundamento Jurídico Segundo del Auto al que aludíamos al cual nos remitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

A modo de conclusión, en caso de que el deudor no hipotecante sea declarado en concurso de acreedores, los acreedores del crédito garantizado por la constitución de hipoteca podrán dirigir acción hipotecaria frente al hipotecante no deudor al margen del concurso y dependiendo del criterio seguido por las distintas Audiencias Provinciales podrán dejar fuera al deudor o no hacerlo.

En el supuesto de que el hipotecante no deudor sea declarado en concurso, la situación se invierte y, en caso de que los acreedores del deudor quieran acudir a la realización del bien quedarán afectados de lleno por el efecto de atracción regulado en los artículos 56 y 57 de la LC y la acción hipotecaria habrá de tramitarse por las normas de la citada ley pues, aunque la ejecutante no sea acreedora del hipotecante no deudor, dicho bien forma parte de la masa activa del concurso. Estas cuestiones han de tenerse en cuenta en la práctica para determinar qué es más ventajoso, si acudir a una ejecución ordinaria frente al deudor no hipotecante o por el contrario acudir a una ejecución hipotecaria frente al hipotecante no deudor cuando concurren los requisitos examinados en epígrafes anteriores.

e) La problemática de los fiadores y el concurso de acreedores.

Una de las cuestiones que más surge en la práctica es si la *vis attractiva* concursal alcanza a los fiadores solidarios del deudor principal declarado en concurso. Esta cuestión es de una importancia práctica enorme pues los primeros tratan de hacer extensivo el efecto de atracción del concurso sobre su garantía personal mientras que los segundos buscan todo lo contrario, dejar al margen del concurso al fiador para poder dirigirse frente a su patrimonio y ver satisfechos sus créditos.

Es práctica habitual en la concesión de préstamos a las sociedades mercantiles, sobre todo a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, exigir la garantía de una fianza personal del administrador o de los socios o partícipes. Exigencia ésta de la banca que va orientada a disponer de un patrimonio distinto del de la mercantil frente al que dirigirse en caso de concurso de la referida mercantil. Para comprender este mecanismo hemos de referirnos, al menos someramente, a la fianza personal.

Tomaremos como punto de partida la definición del contrato de fianza de LÓPEZ NAVARRO quien se refiere al mismo en los términos siguientes: “*Contrato en virtud*

*del cual una persona se obliga o a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”*⁵¹⁹

Su regulación está contenida en los artículos 1.822 y siguientes del Código Civil. Si examinamos el citado precepto podemos inferir que salvo pacto en contrario la fianza es, por definición, subsidiaria. Cabe destacar el beneficio de excusión con el que cuenta el fiador salvo pacto en contrario *ex* artículo 1.830 del citado cuerpo legal.⁵²⁰ Dicho beneficio puede evitarse de dos formas, mediante el afianzamiento solidario o mediante la renuncia de la facultad de excusión tal y como previene el artículo 1.831 del mencionado código.⁵²¹

En la práctica bancaria se emplea siempre la fianza solidaria acompañada de una renuncia expresa a la facultad de excusión. Por lo que nos encontramos con que, en caso de declaración de concurso de acreedores del deudor principal, el fiador, por el mero incumplimiento del deudor de su obligación, va a responder de la totalidad de la deuda sin necesidad de que previamente haya que dirigirse frente al patrimonio del deudor. Hasta este punto no surgen mayores problemas. El *quid* de la cuestión se encuentra en la previsión legal contenida en el artículo 1.826 del Código Civil el cual establece que el fiador puede obligarse a menos pero nunca a más de lo que se obliga el deudor principal.

El anterior precepto sirve de base para que una sostener una interpretación que postula que, en caso de concurso del deudor principal, al existir la posibilidad de que el éste resultara obligado a satisfacer una cantidad inferior en el convenio, el hecho de que el fiador tuviera que satisfacer una cantidad mayor contravendría el tenor literal del artículo 1.826 del Código Civil y para evitar tal posibilidad habría que extender el efecto de *vis attractiva* ejecutiva a los fiadores solidarios al tratarse de un contrato accesorio.

⁵¹⁹ LÓPEZ NAVARRO, J.F.: *Vademécum de Derecho Mercantil*, Recurso online disponible el www.tirantonline.com, consultado el 19/10/2016.

⁵²⁰ Artículo 1.830 del Código Civil: “*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.*”

⁵²¹ Artículo 1.831 del Código Civil: “*La excusión no tiene lugar:*

- 1.º *Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.*
- 2.º *Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.*
- 3.º *En el caso de quiebra o concurso del deudor.*
- 4.º *Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.*”

La anterior interpretación, necesariamente debe de decaer en mérito a los motivos que pasaremos a exponer a continuación:

El patrimonio que debe de conservarse en el concurso de acreedores no es el del fiador, sino el del concursado. De modo que la *vis attractiva* no puede alcanzar en modo alguno a aquellos procesos que vayan dirigidos frente al patrimonio del fiador. Sentado lo anterior, si acudimos al artículo 55 de la ley concursal, esta idea se hace arto evidente al establecer dicho artículo que: *“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”* En consecuencia, no es posible albergar duda alguna al respecto de que la suspensión de ejecuciones no se extiende más allá del patrimonio del deudor. En apoyo de nuestra tesis podemos citar múltiples pronunciamientos judiciales como el Auto de 7 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid ⁵²² o el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de junio de 2014 ⁵²³

⁵²² Auto de 7 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, Fundamento de Derecho: *“Pues bien, el art. 55 de la vigente Ley Concursal es de una claridad meridiana en el sentido de que “... Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor... Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos...”. Es evidente pues que la inadmisión de ejecuciones singulares o la suspensión de las que se hallaran en trámite solo está referida a las que se dirijan contra el patrimonio del deudor concursado, pero en modo alguno las que se planteen o estén planteadas contra terceros deudores en tanto que fiadores solidarios del concursado, hasta el punto de que la propia ley concursal en su artº. 87 6 dispone que “...6. Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador...”*

Es decir que en el caso de que los fiadores abonen la deuda al acreedor la consecuencia de ello es la mera subrogación de tales fiadores en el concurso del deudor, con lo que en modo alguno ni es aplicable el art. 55 en este caso ni se da “prejudicialidad concursal alguna”, procediendo la estimación del recurso, revocándose en su integridad el auto recurrido y debiendo proseguirse en la instancia con el trámite iniciado, resolviéndose las oposiciones formuladas por los ejecutados al despacho de ejecución, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada”

⁵²³ Auto de 6 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Granada, Fundamento de Derecho Tercero: *El cuarto motivo también pretendía la nulidad del despacho de ejecución al amparo del Art. 559, 1, 3º, que, como los anteriores, no era susceptible de recurso de apelación, aunque subsidiariamente formulaba causa de oposición del Art. 557,1,5º por existir espera legal impuesta por la Ley Concursal al haber sido declarado en este estado el deudor principal. Sin embargo, dicho motivo no puede ser acogido de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 55 y 87,6 de la LC y 568 de la LEC, pues como ha señalado esta Sala en autos de 12-11-2010 y 22-11-2013, la imposibilidad de iniciar o proseguir la ejecución se refiere al deudor ejecutado que es declarado en concurso, sin que se extienda al fiador solidario que no se encuentre en tal situación. Más aún, la garantía tiene como finalidad subvenir a la situación de insolvencia o falta de liquidez del deudor principal, pues en caso contrario perdería su fin esencial.*

En cuanto a la incidencia sobre la fianza del convenio de quita logrado en la suspensión de pagos o la quiebra del deudor afianzado, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1989 declaró que aceptar la tesis de la liberación del fiador, para evitar que quedara obligado a más que el deudor principal, significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo prevenido en el artículo 1.822 del Código Civil dado los fiadores recurrentes se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste sería absurdo entender que quedaran liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra otros acreedores adoptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido.

Por cuanto llevamos expuesto hemos de concluir que el efecto de *vis attractiva* en modo alguno se extiende más allá del patrimonio del deudor. Conclusión a la que también llega SERRANO GIL DE ALBORNÓZ al manifestar que la declaración de concurso “*no afecta el ejercicio de acciones contra el garante.*”⁵²⁴

3. La afección de la capacidad procesal y la legitimación del concursado para el ejercicio de acciones.

Junto con la *vis attractiva*, la declaración de concurso de acreedores provoca otros importantes efectos procesales que afectan a la capacidad procesal y a la legitimación del deudor declarado en concurso.

Más concretamente, el artículo 54 de la LC⁵²⁵ se encarga de regular las afecciones de la capacidad procesal del concursado y la legitimación de la administración concursal

⁵²⁴ SERRANO GIL DE ALBORNÓZ, F.J., “Banca y concurso” en AAVV *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, pág. 594.

⁵²⁵ Artículo 54 de la Ley Concursal: “1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del

y de otros sujetos. La situación que la declaración de concurso de acreedores provoca en el patrimonio del deudor hace necesario atender este tipo de cuestiones procesales habida cuenta de que el patrimonio del deudor ya no resulta únicamente de su incumbencia, sino que el carácter de juicio universal, determina que los acreedores y la administración concursal tengan interés legítimo en el ejercicio de determinadas acciones que se refieran al patrimonio del deudor. También va a resultar de una gran importancia garantizar que el deudor declarado en concurso no pueda menoscabar ese patrimonio mediante el ejercicio de acciones judiciales de contenido patrimonial.

A. Ámbito de aplicación de las previsiones del artículo 54 de la LC.

Resulta necesario en primer lugar que nos detengamos a examinar el ámbito de aplicación del artículo 54 de la LC porque es una cuestión que no queda suficientemente clara en su redacción. El artículo 54 se refiere a tres elementos: uno subjetivo, otro material y un tercero temporal. Vamos a examinar de forma separada cada uno de los anteriores para ver las dificultades que se plantean en cada uno de ellos.

Comenzando por el análisis del elemento subjetivo, el citado precepto lleva por rúbrica “*Ejercicio de acciones del concursado*” de lo que se infiere sin mayores esfuerzos intelectuales que, en relación al elemento subjetivo, está regulando el ejercicio de acciones en las que el concursado va a ser parte actora, pues en otro caso entrarían en juego las previsiones del artículo 50 de la LC ya examinado relativo a los juicios declarativos en los que el concursado sea demandado. Hemos de matizar que el tenor literal del precepto establece que se trata de “*acciones del concursado*” y no ejercitadas por el mismo por lo que es posible que las mismas no sean ejercitadas por el propio

concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

3. El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa.

4. Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.

En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme.

Las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal.”

concurado sino por la administración concursal o por otro acreedor en interés del concurso.

El siguiente punto que debemos abordar es el elemento material, es decir, el tipo de acciones que quedan sujetas a las previsiones del artículo 54 de la LC. Mientras que los artículos 50 y 51, ambos de la LC, hacen una previsión expresa que su ámbito de aplicación queda limitado a los procedimientos declarativos no ocurre lo mismo con el artículo 54 objeto de nuestro análisis. En este sentido existen dos posibles planteamientos: que el régimen legalmente previsto se limite a los procesos declarativos o que se extienda a los procesos de ejecución y a los cautelares.

MARÍN LÓPEZ⁵²⁶ sostiene que de la propia dicción literal del precepto se infiere que se trata de acciones declarativas. Nosotros disintimos de tal postulado en base dos cuestiones: la primera de ellas es lo genérico del tenor literal de la norma, que evita precisar que se limite a las acciones declarativas; en segundo lugar, la Ley Concursal contempla un régimen específico para las acciones ejecutivas que se dirijan frente al concursado al contrario de lo que sucede con las ejecuciones que inste el concursado respecto de las cuales, caso de no quedar englobadas en el artículo 54 quedaría huérfanas de regulación alguna y resulta evidente que éstas últimas van a tener, en la mayoría de los casos, un marcado contenido patrimonial absolutamente relevante para el concurso de acreedores lo que encajaría con la finalidad de proteger las acciones con contenido patrimonial de una forma más o menos intensa dependiendo del grado de afectación de las facultades del concursado.

Por lo expuesto, en nuestra opinión, toda acción del concursado que éste, o un tercero legitimado para ello, decida interponer con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores, quedará sujeta al régimen previsto en el artículo 54 de la LC con independencia de que se trate de un proceso declarativo, ejecutivo o incluso una solicitud de medidas cautelares. Dejar al margen el ejercicio de acciones ejecutivas del concursado daría lugar a situaciones disparatadas, tales como que la administración concursal tuviera legitimación activa para la interposición de una demanda de reclamación de cantidad, pero no la tuviera para ejercitar la acción ejecutiva surgida de la sentencia recaída en el ejercicio de la anterior. Igual de absurdo sería que un acreedor

⁵²⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.539.

podiese ejercitar una acción declarativa en beneficio del concursado, pero no podiese acudir a ejercitar una acción ejecutiva del concursado en el supuesto de que éste no la ejercitase. Igual de ilógico resulta pensar que un concursado que ha resultado privado de sus facultades de administración carezca de la capacidad procesal para el ejercicio de acciones declarativas y no para el ejercicio de acciones ejecutivas.

A idéntica conclusión llega MARÍN LÓPEZ⁵²⁷, quien pese a sostener que el ámbito de aplicación del artículo 54 de la LC queda circunscrito a las acciones declarativas el mismo debe de hacerse extensivo para los procesos de ejecución que el concursado pretenda entablar así como a otras actuaciones como las medidas cautelares y ello en base a que su capacidad de obrar ha podido quedar afectada por aplicación del artículo siendo necesario acudir al artículo 54 de la LC para acomodar las previsiones del artículo 40 de la LC a las normas generales sobre capacidad de ser parte, capacidad procesal y legitimación contenidas en la LEC.

En apoyo de nuestra argumentación podemos citar algunos pronunciamientos judiciales en los que se no se ejercita una acción declarativa y sin embargo se han aplicado las previsiones del artículo 54. En uno de los pronunciamientos se aplican a un juicio cambiario, supuesto contenido Sentencia de 16 de julio de 2012 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante y cuyo Fundamento Jurídico Primero se refiere a la aplicación del citado precepto.⁵²⁸ También han resultado aplicadas las previsiones legales del artículo 54 de la LC en procedimientos monitorios como en el supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 21 de junio de 2011.

En unos términos más concluyentes que vienen a respaldar nuestro posicionamiento al respecto se expresa la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de mayo de 2011 en la que señala que “*según la*

⁵²⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.540

⁵²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de julio de 2012, Fundamento de Derecho Primero: “*El art. 54.2 de la LC establece que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.*

Aplicando esta norma al caso, se ha de concluir que el concursado conserva su capacidad para actuar en juicio, aunque necesite la autorización de la administración concursal, en lo que aquí afecta, para interponer demandas y que, aunque esta autorización se adverara de modo documental en el acto de la vista, ello era admisible en cuanto denunciada la ausencia de aquélla en la oposición tal defecto es subsanable”

interpretación que de aquel precepto debe prevalecer, esa norma disciplina no sólo el ejercicio de acciones declarativas por el concursado sino también el ejercicio de acciones ejecutivas por el mismo”.

En última instancia, hemos de referirnos al elemento temporal para lo cual hemos de traer a colación el artículo 51 de la LC para concluir que el ámbito de aplicación del artículo 54 de la LC se refiere a acciones que aún no han sido ejercitadas y, por consiguiente, son posteriores a la declaración de concurso de acreedores y ello porque los procesos declarativos iniciados con anterioridad a la declaración quedan dentro del ámbito de aplicación del artículo 51 de la LC.

Por consiguiente, es manifiesto que debemos concluir en el sentido de que los efectos procesales sobre la capacidad procesal y sobre la legitimación activa regulados en el artículo 54 de la LC se limitan a aquellas acciones que sean posteriores a la declaración del concurso de acreedores. Este elemento temporal no queda exento de ciertos problemas de aplicación práctica como señala MARÍN LÓPEZ⁵²⁹. Por ello hay que tener en cuenta dos momentos procesales distintos: uno de ellos es la fecha de interposición de la acción con contenido patrimonial y otra es la fecha de la declaración del concurso de acreedores.

Ello con independencia de que la demanda se admita con posterioridad a la declaración del concurso pues, aunque la admisión a trámite fuese posterior a la declaración del concurso de acreedores, la acción se entiende ejercitada en la fecha de interposición de la correspondiente demanda.

En relación con el elemento temporal pueden revestir una mayor problemática en la práctica la interposición de recursos a los que también se refiere el artículo 54 de la LC. Más concretamente, las dudas surgen en relación a si se trata de cualquier recurso que se ejercite en cualquier acción del concursado o solamente aquellos que se interpongan en procesos que se han iniciado con posterioridad a la declaración. En este sentido coincidimos plenamente con los argumentos de MARÍN LÓPEZ⁵³⁰ al señalar que el ámbito de aplicación temporal del artículo 54 de la LC en relación con la interposición de recursos se limitará a los recursos que se interpongan en procesos que se hayan iniciado tras la declaración del concurso de acreedores. Los recursos que se

⁵²⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.540.

⁵³⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J.: *Ibidem*, pág.540

interpongan frente a resoluciones que traigan causa de acciones interpuestas con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores quedan sujetos al ámbito de aplicación del artículo 51 de la LC.

Nuestra postura al respecto viene amparada por la Doctrina del Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 28 de mayo de 2012⁵³¹, establece al respecto, en su Fundamento Jurídico Primero, que el artículo 54 de la LC en relación a los recursos será de aplicación cuando el proceso se hubiera iniciado con posterioridad a la declaración de concurso.

Lo que acabamos de exponer en relación con la interposición de recursos se hace plenamente extensible a la facultad de allanarse, transigir o desistir del proceso, por lo que en cualquiera de los referidos supuestos se aplicarán las previsiones del artículo 54 de la LC cuando el proceso se iniciara con posterioridad a la declaración de concurso. Hemos de precisar que el allanamiento al que se refiere el artículo 54 de la LC ha de entenderse en el supuesto de una reconvencción pues las demandas que se dirijan frente al concursado quedan dentro del ámbito del artículo 50 de la LC.

A tenor de cuanto llevamos expuesto hemos de concluir que, en relación con el ámbito de aplicación del artículo 54 de la LC éste resultará de aplicación a aquellas acciones del concursado que se ejerciten, bien por él mismo o por alguno de los legitimados para ello en el referido precepto, toda vez declarado el concurso, con independencia del tipo de acción que se ejercite, siempre que no sea personal y que tenga carácter patrimonial extendiéndose a los recursos y a las facultades de desistimiento, allanamiento y transacción que traigan causa del ejercicio de dichas acciones.

⁵³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2012, Fundamento de Derecho Primero: *“Fijando la atención en la facultad de recurrir - que es la que aquí nos interesa -, parece evidente que, si las facultades de administración y disposición del deudor hubieran sido solamente intervenidas, la Ley 22/2.003 - artículo 54, apartado 2 - exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieran ya pendientes.*

Esa es la interpretación que, de acuerdo con los cánones a que remite el artículo 3 del Código Civil, resulta de los artículos citados.

En consecuencia, de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 - al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal - son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51.”

B. Efectos sobre la capacidad procesal y legitimación del concursado.

Una vez examinado el ámbito de aplicación de la norma hemos de abordar la regulación material. El análisis requiere que tengamos muy presentes varios artículos, concretamente: el artículo 21 de la LC, anteriormente examinado y relativo a los pronunciamientos que ha de contener el auto que declara el concurso de acreedores; el artículo 40 de la LC regulador de las facultades de administración y disposición del deudor declarado en concurso.

Lo primero que nos llama poderosamente la atención es la falta de sistematización que hay en la ley. Pues si acudimos al artículo 21 de la LC, vemos que a la hora de regular los extremos sobre los que ha de pronunciarse el juez en el auto de declaración, guarda silencio respecto a que en la declaración de concurso se haga pronunciamiento alguno relativo a la capacidad procesal o a la legitimación del concursado. Tal falta de previsión legal entendemos que carece de sentido, pues del mismo modo que el mencionado artículo 21, en su número 2º, establece que el juez deberá pronunciarse sobre las facultades de administración y disposición debería haber previsto en este artículo el pronunciamiento sobre la capacidad procesal y la legitimación.

El artículo 40 de la LC, se refiere a los efectos que la declaración del concurso de acreedores produce en las facultades patrimoniales del deudor. El mencionado precepto establece un doble régimen que depende, con carácter general y a grandes rasgos, de si el concurso es voluntario o necesario. Siendo un concurso necesario el deudor queda suspendido en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y es sustituido por los administradores concursales. Tratándose de un concurso voluntario quedará intervenido por los administradores, de manera que conservará sus facultades de administración y de disposición quedando sometido a la autorización de la administración concursal.

Es necesario que el anterior precepto lo pongamos en relación con el artículo 54 de la LC, que se refiere al ejercicio de acciones por el concursado. Establece el mencionado precepto que, si se produce la suspensión de las facultades de administración y de disposición, la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal, corresponderá a la administración concursal. En el caso de que el deudor conserve las facultades de administración y de disposición y únicamente se encuentre intervenido por la administración concursal, establece el precepto que el deudor conservará la capacidad para actuar en el juicio, es decir la capacidad procesal,

pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.

Esta es, a grandes rasgos, la regulación que hace la Ley Concursal. A nuestro juicio además de la falta de sistematización, al ser necesario relacionar unos preceptos con otros, no se regula de forma clara la cuestión. La LC, en el artículo 54.1 habla únicamente de la legitimación, mientras que en el 54.2 se refiere al mantenimiento de la capacidad para actuar en juicio, respecto a lo cual se nos ocurren dos cosas. El artículo 54.1 de la LC no se pronuncia sobre la capacidad procesal, esto es, la capacidad para actuar válidamente en juicio, pero si lo ponemos en relación con el 54.2 y con el artículo 40, ambos de la LC, ¿debemos de entender que al encontrarse privado de sus facultades de disposición y administración carece de capacidad procesal?

Lo que nosotros haremos, será tratar exponer de un modo sistemático y claro el régimen legal existente. Para ello vamos a diferenciar como hace la propia ley entre el concursado intervenido y el concursado incapacitado patrimonialmente.

a) La capacidad del concursado incapacitado, artículo 54.1 de la ley concursal.

Desde el punto de vista procesal, los presupuestos procesales subjetivos son la capacidad de ser parte y la capacidad procesal. Así mismo hemos de hacer mención aparte a la legitimación. Mientras que la doctrina se muestra unánime en relación a la naturaleza de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal como presupuestos procesales, ha venido discutiendo la naturaleza de la legitimación, en este sentido apunta GOMEZ ORBANEJA cuando señala que la legitimación es uno de los conceptos más debatidos y al mismo tiempo más confusos del derecho procesal.⁵³² Entre los autores que postulan la naturaleza de presupuesto procesal de la legitimación podemos destacar a MONTERO AROCA.⁵³³ En sentido opuesto encontramos a la doctrina, mayoritaria, que defiende la naturaleza material de la legitimación como una cuestión relativa al fondo y que se trata de una condición necesaria para obtener la tutela solicitada, destacando, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS.⁵³⁴

⁵³² GOMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1975, pág. 135.

⁵³³ MONTERO AROCA, J.: *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2006.

⁵³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2001, págs. 125 y ss.

Las tres categorías que acabamos de mencionar están reguladas por el contenido del artículo 54 de la LC por lo vamos a examinar cada una de ellas de forma separada en aras de una mayor claridad expositiva.

- **La capacidad de ser parte:**

Por todos es harto conocido este presupuesto procesal que puede definirse como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en el proceso. Su regulación viene contenida en el artículo 6 de la LEC que establece que podrán ser parte en los procesos civiles, entre otros sujetos que no interesan a los fines de nuestra investigación, las personas físicas, las jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley les reconozca la capacidad de ser parte.

- **La capacidad procesal:**

Es la aptitud para comparecer en juicio de manera que los actos que se realicen en el mismo sean válidos. Su regulación general viene dada por el artículo 7 de la LEC el cual determina que tienen capacidad los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Si ponemos en conexión las reglas generales de la LEC con el artículo 40 de la LC hemos de concluir que, en los casos en los que el deudor declarado en concurso sea privado de las facultades de administración y de disposición, no tiene la plena capacidad de obrar requerida en tal precepto. Sin embargo, el artículo 7 de la LEC no contiene norma alguna relativa a la integración de la capacidad procesal del concursado, sino que, de forma expresa, se remite a la Ley Concursal.

Si examinamos el tenor literal del artículo 54.1 de la LC, éste no hace una mención expresa sobre la capacidad procesal del concursado privado de sus facultades de administración y de disposición. Sin embargo, resulta llamativo, que el mismo precepto, pese a obviar la integración de la capacidad procesal, se preocupe por realizar una atribución de legitimación a la administración concursal para el ejercicio de acciones del concursado. El otorgamiento de esta legitimación *ex lege*, carecería de cualquier sentido sin la concurrencia en la administración concursal de los presupuestos procesales subjetivos (esto es, la capacidad de ser parte y la capacidad procesal) pues de nada serviría atribuirle la legitimación si carece de los anteriores habida cuenta de que no podría entablar acción alguna en relación con la legitimación conferida.

Pese a que el artículo 54.1 de la LC no se refiera de modo expreso a la falta de capacidad procesal del concursado privado de sus facultades de administración y de

disposición, de una lectura entre líneas de la Ley Concursal podemos llegar a inferir la idea de que el concursado carece de una plena capacidad procesal. Podemos llegar a tal conclusión si acudimos al artículo 54.2 el cual dispone que, en caso de intervención, conservará la capacidad para actuar en juicio, lo que interpretado a *sensu contrario* nos induce a pensar que cuando no hay intervención, sino que hay pérdida de las facultades de administración y de disposición, existe una pérdida de la capacidad procesal. Esta idea puede encontrar un adecuado sustento en el número 8 del artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a la limitación de la capacidad procesal del concursado, remitiéndose a la Ley Concursal.

Por lo tanto, podemos concluir nuestra argumentación en el sentido de que el deudor declarado en concurso y que haya sido privado de las facultades de administración y de disposición carece de la capacidad procesal. Por consiguiente, no podrá actuar válidamente siendo necesaria una integración de dicha falta de capacidad procesal mediante la entrada como parte de la administración concursal, motivo éste por el cuál la ley le otorga legitimación a ésta última.

Hemos de precisar que artículo 54.1 contempla una afección de la capacidad procesal que tiene distintos niveles. El precepto modula la afección de la capacidad procesal teniendo en cuenta el tipo de acción que se vaya a ejercitar: cuando se trate de acciones no personales, la falta de capacidad procesal es absoluta y la posición de parte procesal legítima habrá de ser ocupada por la administración concursal.

Por el contrario, cuando se trate de acciones personales del concursado, la Ley Concursal distingue entre las acciones personales con contenido patrimonial de aquellas que carecen de contenido patrimonial. Para las acciones personales con contenido patrimonial el concursado tiene la capacidad procesal limitada y requiere integrarla mediante la autorización de la administración concursal.

Cuando se trate de acciones personales que carezcan de contenido patrimonial, la Ley Concursal prevé que pese a la privación de las facultades de administración y de disposición la capacidad procesal del concursado no se verá afectada y, por ende, podrá interponer las acciones que correspondan en cualquier clase de juicio.

A lo expuesto hemos de añadir un problema en relación con la terminología genérica que emplea el legislador cuando hace alusión a aquellas acciones que pueden afectar a su patrimonio. En este sentido, tal y como pone recoge de forma muy clara la

Sentencia de 25 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Vizcaya⁵³⁵, cabe distinguir entre acciones personales patrimoniales y extrapatrimoniales, siendo únicamente las segundas las que quedan sujetas a la necesaria autorización de la administración concursal.

▪ **La legitimación:**

Como adelantábamos se trata de un presupuesto material relativo a la parte que implica la necesidad de ser titular de la relación jurídica o del objeto litigioso. La legitimación que ostenta el concursado como titular de la relación jurídica es evidente a la par que irrelevante, pues cuando haya sido privado de las facultades de disposición y de administración, como ya hemos expuesto, al carecer de capacidad procesal no puede comparecer válidamente en el proceso para el ejercicio ninguna acción, resultando por ello irrelevante la legitimación que ostente.

Sin embargo, resulta de gran relevancia examinar la legitimación que atribuye la Ley Concursal a la administración concursal en el supuesto de que el concursado haya sido privado de las facultades de administración y disposición. El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé la atribución ex lege de legitimación a persona distinta de su titular. Y esto es precisamente lo que hace el artículo 54.1 de la LC, al atribuir la legitimación a la administración concursal.

⁵³⁵ Sentencia de 25 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Fundamento de Derecho Segundo: “Por último, el art. 54.1 LC dispone que, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones el deudor precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Por tanto, para ejercitar las acciones de índole no personal la única legitimada es la administración concursal (al margen de la legitimación subsidiaria de los acreedores del concursado, art. 54.4 LC), pero no el concursado.

No aclara el legislador cuáles son las acciones de índole no personal, pero resulta lógico y razonable equiparar acciones de carácter personal y acciones inherentes a la persona, concluyendo que son acciones de índole no personal todas aquellas acciones que no son inherentes a la persona (art. 1.111 CC). Dentro de las acciones de índole personal estarían las que relativas a los derechos y acciones de carácter extrapatrimonial (como son la acción de reclamación o impugnación de la filiación, o la acción de nulidad matrimonial, separación o divorcio) y aquellas que pueden afectar a su patrimonio (así, por ejemplo, el derecho de alimentos o el derecho a exigir una indemnización por daños a los derechos de la personalidad).

La parte apelante sostiene en su demanda que el derecho de impugnación de acuerdos sociales, contemplado en el art. 93 c) de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en cuanto un derecho inherente a la condición de socio de carácter político, que no económico, puede ser ejercitado por sus representados.

Sin embargo, no cabe aceptar que el ejercicio del derecho de impugnación que corresponde al socio de una mercantil sea el ejercicio de una acción de índole no personal. Es evidente que el derecho de impugnación no es un derecho inherente a las personas, sino que deriva de su condición de socios de una mercantil, condición ésta que tiene un evidente contenido económico, como pone de relieve la sentencia impugnada.”

Llegados a este punto en el que se produce la intervención de la administración concursal en un determinado proceso ejercitando una acción del concursado podemos preguntarnos acerca de si la administración concursal representa al concursado como una suerte de representante legal o, por el contrario, actúa en nombre y representación de la masa del concurso. En opinión de MARÍN LÓPEZ⁵³⁶, no opera representación, sino que la administración actúa en su propio nombre, pero ejercitando una acción del concursado.

Una de las cuestiones que se plantea la doctrina es la aparición en escena de un nuevo sujeto distinto del concursado, que es la masa activa del concurso por quien actúa la administración concursal. Con la declaración del concurso el patrimonio del deudor pasa a conformar la masa activa del concurso, que no es otra cosa que un conjunto de bienes y derechos. Del mismo modo que fallecido el causante y hasta el momento de la aceptación de la herencia se produce una ficción jurídica conocida como herencia yacente, a la masa activa del concurso se le reconocería la capacidad de ser parte *ex* artículo 6.4º de la LEC. La declaración de concurso y la privación al concursado de las facultades de administración y disposición implica el éste deja de ser temporalmente titular de los derechos y obligaciones de naturaleza patrimonial y ese conjunto se convierte en un sujeto surgido *ex novo*, de conformidad con la previsión legal a la que nos acabamos de referir.

Es evidente una masa patrimonial no puede comparecer en juicio *per se*. Por dicho motivo deberá comparecer, de conformidad con el artículo 7.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quienes tengan encomendada por ley su administración, lo que puesto en relación con el artículo 33.1.b de la LC, determina que por la masa activa del concurso deberá comparecer en juicio la administración concursal.

A modo de conclusión, por efecto de la declaración del concurso, aparece un nuevo sujeto que va a desplazar al concursado. Este nuevo sujeto es el patrimonio del concursado por quien actúa la administración concursal ejercitando las acciones del concursado y a quien se le atribuye la necesaria legitimación en el artículo 54 de la LC. Esta legitimación atribuida a la masa del concurso, no puede ser englobada en las categorías tradicionales de la legitimación pues no se trata de una legitimación ordinaria

⁵³⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.549

al no ser la administración concursal la titular del derecho que se ejercita, ni tampoco extraordinaria, pues la administración concursal no actúa en nombre e interés propio. Más bien nos encontramos con una legitimación *sui generis* en la que la administración concursal ejercita un derecho de un tercero (el concursado) pero en nombre e interés de otro tercero (la masa activa del concurso).

b) La capacidad del concursado intervenido, artículo 54.2 de la Ley Concursal.

Anteriormente hemos examinado en qué medida afecta la declaración de concurso de acreedores al concursado cuando se ve privado de las facultades de disposición y de administración de sus bienes. Corresponde ahora a ver en qué grado afecta la declaración de concurso al concursado que solo es intervenido. Tal y como exponíamos en los epígrafes anteriores, el apartado segundo del artículo 54 de la Ley Concursal reconoce la capacidad procesal al concursado que únicamente haya resultado intervenido. A renglón seguido, el mencionado precepto limita la capacidad procesal del concursado, imponiendo la necesidad de que los administradores concursales estén conformes con la interposición de demandas o de recursos que puedan afectar al patrimonio del deudor declarado en concurso. Examinaremos en el presente apartado los presupuestos procesales subjetivos relativos al concursado intervenido.

▪ **Capacidad para ser parte:**

En este supuesto, el sujeto tiene capacidad de ser parte como persona física o jurídica según corresponda. Esto resulta una obviedad tanto por aplicación de las normas generales contenidas en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como por pura lógica, pues, si el concursado privado de las facultades de administración y de disposición tenía plena capacidad de ser parte, el concursado simplemente intervenido ha de tenerla igualmente.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que cuando se trate de un supuesto de intervención, no va a existir junto al concursado una masa patrimonial de las legalmente previstas en el artículo 6.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil con capacidad propia para ser parte y ello porque esa masa sigue manteniendo como titular al concursado, lo que excluye tal posibilidad.

▪ **Capacidad procesal:**

En lo atinente a la capacidad procesal del concursado intervenido, se produce una importante distinción en relación con el régimen examinado anteriormente y en el que la Ley Concursal, no de forma expresa pero sí tácita, privaba al concursado de la capacidad procesal y, en determinados supuestos, preveía una sustitución a través de la administración concursal. La diferencia estriba en el hecho de que la Ley Concursal, de forma expresa, establece que el concursado mantiene su capacidad procesal para inmediatamente introducir una limitación.

Aunque el tenor literal del artículo diga que conserva la capacidad de actuar en juicio, necesitará la conformidad de la administración concursal para la interposición de demandas o de recursos que puedan afectar a su patrimonio. Por consiguiente, podemos concluir que el concursado cuenta con una capacidad procesal limitada. Del mismo modo que acontecía con el concursado privado de sus facultades de administración y de disposición, el régimen de afección de la capacidad procesal del concursado que se encuentre meramente intervenido por la administración concursal modula según el tipo de acción que pretendiera ejercitar

Cuando se trate de acciones que no puedan afectar a su patrimonio, la capacidad procesal del concursado será plena y, por consiguiente, no necesitará visto bueno alguno de la administración concursal para la interposición de acción alguna o recurso. A idéntica conclusión llega MARÍN LÓPEZ⁵³⁷ cuando afirma que cuando se trate de acciones que no afecten al patrimonio del deudor no necesita la conformidad de la administración concursal. La terminología empleada por el legislador a la hora de redactar este apartado del precepto entendemos que no ha sido la más adecuada y ello porque emplea una terminología demasiado genérica al determinar el tipo de demandas y de recursos que quedan sometidos a la necesaria conformidad. El empleo del término “*que puedan afectar a su patrimonio*” es un concepto jurídico indeterminado, y ello porque una interpretación amplia podría dar lugar a entender que cualquier demanda, con independencia del objeto de la misma, puede afectar al patrimonio del deudor debido a los gastos inherentes a todo procedimiento judicial.

⁵³⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: Comentarios a la Ley Concursal, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.549

Del mismo modo que al apartado primero del referido artículo 54 de la LC, el apartado tercero contiene una terminología genérica en la redacción empleada por el legislador cuando se refiere a las demandas que pueden afectar al patrimonio del deudor. Por el anterior motivo trataremos de precisar a qué tipo de demandas se refiere el legislador. Hemos de entender por tales, aquellas acciones o recursos que tengan efecto directo sobre el patrimonio del deudor: aumentándolo o disminuyéndolo como consecuencia de la acción o recurso entablados, más allá de los gastos necesarios que todo procedimiento conlleva. Es decir, que del procedimiento pueda derivarse un beneficio o un gravamen para el patrimonio del deudor con independencia del coste del propio procedimiento. La finalidad que persigue el legislador es que la administración concursal tenga conocimiento y pueda vetar aquellas acciones que, a su juicio, puedan afectar negativamente a la masa activa.

Por consiguiente, podemos concluir que, en el supuesto de intervención de las facultades de disposición y administración de sus bienes, el deudor declarado en concurso tiene reconocida capacidad procesal para la interposición de nuevas acciones y recursos una vez declarado el concurso pero que cuando puedan afectar a su patrimonio será una capacidad procesal limitada que va a requerir la conformidad de la administración concursal.

▪ **Legitimación**

En relación con la legitimación del concursado en el caso de intervención de sus facultades patrimoniales, éste conservará su legitimación. A diferencia del deudor suspendido en sus facultades de administración, no opera aquí ningún tipo de legitimación *ex lege* en favor de la administración concursal para que le sustituya. Por consiguiente, y con carácter general el concursado será parte procesal legítima en los nuevos procedimientos en los que tiene reconocida la legitimación de conformidad con las normas generales recogidas en el artículo 10 de la LEC.

Ahora bien, el legislador ha previsto una concreta legitimación activa con carácter subsidiario en favor de la administración concursal cuando ésta última estimara conveniente para los intereses del concurso la interposición de una demanda y el concursado se negare a interponerla. En este supuesto, la administración concursal podrá solicitar al juez del concurso la autorización para interponer dicha acción. Existe una diferencia harto evidente frente a la legitimación que ostenta la administración concursal en caso de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor y es que

mientras que la primera opera con carácter general y la tiene reconocida *ex lege*, en caso de intervención requiere que se haga una solicitud al juez del concurso y en dicha resolución éste concede la legitimación a la administración concursal.

Por consiguiente, los requisitos que tienen que concurrir para que exista legitimación subsidiaria de la administración concursal para el ejercicio de acciones del concursado en casos de intervención de las facultades patrimoniales del deudor, son los siguientes: el deudor se debe de haber negado al ejercicio de la acción, por lo que será necesario que la administración concursal tenga constancia de dicha negativa pues habrá de acreditársela al juez del concurso cuando solicite la autorización; en segundo lugar, tiene que tratarse de una acción que interese a los fines del concurso, es decir, que se trate de una acción que vaya a suponer o un incremento de la masa activa o una disminución de la masa pasiva, debiendo quedar al margen aquellas acciones sin contenido patrimonial habida cuenta de que las mismas no pueden influir en modo alguno en el devenir del concurso.

La autorización deberá ventilarse por los cauces previstos en el artículo 188 de la LC el cual dispone que en aquellos casos en los que la administración concursal deba obtener autorización del juez por así disponerlo la ley, solicitará ésta por escrito. De la anterior solicitud se le dará traslado al deudor para que en el plazo que fijará el juez atendiendo a la complejidad pueda formular alegaciones. El anterior plazo no podrá ser inferior a tres días ni superior a diez. La solicitud se resolverá mediante auto que únicamente podrá ser recurrido en reposición.

c) Tratamiento procesal de la falta de capacidad procesal y de la legitimación.

Acabamos de estudiar en qué medida se ven afectadas la capacidad procesal del concursado y su legitimación para el ejercicio de nuevas acciones o para la interposición de recursos una vez declarado el concurso y surge ahora la duda de qué consecuencias procesales devienen de las infracciones que puedan producirse con ocasión del ejercicio de una acción por parte del concursado careciendo de la capacidad procesal o de la legitimación necesaria.

▪ Falta de capacidad procesal:

Cuando el concursado ejercite una acción careciendo de la necesaria capacidad procesal se produce la vulneración de un presupuesto procesal relativo a la parte y que,

como presupuesto procesal, obsta la validez del proceso. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto de la capacidad procesal declarando que al tratarse de un presupuesto de acceso a la jurisdicción debe interpretarse de tal forma que favorezca el ejercicio de la acción evitando interpretaciones excesivamente rigoristas.⁵³⁸

Sobre la posibilidad de subsanar los vicios que concurran en la capacidad procesal el Tribunal Constitucional se ha pronunciado declarando que previamente a la inadmisión habrá de darse a la parte la posibilidad de subsanar el defecto procesal advertido.⁵³⁹ Ello nos lleva a la conclusión de que la falta de la capacidad procesal, como defecto procesal, podrá ser subsanada.

Hemos de distinguir el supuesto de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor de la mera intervención de éstas. En el primer supuesto, pese a la posibilidad de subsanar tal defecto, la misma no podrá tener lugar habida cuenta de que no se trata de integrar la falta de capacidad del concursado, sino que deberá de ser la propia administración concursal quien constituya la relación procesal como parte actora. Procederá, por consiguiente, que el órgano jurisdiccional ante el que se haya instado la demanda o el recuso dicte un auto de inadmisión en el caso de la demanda o un decreto de inadmisión en el caso del recurso o, caso de haberse admitido a trámite indebidamente el recurso, la causa de inadmisibilidad determinará una sentencia desestimatoria del mismo. Por el contrario, la capacidad procesal limitada del concursado intervenido podrá ser subsanada aportando al proceso la autorización de la administración concursal que inicialmente no llegó a ser aportada, integrando la misma. La sentencia de 30 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Bilbao viene a corroborar íntegramente nuestro anterior postulado en su Fundamento Jurídico Primero.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008, Fundamento Jurídico Quinto: *“En efecto, la interpretación y aplicación de la regulación de la capacidad procesal, por ser un presupuesto de acceso a la jurisdicción, debe estar regida por el principio pro actione, siendo constitucionalmente exigible que se ponderen las circunstancias concurrentes para adoptar una decisión que no resulte rigorista ni desproporcionada en que se sacrifiquen intereses de especial relevancia.”*

⁵³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1994, Fundamento Jurídico Tercero: *“Ciñéndonos, ahora, a la cuestión de fondo, es conocida la doctrina de este Tribunal, según la cual no conculca el derecho a la tutela judicial la resolución judicial meramente procesal o de inadmisión que, comprobando la inexistencia de un requisito procesal, se ve impedida de conocer del fondo del asunto, siempre y cuando la parte perjudicada haya tenido la posibilidad de subsanar este requisito (por todas, STC 110/1992).”*

⁵⁴⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Bilbao, Fundamento de Derecho Primero: *“Así las cosas, si las facultades hubieran sido intervenidas, en virtud de lo dispuesto en los arts. 40.1 y*

Por consiguiente, podemos concluir que, en lo atinente al tratamiento procesal de la falta de capacidad procesal del concursado, cuando éste último haya sido suspendido de sus facultades de administración será un defecto insubsanable y ello será plenamente acorde con el principio *pro actione* y a la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada sobre el mismo, porque no existe un rigorismo excesivo sino un absoluto incumplimiento del deudor de las normas sobre la capacidad procesal reguladas en la LC. Cuando se trate de la mera intervención de sus facultades patrimoniales, procederá la subsanación puesto que se trata de un defecto subsanable habida cuenta de que el concursado tiene una capacidad procesal, aunque ésta sea limitada, por lo que bastará con aportar la conformidad de la administración concursal para que la capacidad procesal del concursado sea plena.

▪ **Falta de legitimación activa:**

La falta de legitimación activa conlleva que el actor no es titular de la relación jurídica objeto de la *litis* y, en consecuencia, procede el dictado de una sentencia desestimatoria sobre el fondo de la pretensión ejercitada. El tratamiento procesal de la falta de legitimación activa en relación con el concursado tiene una incidencia mínima. Ello obedece a que, al encontrarse privado de su capacidad procesal, en el caso de suspensión de sus facultades patrimoniales, o con su capacidad procesal limitada, caso de que sus facultades patrimoniales hubieran sido intervenidas, carece de la capacidad procesal y lo normal es que se produzca un pronunciamiento de inadmisión tal y como hemos analizado en el epígrafe anterior. Por consiguiente, al obstar la válida

art. 54.2 de la Ley Concursal, la ausencia de autorización para el ejercicio de acciones judiciales al deudor declarado en concurso voluntario supondría un defecto subsanable, pues aquél, a diferencia del concursado necesario, no queda suspendido en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial para atribuir las al administrador concursal, sino que conserva dichas facultades, sin perjuicio de someter su ejercicio a la autorización o conformidad del administrador, con expresa previsión de convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. Específicamente, el art. 54.2 declara que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio, aunque precisa de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio (vid. AAP Madrid 21.06.2011).

Sin embargo, en este caso no cabe subsanación, sino que requiere la expresa participación del Administrador Concursal, de cuyas noticias nada se tiene, a pesar de haber sido notificado en forma en fecha 12.12.2014. Las consecuencias de la falta de cobertura del deudor las indica la Ley concursal en su artículo 54.1: "en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal".

Así las cosas, suspendido el deudor de sus facultades de administración y disposición y siendo ignorada la intervención del Administrador Concursal en la demanda interpuesta, no cabe sino declarar la falta de legitimación de la deudora para sostener acciones en ejercicio de pretensiones no personales en vía civil."

prosecución del proceso no puede existir un pronunciamiento sobre el fondo en el que se aprecie la falta de legitimación activa.

La verdadera incidencia práctica de la falta de legitimación viene dada cuando es la administración concursal la que ejercita una determinada acción en nombre del concursado sin que concurren los requisitos legales previstos en el artículo 54 de la LC. Esta mayor incidencia de la falta de legitimación activa de la administración concursal tiene lugar porque, al contrario que el concursado, ella tiene plena capacidad procesal. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al supuesto de que la administración concursal ejercite una demanda del concursado en un supuesto en el que éste último solo tuviese intervenidas sus facultades patrimoniales o al supuesto de que, pretendiera instar una acción a la que el concursado se ha negado sin obtener la necesaria autorización judicial.

La falta de legitimación de la administración concursal, con carácter general, deberá ser denunciada por la parte demandada. No obstante, a lo dicho, podrá ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional que conozca del ejercicio de la acción o del recurso. Dicho control de oficio vendrá dado por el hecho de que, al no ser titular de la relación jurídica, la administración deberá de acreditar la legitimación que ostenta y ante esa falta de acreditación el órgano jurisdiccional podrá apreciar ésta sin que la parte demandada haya denunciado la misma.

Tal y como señala CORDÓN MORENO ⁵⁴¹, tratándose del control de la legitimación extraordinaria, quien la ejercita debe de acreditarla. La falta de acreditación de la legitimación activa, si bien no hace posible una inadmisión *in limine* sí podrá producirse con anterioridad al examen del fondo de la pretensión. Al resolverse en sentencia conlleva que ésta despliegue efectos de cosa juzgada al contrario de lo que acontecía cuando tenía lugar la estimación de la falta de un presupuesto procesal.

d) La personación separada del concursado.

El artículo 54 de la LC, en su apartado 3, faculta al concursado para que pueda personarse y defenderse de forma separada a la administración concursal en los juicios

⁵⁴¹ CORDÓN MORENO, F.: “Comentario al art. 10 de la LECiv Condición de parte procesal legítima” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo I)*, Navarra. Consultado en www.aranzadidigital.es el día 13/06/2016, referencia BIB 2011\5006.

que ésta haya promovido. Tal previsión legal nos parece criticable por varios motivos que pasaremos a exponer a renglón seguido.

En primer lugar, el tenor literal de la norma está redactado en unos términos genéricos cuando se refiere a las acciones ejercitadas por la administración concursal. La administración concursal ejercita, a grandes rasgos, dos tipos de acciones: acciones cuya titularidad le corresponde y acciones del concursado. No aclara el precepto si se refiere a todas las acciones que puede ejercitar la administración concursal o si, por el contrario, se refiere únicamente a las acciones ejercitadas en sustitución del concursado reguladas en el propio artículo 54. Para disipar cualquier atisbo de duda, bien podría el legislador haber matizado que se trataba de las acciones ejercitadas por la administración concursal recogidas en los apartados precedentes del artículo 54 de la LC.

En nuestra opinión, atendiendo a un criterio estrictamente sistemático, entendemos que el apartado 3 del mencionado artículo, se refiere exclusivamente a las acciones ejercitadas por la administración concursal con fundamento en las previsiones de dicho artículo. Por lo que el ejercicio de cualesquiera otras acciones que sean titularidad de la propia administración concursal quedarán al margen de dicha previsión.

A la misma conclusión llega MARÍN LÓPEZ ⁵⁴² quien sostiene que el ámbito de aplicación del artículo 54.3 de la LC queda limitado a las acciones que ejercita la administración concursal cuando el deudor ha sido suspendido de sus facultades patrimoniales o, cuando la administración concursal haya hecho uso de su legitimación subsidiaria.

En segundo lugar, hemos de criticar el contrasentido tan evidente que supone que se prive al concursado de capacidad procesal y se le conceda la legitimación activa a la administración concursal para que ejercite las acciones del concursado suspendido y, sin embargo, se le reconozca la plena capacidad procesal para personarse en dicho procedimiento.

En lo atinente al tipo de intervención que va a tener el concursado en los procesos en los que va a poder intervenir junto con la administración concursal, se nos plantean serias dudas sobre la naturaleza de dicha intervención. El tenor literal del precepto se

⁵⁴² MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Título III – Capítulo II” en AA.VV.: Comentarios a la Ley Concursal, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004, pág.554.

refiere únicamente a que el concursado podrá “personarse y defenderse” de forma separada a la administración concursal. Por consiguiente, al existir una pluralidad de partes, hemos de plantearnos si nos encontramos ante un litisconsorcio activo o una intervención adhesiva.

Tal y como señala MORENO CATENA⁵⁴³ la diferencia entre el litisconsorcio activo y la intervención viene dada por el hecho de que en el litisconsorcio la pluralidad de sujetos tiene lugar desde el comienzo del proceso, varios sujetos en la parte actora frente al demandado. Por el contrario, en la intervención, la pluralidad de partes no tiene lugar en el momento inicial del proceso, sino que los sujetos se incorporan una vez iniciado el mismo.

Una vez examinadas someramente ambas instituciones procesales hemos de ponerlas en conexión con el artículo 54.3 de la LC, el cual deja claro que el concursado puede personarse en juicios que hayan sido promovidos lo que indica que se trata de procesos pendientes, descartando de este modo que podamos hablar de la concurrencia de un litisconsorcio activo.

Podemos afirmar que nos encontramos ante un supuesto de intervención voluntaria de los regulados en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispone el mencionado precepto que una vez pendiente un proceso cualquiera con interés legítimo que no sea parte podrá solicitar su intervención en el procedimiento. Por consiguiente, el concursado podrá intervenir como parte actora en aquellos procesos instados por la administración concursal con fundamento en las previsiones del artículo 54 de la LC.

Más allá de la contradicción que supone el reconocimiento de la capacidad procesal al que ya habíamos aludido anteriormente, la intervención provocada puede tener suponer un contrasentido aún mayor. Tal problemática deviene de la facultad de formular recursos, aun cuando el actor (en este caso, la administración concursal) no lo haga, potestad expresamente reconocida en el artículo 13 de la LEC que entra en abierta contradicción con el espíritu de las previsiones del artículo 54 de la LC que tratan de impedir que el concursado pueda interponer recursos sin el beneplácito de la administración concursal.

⁵⁴³ MORENO CATENA, V.M.: “Pluralidad de partes” en *El Proceso Civil*, Volumen I consultado en www.tirantonline.com el día 15/06/2016 referencia: TOL61.010.

Este contrasentido unido al anteriormente expuesto, relativo al reconocimiento de la plena capacidad procesal estando privada de sus facultades de administración, tratan de ser solventados por el legislador a través de una regulación especial de las costas procesales apartándose del criterio general contenido en el artículo 84.3 de la LC⁵⁴⁴ que las considera como crédito contra la masa. El legislador trata de minimizar el impacto económico que pueda tener la actuación del concursado en el concurso considerando como la solución más eficaz para ello que, si se imponen las costas al concursado por este tipo de intervenciones, las mismas no tengan la consideración de créditos contra la masa, sino créditos concursales ordinarios. En este sentido, dispone en artículo 54.3 que “las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa”. Entendemos que si bien desde un punto de vista económico podría quedar debidamente justificado desde la óptica procesal no es así.

A nuestro modo de entender la pérdida de la capacidad procesal se debe a una pérdida de la capacidad de obrar que determina la Ley Concursal. Por dicho motivo, aunque queden en cierta medida salvaguardado el interés económico del concurso por vía de las costas ello no soluciona el contrasentido. En nuestra opinión, existiría una fórmula que permitiría garantizar el interés económico del concurso y dotar de coherencia al sistema de limitación de la capacidad procesal del concursado.

La fórmula sería bien sencilla: bastaría con garantizar la audiencia del concursado mediante un trámite de alegaciones en aquellos procedimientos instados por la administración concursal. De este modo se garantiza el derecho de audiencia del concursado quien, al no ser parte procesal, estaría exento de tener que hacer ninguna clase de desembolso en concepto de costas procesales, pues no sería necesaria la intervención de letrado y procurador y, así mismo, no plantearía problema desde el punto de vista de la capacidad procesal pues el concursado no sería parte procesal legítima.

⁵⁴⁴ Artículo 84.3 de la Ley Concursal: “Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:

...
3. *Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos.*”

En relación a la posibilidad de formular recursos, bastaría una previsión legal en la Ley Concursal que otorgara una capacidad procesal al concursado con carácter subsidiario. Es decir, de un modo similar a las previsiones relativas al ejercicio de acciones subsidiarias por la administración concursal en los casos de intervención de las facultades patrimoniales del deudor, prever un mecanismo para cuando la administración concursal haya instado una acción del concursado y, recayendo una resolución procesal susceptible de ser recurrida, decida no impugnarla frente al criterio del concursado. De esta forma el concursado podría solicitar a la administración concursal, que es parte procesal, que interponga recurso frente a la resolución que entienda ha de ser impugnada y, ante la negativa de ésta, plantear la cuestión ante el juez del concurso quien podrá autorizar al concursado a interponerlo. Al mediar la autorización del juez del concurso se integraría la capacidad procesal del concursado y los intereses del concurso quedarían salvaguardados pues la intervención del juez garantizaría la existencia de un *fumus bonis iuris* que serviría de fundamento de la mencionada autorización.

Con estas dos previsiones se garantizaría: en primer término, una aplicación coherente de la regulación de la capacidad procesal del concursado; en segundo lugar, el derecho de audiencia del concursado en procesos sobre los que ostenta un interés legítimo; y en última instancia, un mayor ahorro de costes a la masa activa, pues en la medida de que no se produce intervención alguna de los profesionales no se van a devengar costas con independencia de que las mismas tuvieran la consideración de crédito contra la masa o de crédito ordinario. En el supuesto concreto de la autorización subsidiaria, las costas tendrían la consideración de crédito contra la masa si el recurso es estimado y, caso de ser desestimado tendrían la consideración de crédito ordinario.

A la vista de lo expuesto podemos concluir que la personación separada del concursado es una cuestión compleja dados los distintos grados de afección que puede presentar en relación las facultades patrimoniales del deudor. A la anterior complejidad hemos de añadir otra cuestión anteriormente señalada como es la falta de coherencia de la propia Ley Concursal y otro problema más como es una redacción genérica. La consecuencia directa de esta problemática es que el tratamiento procesal de la capacidad del concursado se torna más complejo lo que redundará en mayores dificultades en la aplicación práctica de la norma.

CONCLUSIONES

PRIMERA. EL CONCURSO DE ACREEDORES ES UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL DESDE SU ORIGEN. El estudio histórico nos permite llegar al convencimiento de que el concurso de acreedores, desde sus inicios se trata de un proceso jurisdiccional. Este postulado descansa en el hecho que desde que aparecieron las instituciones como *cessio bonorum* hasta la vigente ley concursal, pasando por la obra de Salgado de Somoza y la codificación decimonónica el procedimiento de la declaración se ha desarrollado ante un órgano jurisdiccional.

SEGUNDA. LA LEY CONCURSAL ES UNA NORMA PROCESAL. A la hora de examinar la naturaleza jurídica de la Ley Concursal pueden surgir interrogantes acerca de si nos encontramos ante una norma de carácter material o procesal. Dichas dudas responden a los antecedentes normativos en los que la insolvencia era objeto de un doble tratamiento tanto sustantivo, en el Código Civil y en el Código de Comercio como Procesal, en la Ley de Enjuiciamiento de Negocios y Causas de Comercio y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con la promulgación de la Ley Concursal, el principio de unidad legal ha concluido la antedicha situación.

Del contenido de la norma resulta evidente que nos encontramos ante una norma procesal pues la misma, con carácter principal, se encarga de regular la competencia jurisdiccional y las particularidades procesales del proceso de declaración del concurso así como los efectos procesales que este produce.

Si bien es cierto que también regula determinados efectos materiales esto último no impide que se trate de una norma procesal, en apoyo de nuestro argumento y como corolario podemos traer a colación la remisión realizada a la LEC como norma supletoria en su Disposición Adicional 5ª de la LC así como la remisión que hace la LOPJ a la Ley Concursal en su artículo 22 sépties.

TERCERA. EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES ES UN PROCESO DE NATURALEZA CONSTITUTIVO. Una vez sentada la naturaleza procesal de la Ley Concursal podemos examinar la siguiente cuestión: la naturaleza del proceso de declaración del concurso de acreedores. El concurso de acreedores es un proceso de carácter universal por medio del cual se pretenden satisfacer las pretensiones de una colectividad de acreedores frente al

patrimonio del deudor insolvente. De la anterior definición podemos extraer todos los elementos existentes en un proceso en la medida de que existe una pluralidad de partes en conflicto que someten su controversia ante un órgano jurisdiccional que habrá de resolver mediante una resolución fundada en derecho. En consecuencia, tenemos un proceso jurisdiccional y solo nos quedaría precisar la clase de procedimiento.

Para ello hemos de examinar cual es la pretensión de los acreedores y en este sentido, se trata de una pretensión que tiene por objeto declarar al deudor en concurso de acreedores. Dicha declaración no puede ser considerada meramente declarativa, puesto que de la misma deriva la constitución de un determinado estado jurídico en la persona del deudor que va a su vez altera el ejercicio de sus derechos y obligaciones, luego la declaración conlleva un pronunciamiento de tipo constitutivo y esa será la naturaleza jurídica de la declaración de concurso de acreedores.

CUARTA. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO COMO PIEDRA ANGULAR DEL ACTUAL SISTEMA DE CONCURSO DE ACREEDORES. La anterior declaración de concurso de acreedores es la base sobre la que descansa todo el sistema de insolvencias actual y ello porque todas las actuaciones que se llevan a cabo previamente a la declaración están dirigidas a su producción mientras que todos los efectos que tienen lugar tras la declaración, tanto procesales como materiales, son consecuencia directa de la misma. Podemos decir que sin declaración no habría concurso y sin este no habría ni *vis attractiva* ni *par conductio creditorum*.

QUINTA. CUESTIONES Y EFECTOS PROCESALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO: LOS GARANTES DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS ACREEDORES. Anteriormente hemos concluido en el sentido de que la declaración del concurso es el núcleo del concurso de acreedores y ahora vamos a precisar aún más tal afirmación. La declaración de concurso carecería de relevancia alguna si a la misma no se unieran las consecuencias procesales propias del concurso. Para poder dar satisfacción a los intereses de una colectividad de sujetos hace falta un procedimiento universal en el que concurren todos los acreedores sin excepción, dicha concurrencia se garantiza mediante el principio de *vis attractiva* concursal en virtud del cual el proceso concursal atrae todos los procedimientos en los que el concursado sea parte y, lo más importante, paraliza los procedimientos de ejecución que existan frente al patrimonio del concursado de manera que no puedan dirigirse frente a su patrimonio

ejecuciones singulares garantizando de esta forma que los bienes del deudor están disponibles para el convenio o la liquidación.

Además de la *vis attractiva* los efectos procesales que limitan la capacidad procesal del concursado y aquellos que atribuyen legitimación activa a la administración concursal permiten salvaguardar la masa activa del concurso velando por los intereses de los acreedores y evitando que el deudor pueda defraudar a éstos mediante un uso fraudulento del ejercicio de su derecho de acción en aquellos procedimientos en los que sea parte.

No solo son relevantes los efectos de la declaración del concurso para la tutela de los derechos que se encuentran en juego en el concurso, sino que existen cuestiones procesales que son de la máxima relevancia pues las mismas son necesarias para que dicha declaración y sus efectos puedan tener lugar. En este sentido, las cuestiones relativas a la competencia del juez del concurso derivada de la *vis attractiva* resulta un requisito previo y *sine qua non* para el posterior funcionamiento del mecanismo de atracción al concurso. El juez del concurso no podría conocer de aquellas materias cuya competencia objetiva *rationae materiae* corresponde a otros órganos. Por ello las previsiones del artículo 8 de la Ley Concursal que le atribuyen el conocimiento de determinadas materias con carácter excluyente al resto de órganos jurisdiccionales es la pieza básica sobre la que descansa el principio de *vis attractiva* concursal.

De nada serviría el pronunciamiento relativo a la declaración si durante su tramitación el deudor tuviera la ocasión de alzar su patrimonio o incluso, sin llegar a tal extremo, llegar a acuerdos con determinados acreedores frustrando en perjuicio de otros. Entran aquí en juego de nuevo las cuestiones procesales, como serían el procedimiento concursal y las medidas cautelares. El procedimiento, en la medida que ha buscado la mayor celeridad posible a fin de conseguir facilitar la solución negociada mediante el convenio que permita al concursado no verse abocado a la liquidación. Del mismo modo, en aquellos casos en los que el procedimiento se encamine a la liquidación, los trámites legales se han acortado al máximo para ofrecer a los acreedores una tutela de su derecho lo más eficiente posible y que les permita realizar sus créditos en el menor tiempo posible, lo cual es una de las mayores preocupaciones de todo acreedor.

Y en relación con las medidas cautelares anunciadas, son estas una cuestión estrictamente procesal, pero de las que depende, ni más ni menos, que la eficacia del

futuro pronunciamiento que tenga lugar. De nada sirve un pronunciamiento si el mismo puede verse privado de desplegar sus efectos y para evitar tal ineficacia se ha previsto en la Ley Concursal un régimen de medidas cautelares que no tiene parangón en nuestro derecho procesal. La singularidad viene dada no solo por el tipo de medidas que pueden adoptarse, incluyendo medidas que conllevan la privación de derechos fundamentales, sino porque se le concede al juez del concurso un margen amplísimo y permite la adopción de oficio.

Por todo ello podemos concluir en el sentido de que el proceso concursal más allá de un mero cauce para la obtención de un pronunciamiento, a través determinadas cuestiones y efectos procesales se convierte en la garantía para la satisfacción de los derechos subjetivos de los acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, coordina:
ASENCIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013.

AAVV *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, coordina:
ASENCIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013.

AAVV, *Centenario del Código de Comercio, Ministerio de Justicia*, Madrid 1986.

AAVV, *Comentarios a la ley Concursal*, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-
CANO, R., Madrid, 2004.

AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinadores: ROJO FERNÁNDEZ RIO,
A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., Madrid, 2004.

AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, Director: CORDÓN MORENO, F.,
Navarra, 2009.

AAVV, *El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de
reforma de la Ley Concursal*, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid,
2012

AAVV, *El sistema de medidas cautelares*, Navarra, 1974.

AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*,
Barcelona, 2005.

AAVV, *Las claves de la ley concursal*, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET
NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005

AAVV, <i>Proceso Concursal</i> , Coordinador: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013.
AAVV, <i>Tratado de Contratos</i> , Director: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, 2010.
AAVV, <i>Tratado de Derecho Mercantil</i> , Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII, <i>Derecho concursal Procesal</i> , Madrid, 2008.:
AAVV, <i>Tratado práctico del derecho concursal y su reforma</i> , Director: MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012.
ALCALÁ ZAMORA, N., <i>Salgado de Somoza, un español mal comprendido</i> , Madrid, 1932.
ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., <i>La vis atractiva del proceso concursal</i> , Navarra, 2007.
ALVARADO PLANAS, J., <i>Historia del derecho español</i> , Madrid, 2010.
ÁLVAREZ CORA, E., <i>Compendio de Historia del Derecho Español</i> , Murcia, 2011.
AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., “El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao” en AAVV <i>Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia</i> , Barcelona, 2005.
ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Medidas cautelares en el proceso de declaración” en AAVV <i>Tratado de Derecho Mercantil</i> , Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII <i>Derecho concursal Procesal</i> , Madrid, 2008
ASENCIO MELLADO, J.M., “Comentario al artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en AAVV <i>Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil</i> , Director: ASENCIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013.

<p>AUSSENAC, P., <i>De la venditio bonorum: droit romain; influence de la faillite sur la constitution et l'inscription des hypothèques</i>, Montpellier, 1891</p>
<p>BACHMANN, P., <i>De la cession de biens, en droit romain</i>, Nancy, 1894.</p>
<p>BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y QUICIOS MOLINA S., “La ineficacia contractual” en AAVV <i>Tratado de Contratos</i>, Valencia 2010.</p>
<p>BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Título Primero – Capítulo Primero” en AA.VV.: <i>Comentarios a la Ley Concursal</i>, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004.</p>
<p>BERMEJO GUTIERREZ, N., <i>Créditos y quiebra</i>, Madrid, 2002.</p>
<p>BLOCH, R., <i>De la venditio bonorum: droit romain; Des conflits de lois en matière de faillite: droit français</i>, Paris, 1892.</p>
<p>BONET NAVARRO, A., “Del Procedimiento de Declaración” en AA.VV.: <i>Comentarios a la Ley Concursal</i>, Coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 2004.</p>
<p>BONNANS, G., <i>Étude sur la "bonorum venditio" en droit romain et la banqueroute en droit français</i>, Toulouse, 1884.</p>
<p>BRINI, G., “il fr.50, D, 19,1 e la cessio bonorum”, en <i>Memorie dell'Accademia di Bologna</i>, Vol.VI, 1911.</p>
<p>BUTRÓN BALIÑA, P.M., "Liquidación y pago a los acreedores" en AAVV: <i>Estudios de Derecho Concursal</i>, Santiago de Compostela, 2005.</p>
<p>CALAMANDREI, <i>Il procedimento monitorio nella legislazione italiana</i>, Milano, 1926.</p>

CAMUS, <i>Droit romain: de la "Missio in possessionem rei servendae causae", et de la "Venditio Bonorum". Droit français: des effets du jugement déclaratif de fallite et de la cessation de paiements</i> , Nancy, 1872
CANNATA, C.A., <i>Profilo istituzionale del processo private romano I. La legis actionis</i> , Torino, 1980.
CANNATA, C.A., <i>Rec. A Leo Peppe, Studi sull'esecuzione personale</i> , Milano, 1981.
CANTAVELLA TEREENCIA, F., "Efectos del concurso sobre los acreedores: paralización de ejecuciones, nuevos procedimientos, competencia del concurso, el caso de los intereses" en AAVV <i>Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma Director</i> , MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012.
CARELLI, E., "Ancora sull'origine della bonorum venditio" <i>SDHI</i> , 10, 1944
CARELLI, E., "Per una ipotesi sulla origine della bonorum venditio", <i>SDHI</i> , 4, 1938
CARUSI, E., <i>Della cessio bonorum</i> , Roma 1906.
COLLIN, P., <i>De la venditio bonorum, en droit romain. De la situation de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire, en droit criminel</i> , Paris, 1883
COLLINS, R., "Los visigodos" en <i>Historia de España</i> , dirige LYNCH, J., Madrid, 2008.
CORDÓN MORENO, F., "Aspectos procesales de la reforma concursal" en AAVV: <i>El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011</i> , de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012.
CORDÓN MORENO, F., "Comentario al art. 10 de la LECiv Condición de parte procesal legítima" en <i>Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo I)</i> , Navarra. Consultado en www.aranzadigital.es el día 13/06/2016.

<p>CORDÓN MORENO, F., “Comentario al artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en AAVV <i>Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil</i>, recurso electrónico disponible en www.aranzadidigital.es, consultado el 8 de septiembre de 2016.</p>
<p>CORDON MORENO, F., “Los presupuestos del concurso y su declaración” en <i>Proceso Concursal</i>, Navarra, 2013.</p>
<p>CORDÓN MORENO, F., “Principio de Proporcionalidad y Congruencia de la Resolución que adopta las medidas cautelares”, <i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>, 2005.</p>
<p>CORDÓN MORENO, F., <i>Proceso Concursal</i>, Navarra, 2013.</p>
<p>CORDÓN MORENO, F., <i>Suspensión de pagos y quiebra: una visión jurisprudencial</i>, Navarra, 1997.</p>
<p>CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Aproximación al proceso de declaración de quiebras” en <i>Revista de Derecho Mercantil</i>, 1977.</p>
<p>CORTES DOMÍNGUEZ, V.: “Juzgados de lo Mercantil”, en AAVV, <i>Aspectos de la nueva Ley Concursal: concursos, créditos, administradores, jueces</i>, Barcelona, 2004.</p>
<p>CORTES DOMÍNGUEZ, V.: “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso” en AAVV <i>Tratado de Derecho Mercantil</i>, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho concursal Procesal, Madrid, 2008.</p>
<p>COSTA, E., <i>Profilo storico del Processo civile romano</i>, Roma, 1918.</p>
<p>DAMIÁN MORENO, J., “El procedimiento de declaración del concurso” en AAVV <i>Tratado de Derecho Mercantil</i>, Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII <i>Derecho concursal Procesal</i>, Madrid, 2008.</p>
<p>DE HINOJOSA Y NAVEROS, E., <i>Estudios sobre la historia del derecho español</i>, Pamplona, 2003.</p>

DE LA CÁMARA ALCUBILLA, M., <i>Códigos Antiguos de España</i> , Madrid, 1885.
DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., <i>Derecho Procesal Civil</i> , Madrid, 2001.
DE LA OLIVA SANTOS, A., “Jurisdicción y competencia de los tribunales” en AAVV, <i>Introducción Derecho Procesal</i> , Madrid, 2004.
DE LA REGUERA VALDELOMAR, J., <i>Colección General de Códigos antiguos y modernos tanto generales como provinciales de España</i> , Barcelona, 1846.
DÍAZ CABIALE, J.A., <i>La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida</i> , Madrid, 2001.
DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “El presupuesto subjetivo del concurso: sujeto pasivo” en AAVV: <i>El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal</i> , Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012.
DUVEREL, G., <i>De la venditio bonorum: droit romain; des effets de la saisie immobilière: droit français</i> , Paris, 1890.
ESTASÉN, P., <i>Instituciones de Derecho Mercantil</i> . Madrid, 1893.
ESTASEN, <i>Tratado de las suspensiones de pagos y las quiebras</i> , Madrid, 1908.
ESTEBAN RAMOS, M.L., “El presupuesto subjetivo del concurso” en <i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i> , nº 10, primer semestre de 2009.
EYQUEM, D., <i>De la "Venditio bonorum" en droit romain. De la Condition du failli aux différentes époques de la faillite, en droit français</i> , Bordeaux, 1880

FAIRÉN GUILLÉN, V., "Síntesis del derecho procesal de insolvencia español" en <i>Revista General de Jurisprudencia y Legislación</i> , octubre de 1970.
FAJARDO FERNÁNDEZ, J., "Capítulo II: de los efectos sobre los acreedores" en AAVV: <i>Comentarios a la Ley Concursal</i> , Director: CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2010.
FAYARD, M.V., <i>De la Venditio bonorum en droit romain. Des effets du jugement déclaratif de faillite sur les actes antérieurement faits par le failli (art. 446, 447, 448 [Para] 2, 449 du Code de Commerce) en droit français</i> , Paris, 1881
FERNÁNDEZ BAQUERO, M.E., <i>Derecho Romano, historia, fuentes del derecho, persona, familia y procedimiento</i> , Granada, 2015.
FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LOPEZ, M.A., "Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario", en <i>Revista de derecho concursal y paraconcursal</i> , 2004, pág. 73 y ss.
FONT SERRA, E., "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva" en AAVV, <i>El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal</i> , Navarra, 1974.
FOURCADE, A., <i>Droit romain: de la "Bonorum venditio". Droit français: des Effets de la cessation de paiements en matière de faillite, art. 446, 447, 448 [par][par] 2 et 3, et 449 du C</i> , Toulouse, 1890.
GARCÍA CRUCES, J.A., "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada" en <i>Anuario de Derecho Concursal</i> , 2013, recurso electrónico consultado en www.westlaw.com el día 21/07/2016.
GARCÍA GALLO, A., <i>Manual de historia del derecho español</i> , Madrid, 1984.
GARCÍA GARRIDO, M.J., <i>Derecho Privado Romano</i> , Madrid, 1999.
GARCÍA GARRIDO, M.J., <i>Derecho Privado Romano, Tomo I, Instituciones</i> , Madrid, 1979

<p>GARCÍA ROSTÁN, G., "Ejecución hipotecaria frente a deudor en situación de concurso e hipotecante no deudor" en <i>Anuario de Derecho Concursal</i>, número 32, 2014, págs. 451 a 462.</p>
<p>GARCÍA ROSTÁN, G., <i>El Proceso Concursal ante insolvencias conexas</i>, Valencia, 2015,</p>
<p>GARCÍA, GARCÍA, E. e IBORRA, C., “Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso” en <i>Anuario de Derecho Concursal</i>, 2007, págs. 177 a 187.</p>
<p>GARRIDO CARRILLO, F.J., "Los efectos procesales de la declaración de concurso", en <i>Revista General de Derecho Procesal</i>, 2014, recurso electrónico disponible en www.iustel.com, consultado el 5/8/2015.</p>
<p>GARRIDO CARRILLO, F.J., Consideraciones sobre la jurisdicción y competencia como presupuestos procesales en la declaración del concurso de acreedores en España , en AAVV: <i>Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna</i>, 2014</p>
<p>GARRIGUES, J., <i>Curso de derecho mercantil</i>, Madrid, 1969.</p>
<p>GASTÓN, H., <i>Droit romain, de la "Venditio bonorum". Droit international, de la Faillite dans les rapports internationaux</i>, Paris 1881</p>
<p>GAY DE MONTELLÁ, R., <i>Tratado de la legislación comercial española</i>, Barcelona, 1930.</p>
<p>GIMÉNEZ RAMÓN, R. y MARCOS COS, J.J.: “Medidas cautelares, allanamiento, oposición vista” en AAVV <i>Tratado práctico del derecho concursal y su reforma</i>, Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012.</p>
<p>GIRARD, P.F., <i>Etudes d'histoire juridique offertes a Paul Frédéric Girard</i>, Paris, 1912.</p>
<p>GOMEZ AMIGO, L., “La limitación de los derechos fundamentales del concursado” en <i>Anuario de Derecho Concursal</i>, 2006, págs. 177 a 203.</p>

GOMEZ DE LA SERNA, P. <i>Curso histórico-exegético de Derecho Romano comparado con el español</i> , Madrid, 1850.
GOMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V., <i>Derecho procesal Civil</i> , Tomo I, Madrid, 1975.
GONZALEZ GRANDA, P.: “Jurisdicción y competencia en materia concursal” en AAVV <i>Tratado de Derecho Mercantil</i> , Coordinador JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Volumen VII Derecho Concursal Procesal, Madrid, 2008.
GONZÁLEZ HUEBRA, <i>Curso de Derecho Mercantil</i> , Madrid, 1857.
GONZÁLEZ HUEBRA, <i>Tratado de quiebras</i> , Madrid 1856.
GONZÁLEZ LECUONA, M. M., “Comentario al Artículo 13 de la Ley Concursal” en AAVV <i>Comentarios a la Ley Concursal</i> , Director CORDÓN MORENO, F., Navarra 2009.
GONZÁLEZ MONTES, J.L., "La prueba ilícita" en <i>Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídica y Derechos Humanos</i> , 2006, págs. 363 a 383.
GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Acumulación en el concurso: Acciones declarativas y ejecutivas” en AAVV <i>Las claves de la ley concursal</i> , directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005.
GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento” en AAVV, <i>El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal</i> , Navarra, 1974.
GONZÁLEZ MONTES, J.L., <i>Instituciones de Derecho Procesal</i> , Tomo I, Granada, 1989.
GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Las costas en la Ley Concursal” <i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i> , Nº 5, Segundo semestre de 2006.

<p>GOXENS DUCH, A., <i>Suspensión de pagos y quiebras</i>, Barcelona, 1976.</p>
<p>GUENOUN, L., <i>La cessio bonorum</i>, Paris, 1920.</p>
<p>GUTIERREZ DE CABIADAS, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en AAVV, <i>El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal</i>, Navarra, 1974.</p>
<p>HERBOSA MARTÍNEZ, I., “Tratamiento del leasing financiero en el concurso del arrendatario” en <i>Anuario de Derecho Concursal</i>, num.26/2012.</p>
<p>HERNÁNDEZ MARTÍ, J., <i>Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud</i>, Valencia, 2009.</p>
<p>HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Título primero-Capítulo II” en AAVV <i>Comentarios a la Ley Concursal</i>, Coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, G., Volumen I, Madrid, 2004.</p>
<p>HUSCHKE, E., <i>Über das Recht Nexum und das alte römische Schuldrecht</i>, Leipzig, 1846.</p>
<p>IGLESIAS, J., <i>Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado</i>, Sexta edición, Barcelona 1972.</p>
<p>ISIDORO DE SEVILLA, <i>Historia de regibus Gothorum, Vandalorum et Suevorum</i>, 624</p>
<p>JIMÉNEZ CONDE, F., "Proceso concursal" en AAVV: <i>Manual de Derecho Procesal Civil</i>, Murcia, 2015.</p>
<p>KASER, M., <i>Das Römische Zivilprozessrecht</i>, Munchen, 1966.</p>

KELLER, <i>Der römische Civilprozess</i> , Leipzig, 1883
LANGLE, E., <i>Derecho Mercantil</i> , Madrid, 1941
LECOUNTER, E.J., <i>De la "Venditio bonorum", en droit romain. Du Concordat en matière de faillite, en droit comercial, Douiai</i> , 1881
LÓPEZ NAVARRO, J.F.: <i>Vademécum de Derecho Mercantil</i> , Recurso online disponible el www.tirantonline.com , consultado el 19/10/2016.
LUIS MARTÍN, J., “La España visigoda y musulmana” en <i>La Historia de España</i> , Tomo III, Madrid, 1999.
MAJADA, A., <i>Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra</i> , Barcelona, 1974.
MAJADA, A., <i>Práctica concursal</i> , Barcelona, 1989.
MANRESA Y NAVARRO, J.M., <i>Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil</i> , Tomo V, Madrid, 1.956.
MARCO COS, J.M., “Algunas cuestiones procesales “en AAVV <i>Tratado práctico del derecho concursal y su reforma</i> , Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012.
MARTINEZ MARINA, F., <i>Ensayo histórico-crítico</i> , Madrid, 1808.
MASCAREL, H., <i>De la "Bonorum venditio" en droit romain. De la Banqueroute en droit français</i> , Poitiers, 1878

MICHON, M., <i>De la venditio bonorum: droit romain. Des effets de l'adjudication sur saisie immobilière: droit français</i> , Lyon, 1886.
MINGUIJÓN ADRIÁN, S., <i>Historia del derecho español</i> , Barcelona, 1933.
MONTERO AROCA, J., “El sistema de medidas cautelares. Su concreción en el proceso laboral” en AAVV, <i>El sistema de medidas cautelares IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal</i> , Navarra, 1974.
MONTERO AROCA, J., <i>De la legitimación en el proceso civil</i> , Barcelona, 2006.
MORÁN MARTÍN, R., <i>Materiales para un curso de historia del derecho español</i> , Madrid, 1999.
MORENO CATENA, V.M., “Pluralidad de partes” en <i>El Proceso Civil</i> , Volumen I consultado en www.tirantonline.com el día 15/06/2016.
OLIVENCIA RUIZ, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio” en AAVV <i>Centenario del Código de Comercio</i> , Madrid, 1986.
ORDOÑO ARTÉS, C., <i>Aspectos generales sobre la prueba procesal</i> , Granada, 1988.
ORTELLS RAMOS, M., <i>Las medidas cautelares</i> , Madrid, 2000.
ORTELLS RAMOS, M., “Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva Ley Concursal” en AAVV <i>Las claves de la ley concursal</i> , directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005
PAVÓN NEIRA, C., <i>Problemática en torno a la declaración de concurso de acreedores</i> , Barcelona, 2011.

<p>PEITEADO MARISCAL, P., <i>La declaración del Concurso</i>, Navarra, 2005.</p>
<p>PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., "La posición del deudor en la historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial" en <i>Revista General de Derecho Romano</i>, Núm. 16, Iustel, 2011.</p>
<p>PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., <i>La bonorum venditio, estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano</i>, Madrid, 2000</p>
<p>PÉREZ DEL BLANCO, G., <i>Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal</i>, Madrid, 2007.</p>
<p>PÉREZ GORDO, A., "Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho Concursal" en <i>Revista jurídica de Cataluña</i>, 1981.</p>
<p>PÉREZ LOPEZ DE BRIÑAS, M., "Sección II de la provisión sobre la solicitud" en AAVV <i>Proceso Concursal</i>, Director: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013, págs. 126 y ss.</p>
<p>PÉREZ VEGA, A., "El incidente concursal civil: celebración de vista y especialidades procesales" en <i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>, Segundo semestre de 2015.</p>
<p>PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ DE ARRACO, J.M., <i>Historia del Derecho Español</i>, Madrid, 2004.</p>
<p>PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "La mediación concursal" en AAVV, <i>Tratado de mediación en la resolución de conflictos</i>, Director OROZCO PARDO, G., Madrid, 2015, págs. 319 a 336,</p>
<p>PINTA, G., <i>De la "Venditio bonorum" en droit romain; De la Surenchère en droit français</i>, Poitiers, 1889.</p>
<p>PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., <i>El derecho concursal español y el extranjero (La Ley desacredita a la Ley)</i>, Madrid, 1976</p>

PRIETO CASTRO, L., <i>Derecho concursal procedimientos sucesorios jurisdicción voluntaria medidas cautelares</i> , Madrid, 1986
PRIETO CASTRO, L., <i>Derecho de Tribunales</i> , Navarra, 1986.
PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo del Concurso de Acreedores” en AAVV: <i>El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal</i> , Directora: PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2012.
PULGAR EZQUERRA, J., <i>La declaración del concurso de acreedores</i> , Madrid, 2005.
RAMIREZ LOPEZ, J.A., <i>La quiebra</i> , Barcelona, 1959.
RAMOS IBÓS, T., <i>Sinopsis de la Nueva Ley Concursal</i> , Barcelona, 2006.
RENGADE, F., <i>Droit romain: De la venditio bonorum. Droit français:-Des effets de la revente sur folle enchère</i> , Bordeaux, 1891.
RIFÁ SOLER, J.M., “La declaración de concurso” en AAVV, <i>Las claves de la ley concursal</i> , directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005.
RIVES Y MARTÍ, F. DE P., <i>Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de Acreedores y Quiebras</i> , Madrid 1953
ROCCO, A., <i>Il fallimento teoria generale e originine storica</i> , Milano, 1962.
RODRÍGUEZ GIL, M., <i>Curso de historia del derecho español</i> , Madrid, 2010

<p>ROJO FERNÁNDEZ RIO, A.: “Presupuesto objetivo” en AA.VV.: <i>Comentarios a la Ley Concursal</i>, Coordinadores: ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., Madrid, 2004, págs. 177 y ss.</p>
<p>ROMÁN RIAZA Y GARCÍA GALLO, A., <i>Manual de historia del derecho español</i>, Madrid 1935.</p>
<p>ROTONDI, G., <i>Bonorum venditio</i>, Milano, 1938.</p>
<p>ROUS, J., <i>Droit romain: de la "Bonorum venditio" et de ses rapports avec quelques autres voies d'exécution. Droit français: Règles principales des transports de marchandises par chemin de fer et en particulier responsabilité des compagnies pour perte, avaries et retard</i>, Toulouse, 1885.</p>
<p>SAGRERA TIZÓN, J.M., <i>Estudios de derecho concursal</i>, Barcelona, 1989.</p>
<p>SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, J., <i>Historia del derecho español</i>, Barcelona, 2001.</p>
<p>SELLER ROCA DE TOGORES, L., “La solicitud de declaración de concurso voluntario” en AAVV <i>Tratado práctico del derecho concursal y su reforma</i>, Director MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2012.</p>
<p>SEMPERE Y GUARINOS, J., <i>Historia del derecho español: continuada hasta nuestros días</i>, Madrid, 1844.</p>
<p>SERRANO GIL DE ALBORNÓZ, F.J., “Banca y concurso” en AAVV <i>Las claves de la ley concursal</i>, directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005.</p>
<p>SERRAO, F., <i>La iurisdictio del pretore peregrino</i>, Milano, 1954.</p>
<p>SOLAZZI, S., "Il tema de la bonorum venditio" en AAVV, <i>Scritti di diritto romano</i>, Tomo V, Napoli, 1972.</p>

SOTO VAZQUEZ, R., <i>Quiebra y concurso de acreedores</i> , Granada, 1994.
TOMAS Y VALIENTE, F., <i>Manual de Historia del Derecho Español</i> , 4ª Ed., Madrid, 2011.
TORRES DE CRUELLS, <i>La suspensión de pagos</i> , Barcelona, 1967.
TORRES ROSELL, N., <i>Las medidas cautelares</i> , Madrid, 2001.
ULBRICHT, C.G., <i>De cessione bonorum</i> , Leipzig 1826.
VEGAS TORRES, J., “El concurso como proceso jurisdiccional” en AAVV <i>Las claves de la ley concursal</i> , directores: QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A. y GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., Navarra, 2005, págs. 91 y ss.
VILA FLORENSA, P., “Artículo 12” en AAVV <i>Proceso Concursal</i> , Coordinador SALA REIXACHS, A. Barcelona, 2013.
VILA FLORENSA, P., “Artículo 3” en AAVV <i>Proceso Concursal</i> , Coordinador: SALA REIXACHS, A., Barcelona, 2013.
VOLTERRA, E., <i>Instituciones de Derecho Privado Romano</i> ”, Madrid, 1986.
VORON, E., <i>La cessio bonorum</i> , Paris 1920
ZAMBRANA DEL MORAL, P., <i>Derecho Concursal histórico I</i> , Zaragoza, 2001.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 177/2014 de 4 de diciembre de 2014
--

STC 183/2008 de 22 de diciembre de 2008

STC 159/2008 de 12 de diciembre de 2008

STC 262/1994 de 23 de mayo de 1994

STC 192/1993 de 14 de junio de 1993

STC 47/1983 de 31 de mayo de 1983

RESOLUCIONES DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014
--

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2012
--

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997

**RESOLUCIONES DE SECCIONES CIVILES DE LAS AUDIENCIAS
PROVINCIALES**

Auto de 4 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona

Auto de 28 de diciembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Granada

Sentencia de 25 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Vizcaya

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de junio de 2014

Auto de 6 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Granada

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 18 de octubre de 2013

Auto de 7 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de julio de 2012

Auto de 4 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de las Palmas

Auto de 24 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Granada

Auto de 1 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de León

Auto de 29 de abril de 2009 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares

Auto de 16 de octubre de 2008 de la Audiencia Provincial de Tarragona

Auto de 19 de septiembre de 2008 Audiencia Provincial de Madrid

Auto de 20 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Córdoba

Auto de 19 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Vizcaya

Auto de 9 de enero de 2007, Audiencia Provincial de Córdoba

Auto de 13 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Madrid

Auto de 9 de febrero de 2006 de la Audiencia Provincial de Asturias

RESOLUCIONES DE JUZGADOS

Auto de 22 de junio de 2011 del Juzgado de lo Mercantil de Almería

Auto de 18 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil Número 6 de Madrid

Auto de 25 de febrero de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga

Auto de 26 de noviembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz

Auto de 14 de julio de 2006 Juzgado de lo Mercantil 6 de Madrid